SIDI

Società Italiana di Diritto Internazionale
e di Diritto dell'Unione Europea
23

LA CODIFICAZIONE NELL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA

CODIFICATION IN INTERNATIONAL AND EUROPEAN UNION LAW

XXIII Convegno / XXIII Conference
Ferrara
6-8 giugno 2018

a cura di / edited by
A. Annoni S. Forlati F. Salerno

EDITORIALE SCIENTIFICA

Pubblicazioni
Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione Europea

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 quarto 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 2013), Napoli, 2014
19. *Il futuro delle organizzazioni internazionali. Prospettive giuridiche* (XIX Convegno – Cormayeur 2014), Napoli, 2015
20. *L'incidenza del diritto non scritto sul diritto internazionale ed europeo* (XX Convegno – Macerata 2015), Napoli, 2016
21. *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari* (XXI Convegno – Parma 2016), Napoli, 2017
22. *Migrazioni e Diritto internazionale: verso il superamento dell'emergenza?* (XXII Convegno – Trento 2017), Napoli, 2018
23. *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea* (XXIII Convegno – Ferrara 2018), Napoli, 2019

SIDI
Società Italiana di Diritto Internazionale
e di Diritto dell'Unione Europea

LA CODIFICAZIONE NELL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA

CODIFICATION IN INTERNATIONAL AND EUROPEAN UNION LAW

XXIII Convegno / XXIII Annual Conference
Ferrara
6-8 giugno 2018

a cura di/edited by
A. Annoni, S. Forlati, F. Salerno

EDITORIALE SCIENTIFICA

Proprietà letteraria riservata

© Copyright maggio 2019

Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
ISBN 978-88-9391-561-8

INDICE-SOMMARIO

Presentazione 9
PASQUALE DE SENA

Indice delle principali abbreviazioni 11

PARTE I
Introduzione

UGO VILLANI
Obiettivi e strumenti di codificazione nel diritto internazionale e nel diritto dell'Unione europea 15

FRANCESCO SALERNO
Idee e significati della codificazione 31

FLORIAN HEINDLER
Conceptual approaches to the codification of international law 59

PARTE II
Il ruolo dell'organizzazione internazionale nella codificazione

LORENZO GRADONI
Organizzazione internazionale, codificazione e cognizione del diritto non scritto 79

MICAELA FRULLI
Le Nazioni Unite e la codificazione del diritto internazionale penale 111

ILARIA ESPA
La codificazione nel sistema OMC 143

HANS VAN LOON
The role of international organisations regarding the codification of private international law 163

LIDIA SANDRINI
Protagonisti e modelli di una ricodificazione del diritto materiale uniforme 183

ENNIO TRIGGIANI
La codificazione nell'Unione europea attraverso i principi di democrazia, efficacia e trasparenza 227

PARTE III
Gli strumenti della codificazione

SANTIAGO VILLALPANDO
Gli strumenti della codificazione del diritto internazionale pubblico nell'età della codificazione *light* 259

ANTONIO LEANDRO
La codificazione del diritto internazionale privato fra strumenti internazionalistici e diritto dell'Unione europea 279

PAOLA MORI
Gli strumenti della codificazione nel diritto dell'Unione europea 301

RICCARDO PAVONI
I trattati di codificazione nell'ordinamento degli Stati e dell'Unione europea 331

LUIGI CREMA
La Commissione del diritto internazionale e i suoi metodi di codificazione al tempo del diritto internazionale "debole" 369

PARTE IV
Coordinamento fra diversi strumenti di codificazione

FRANCESCO FRANCIONI
Introduzione 389

LUCAS CARLOS LIMA
Regionalism in the codification of international law: the experience of the Inter-American Juridical Committee 393

MARCO LONGOBARDO
Il Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati e le convenzioni di diritto internazionale umanitario 407

MARIA FONT-MAS
The EU language regime: problems with vertical consistency and matching across languages in European private international law regulations 435

BERNARDO CORTESE
Carta, CEDU e Costituzioni nazionali: un processo di codificazione tra autonomia, autopoiesi e *international collaborative law* 457

NICOLE LAZZERINI
Le clausole generali della Carta dei diritti fondamentali nel *law-making* europeo: codificazione e innovazione nella determinazione del livello di tutela 507

PARTE V
Codificazione e giurisprudenza

IRINI PAPANICOLOPULU
Giudici e codificazione del – e nel – diritto del mare 527

ADELINA ADINOLFI
La Corte di giustizia dell'Unione europea dinanzi ai principi generali codificati 553

LEONARDO BORLINI
Il controllo internazionale tra standardizzazione, coordinamento e "contaminazione" 591

APPENDICE

Organi direttivi della SIDI 627

PRESENTAZIONE

Il XXIII Convegno della Società italiana di Diritto internazionale e di Diritto dell'Unione europea, svoltosi presso l'Università di Ferrara nei giorni 7 e 8 giugno 2018, ha avuto ad oggetto "La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea".

Il Convegno si è posto dunque in chiara correlazione con la questione del diritto non scritto, scelta come argomento dell'incontro di Macerata del 2015. Tuttavia, più che portare a compimento il discorso apertosi in quell'occasione, i lavori hanno essenzialmente contribuito a far affiorare la notevole complessità della odierna problematica della codificazione. E ciò, non solo perché tale problematica si manifesta, com'è ovvio, con caratteri diversi, in ciascuno dei tre, tradizionali ambiti oggetto di analisi (diritto internazionale pubblico, diritto internazionale privato, diritto dell'Unione europea); ma anche perché, in seno a ciascuno di questi ambiti, essa presenta oggi una pluralità di aspetti diversi.

Per quanto concerne il diritto internazionale pubblico, l'attenzione si è dunque opportunamente focalizzata, nel corso di due dense sessioni iniziali, sul ruolo delle organizzazioni internazionali (governative e non), nonché sui molteplici e differenti sviluppi vissuti dai tradizionali "strumenti" della codificazione, sia in generale, che in rapporto alle esigenze emerse nei diversi settori materiali di cui si compone l'ordinamento. Nelle medesime sessioni, considerazioni del tutto differenti sono state svolte, sia pure in un'identica cornice sistematica, sulla questione della codificazione nel diritto internazionale privato: si pensi, a mero titolo di esempio, all'attenzione dedicata alla specificità del ruolo svolto a tal fine dalle organizzazioni internazionali competenti; e si pensi, altresì, al rilievo (giustamente) attribuito, sul piano sostanziale, al confronto fra le diverse tradizioni giuridiche (ed extra-giuridiche) degli Stati coinvolti, quale chiave di analisi degli sviluppi della codificazione in materia. Il significato stesso del fenomeno della codificazione, la pluralità degli strumenti rilevanti, nonché i diversi tipi di livello (normativo, amministrativo e di principio) in relazione ai quali tale fenomeno si situa costituiscono, invece, il nocciolo degli interventi aventi ad oggetto il diritto dell'Unione europea, che si sono susseguiti non solo nei lavori di avvio del Convegno, ma nel corso di tutto il suo svolgimento.

Ciò detto, l'estrema complessità caratterizzante il discorso sulla codificazione è emersa con chiarezza, in particolare nelle due sessioni de-

dicate, rispettivamente, al coordinamento fra diversi strumenti di codificazione e al rapporto fra codificazione e giurisprudenza. Se è vero infatti che l'ampio spettro di temi, in astratto riconducibili a questi campi di indagine, non ha mancato di dar luogo a qualche intervento un po'eccentrico rispetto al tema generale della codificazione, resta infatti che la scelta di orientare la riflessione in una simile, duplice direzione restituisce l'esatta misura (della effettiva portata) dei problemi con cui è, oggi, chiamato inevitabilmente a misurarsi chi voglia realmente approfondire il tema in esame. Sia sul piano analitico, che sul piano sistematico, la scelta di dar vita alle suddette sessioni è dunque da salutarsi con particolare favore, anche, e soprattutto, per l'indicazione di metodo che essa reca con sé.

Di tale, felice scelta, nonché, più in generale, dello sforzo di dar vita ad un incontro scientifico, su un tema di carattere generale, tradizionalmente internazional-pubblicistico, in modo, però, da renderlo idoneo a "coprire" anche il diritto internazionale privato e il diritto dell'Unione europea, non si può che dar atto a Francesco Salerno – Vice-Presidente della Società per il 2017-2018 – e al ricco e qualificato "staff" dei Colleghi dell'Università di Ferrara, che insieme a lui hanno reso possibile la realizzazione dell'iniziativa. Anche per queste ragioni, che si ricollegano all'esigenza di mantener viva la riflessione su argomenti di ampio respiro, oltre che per il notevolissimo impegno profuso sul piano organizzativo, il ringraziamento nei loro confronti, da parte del Consiglio direttivo e della Società tutta, è particolarmente sentito.

Pasquale De Sena
Segretario generale della SIDI

INDICE DELLE PRINCIPALI ABBREVIAZIONI

AA.VV.	Autori vari
Accordo TRIPS	Accordo sugli aspetti commerciali della proprietà intellettuale
AJIL	American Journal of International Law
CAHI	Crimes Against Humanity Initiative
CDESC	Comitato sui diritti economici, sociali e culturali
CDF	Comitato per i diritti del fanciullo
CDI / ILC	Commissione del diritto internazionale
CEDCD	Comitato sull'eliminazione delle discriminazioni contro le donne
CEDS	Comitato europeo dei diritti sociali
CEDU	Convenzione europea dei diritti umani
CGCE / CJEC	Corte di giustizia delle Comunità europee
CGUE / CJEU	Corte di giustizia dell'Unione europea
CIG / ICJ	Corte internazionale di giustizia
CISG	UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods
CMI	Comitato marittimo internazionale
CNUDM / UNCLOS	Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare
Collected Courses	Collected Courses of the Hague Academy of International Law / Recueil des cours de l'Académie de Droit international de la Haye
Corte EDU / ECrtHR	Corte europea dei diritti umani
CPI	Corte penale internazionale
CRC	Convention on the rights of the child
CSE	Carta sociale europea
Dir. comm. int.	Diritto del commercio internazionale
DSB	Dispute Settlement Body
ECOSOC	Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite
FAFT	Financial Action Task Force
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GC	Grande Camera
GRECO	Group d'États contre la corruption
GRETA	Groupe d'experts sur la lutte contre la traite des êtres humains
GUCE	Gazzetta ufficiale delle Comunità europee
GUUE	Gazzetta ufficiale dell'Unione europea
HRC	Human Rights Committee
ICAO	International Civil Aviation Organization
ICC	International Chamber of Commerce

ICCPR	United Nations Covenant on Civil and Political Rights
I.C.J. Reports	International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders
ILA	International Law Association
ILM	International Legal Materials
ISIS	Islamic State in Iraq and Syria
ITLOS	International Tribunal for the Law of the Sea
ITO	International Trade Organization
MPEPIL	Max Planck Encyclopedia of Public International Law
OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico
OJ	Official Journal of the European Union
OMC	Organizzazione mondiale del commercio
ONU	Organizzazione delle Nazioni Unite
PIL	Private international law
PVS	Paesi in via di sviluppo
Riv. dir. int.	Rivista di diritto internazionale
Riv. dir. int. priv. proc.	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
TFUE	Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea
TIDM	Tribunale internazionale del diritto del mare
TUE	Trattato sull'Unione europea
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
UNRIAA	United Nations Reports of International Arbitral Awards
UNTS	United Nations Treaty Series
WIPO	World Intellectual Property Organization
YILC	Yearbook of the International Law Commission

PARTE PRIMA

INTRODUZIONE

OBIETTIVI E STRUMENTI DI CODIFICAZIONE NEL DIRITTO INTERNAZIONALE E NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Ugo VILLANI*

SOMMARIO: 1. Caratteri della codificazione del diritto internazionale consuetudinario e natura delle convenzioni di codificazione. – 2. Autorevolezza delle convenzioni di codificazione. – 3. Testi non convenzionali di codificazione. – 4. La codificazione "ufficiale" nell'Unione europea. – 5. Il consolidamento e la rifusione. – 6. Altre forme di codificazione del diritto dell'Unione europea. – 7. La codificazione del diritto internazionale privato: l'esigenza di riforma derivante dal fenomeno dell'immigrazione. – 8. L'incidenza della "comunitarizzazione" del diritto internazionale privato e processuale. – 9. Possibili opzioni per il legislatore italiano.

1. Caratteri della codificazione del diritto internazionale consuetudinario e natura delle convenzioni di codificazione

La codificazione del diritto internazionale pubblico presenta obiettivi, caratteri e strumenti profondamente differenti rispetto alle moderne codificazioni del diritto interno le quali, sul modello del *Code Napoléon* del 1804, costituiscono la regolamentazione sistematica e tendenzialmente completa di vaste aree giuridiche e sono espressione della potestà legislativa dello Stato. Nel diritto internazionale, invece, la codificazione consiste essenzialmente nella rilevazione del diritto consuetudinario e nella sua trasposizione in un testo scritto. Essa, quindi, tende a dare certezza a un diritto che, in quanto *ius non scriptum*, risultante dalla variegata ed eterogenea prassi degli Stati (e degli altri attori operanti sulla scena internazionale), ha in sé un inevitabile coefficiente di incertezza. Sotto questo profilo, dunque, essa si collega più alle codificazioni del passato, a cominciare da quella giustinianea, che alle codificazioni dell'età moderna.

* Presidente della Società Italiana di Diritto internazionale e di Diritto dell'Unione europea. Emerito di Diritto internazionale, Università degli Studi di Bari "Aldo Moro".

La codificazione del diritto internazionale si differenzia profondamente da quella statale anche per gli strumenti impiegati. Mentre la seconda, come si è detto, è opera del legislatore e frutto della sua autorità sovraordinata ai consociati, nel diritto internazionale, in assenza di un siffatto legislatore, la codificazione si realizza normalmente mediante accordi. Si determina così una apparente contraddizione tra l'oggetto della codificazione, il diritto consuetudinario di portata generale, e lo strumento usato, l'accordo, per sua natura fonte di diritto internazionale particolare.

La contraddizione può apparire ancor più vistosa se si considera che le convenzioni in materia non si limitano, di regola, a registrare puramente e semplicemente le norme consuetudinarie già esistenti e il loro contenuto, ma tendono anche a stimolare lo sviluppo progressivo del diritto internazionale. Nelle Nazioni Unite (alle quali soltanto si riferiscono le presenti considerazioni) il compito affidato all'Assemblea generale dall'art. 13, par. 1, lett. *a*), della Carta è, infatti, di "incoraggiare lo sviluppo progressivo del diritto internazionale e la sua codificazione". Tenuto conto della inevitabile lentezza del "ricambio" del diritto internazionale consuetudinario, per adeguarsi alle mutate tendenze, bisogni, interessi della comunità internazionale, lo studio, il dibattito, il confronto che si realizzano nell'attività di codificazione possono così orientarsi anche al fine di promuovere l'innovazione del diritto; con il risultato che, in misura più o meno ampia, la convenzione che è prodotta dall'Assemblea generale (o da una conferenza *ad hoc*) è, simultaneamente, sia codificatoria che di progressivo sviluppo del diritto internazionale.

Una convenzione siffatta presenta, pertanto, una duplice natura. Nella misura in cui corrisponde effettivamente al diritto consuetudinario preesistente che codifica, essa è applicabile anche se non ancora formalmente in vigore e anche nei confronti di Stati che non ne siano parte, in quanto opera quale "fonte di cognizione" (o di "ricognizione") di norme consuetudinarie vigenti per propria forza normativa. Nella parte in cui una convenzione contenga norme nuove – sia, quindi, di progressivo sviluppo del diritto internazionale – essa ha tutti (e soltanto) i caratteri di una fonte pattizia, applicabile, come tale, solo dalla sua formale entrata in vigore e solo nei rapporti tra gli Stati parti.

Esemplare di tale duplice natura delle convenzioni di codificazione è la qualificazione delle norme della Convenzione di Ginevra del 29 aprile 1958 sulla piattaforma continentale effettuata dalla Corte internazionale di giustizia nella sentenza del 20 febbraio 1969 relativa agli affari della *piattaforma continentale del Mare del Nord* (*Repubblica federale di Germania*, *Danimarca* e *Olanda*). La Corte affermò che l'art. 2 della

Convenzione, il quale dichiara che lo Stato costiero ha diritti esclusivi di esplorazione e di sfruttamento delle risorse naturali della propria piattaforma continentale, indipendentemente dalla sua occupazione o da qualsiasi espresso proclama, corrispondeva al diritto consuetudinario. Al contrario, ritenne che la regola della equidistanza, stabilita nell'art. 6 per la delimitazione della piattaforma continentale tra Stati limitrofi o frontisti, non aveva tale natura e costituiva, quindi, una norma pattizia, non applicabile – nella specie – alla Repubblica federale di Germania, la quale era restata estranea alla Convenzione.

2. Autorevolezza delle convenzioni di codificazione

La codificazione, dunque, anche quando si realizza con un progetto di convenzione, non assicura certezza alle norme ivi contenute e non esime il giudice (nazionale o internazionale) dal verificare, alla luce della prassi e dell'*opinio iuris* degli Stati, se esse corrispondano o meno al diritto internazionale consuetudinario. Tale corrispondenza, dunque, non può darsi per scontata, come talvolta il giudice sembra fare. Si pensi, per esempio, alla sentenza della Corte europea dei diritti umani del 18 gennaio 2011, *Guadagnino* c. *Italia* e *Francia*, che, senza darne alcuna motivazione, ha affermato che l'art. 11 della Convenzione delle Nazioni Unite del 2 dicembre 2004 sulla immunità dalla giurisdizione degli Stati, relativo ai rapporti di lavoro, fa parte integrante del diritto internazionale consuetudinario e pertanto vincolava l'Italia sebbene questa non l'avesse ratificata.

La necessità di una verifica sull'effettiva natura codificatoria delle norme contenute nelle convenzioni in materia, peraltro, non deve condurre a sottovalutare l'opera promossa dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite. Il progetto di convenzione, adottato dalla stessa Assemblea o da una conferenza governativa *ad hoc* da essa convocata, è fornito, invero, di una propria autorevolezza. Esso, infatti, rappresenta pur sempre il risultato di un'attività di ricognizione della prassi, di studio, di riflessione, di confronto, che, quando è svolta (come più spesso accade) nella Commissione del diritto internazionale, conferisce al testo da essa licenziato anche l'autorevolezza propria di tale organo, derivante non solo dai suoi componenti, ma dalla sua rappresentatività delle principali forme di civiltà e dei principali sistemi giuridici del mondo (art. 8 dello Statuto della Commissione del diritto internazionale). A questa autorevolezza "scientifica" si aggiunge quella, di natura politica, derivante dal sostegno che il testo può ricevere da parte dell'Assemblea generale (o di

una conferenza *ad hoc*) quale risultato del confronto, del "contraddittorio" tra gli Stati partecipanti, compiuto in base alle rispettive vedute e ai loro diversi interessi.

3. Testi non convenzionali di codificazione

Beninteso, tale autorevolezza non può semplicisticamente riconoscersi a qualsiasi testo di codificazione, ma dipende dalle vicende e dalle circostanze nelle quali è adottato e dagli stessi obiettivi che ci si propone di raggiungere. Questi non necessariamente consistono nel promuovere la conclusione di una convenzione, ma possono anche limitarsi semplicemente alla presa d'atto da parte dell'Assemblea generale del rapporto della Commissione del diritto internazionale (art. 23 del suo Statuto). In linea di principio, peraltro, la giurisprudenza e la prassi degli Stati mostrano che il testo presentato dalla Commissione (forse anche per una sorta di effetto psicologico della sua forma scritta, a fronte del carattere di *ius non scriptum* delle norme consuetudinarie) finisce sovente per godere, per così dire, di una presunzione di corrispondenza al diritto consuetudinario, nel senso che il ragionamento giuridico dell'interprete parte da tale testo, ferma restando la possibilità di giungere, peraltro, a negare a questa o quell'altra disposizione il carattere codificatorio.

Non mancano sentenze della Corte internazionale di giustizia che hanno applicato, in quanto ritenuti corrispondenti al diritto consuetudinario, persino progetti non ancora definitivi di convenzioni. È il caso della sentenza del 24 febbraio 1982 nell'affare della *piattaforma continentale* (*Tunisia/Libia*) con riferimento al Progetto di convenzione del 28 agosto 1981 della Terza Conferenza delle Nazioni Unite sul diritto del mare. La Corte affermò di dovere tenere conto, anche d'ufficio, dei lavori di tale Conferenza e che non avrebbe potuto trascurare una disposizione del Progetto di convenzione ove fosse giunta alla conclusione che la sua sostanza vincolasse tutti i membri della comunità internazionale perché consacrava o cristallizzava una regola di diritto consuetudinario preesistente o in via di formazione.

A conferma dell'autorità ricognitiva di norme consuetudinarie che può avere un testo codificatorio, a prescindere dal valore della convenzione che lo contenga, o persino dal destino futuro che, da un punto di vista formale, tale testo possa incontrare, può citarsi il Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per fatti internazionalmente illeciti, adottato dalla Commissione del diritto internazionale il 3 agosto 2001. La stessa Commissione, nel sottoporlo all'Assemblea generale, si limitò a

raccomandarle semplicemente di prenderne nota e di considerare in un momento ulteriore la possibilità di convocare una conferenza internazionale in vista della conclusione di una convenzione. Da parte sua, l'Assemblea generale, con risoluzione 56/83 del 12 dicembre 2001, prese atto del testo e lo raccomandò all'attenzione dei governi, senza pregiudizio di una futura azione. In altri termini il testo – allo stato – era destinato a ricevere solo l'"attenzione" degli Stati, senza alcuna vocazione a trasformarsi in una formale convenzione. Ciò malgrado la Corte internazionale di giustizia, nella sentenza del 26 febbraio 2007 sull'*applicazione della Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio* (*Bosnia-Erzegovina* c. *Serbia e Montenegro*), ai fini dell'imputazione a uno Stato della condotta di gruppi armati, dichiarò espressamente che la norma applicabile, quale norma di diritto consuetudinario sulla responsabilità internazionale, era quella prevista dall'art. 8 del Progetto di articoli della Commissione del diritto internazionale (che, d'altra parte, recepiva la sua giurisprudenza).

Si noti che, negli ultimi anni, è alquanto diffusa l'elaborazione, da parte della Commissione del diritto internazionale, di progetti di articoli, non già di testi definiti di convenzioni, come nel caso del Progetto di articoli relativo agli effetti dei conflitti armati sui trattati del 2011 e di quello, dello stesso anno, sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali. In maniera ancor più sommessa, nella materia delle riserve ai trattati (già codificata nelle Convenzioni di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 e del 1986) la Commissione ha approvato nel 2011 delle semplici *Guidelines*.

4. La codificazione "ufficiale" nell'Unione europea

Nell'Unione europea la codificazione del diritto è molto diversa rispetto al diritto internazionale. Anzitutto vi è una netta prevalenza del "diritto scritto", che non pone la necessità di elaborare dei testi ricognitivi di norme; in secondo luogo, esiste un'autorità "legislativa", la quale dispone di tutti i poteri e gli strumenti per imporre in maniera autoritativa le proprie norme.

Tuttavia, anche nell'Unione europea l'opera di codificazione tende, in definitiva, a rafforzare la certezza del diritto mediante un'opera di semplificazione, di chiarimento, anche terminologico, di razionalizzazione del diritto preesistente. Intendiamo qui riferirci al concetto di codificazione "ufficiale", quale risulta, in particolare, dall'Accordo interistituzionale del 20 dicembre 1994 su un metodo di lavoro accelerato ai fini

della codificazione ufficiale dei testi legislativi, richiamato dall'Accordo interistituzionale "Legiferare meglio" del 13 aprile 2016, nonché da altri testi, come la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio "Codificazione della normativa comunitaria" del 21 novembre 2001, COM (2001) 645 definitivo, e da conclusioni del Consiglio europeo, in particolare di quello di Edimburgo dell'11-12 dicembre 1992. Prescindiamo, invece, da quei "codici" adottati da istituzioni o organi dell'Unione, aventi valore politico, o di *soft law*, o di norme interne dell'istituzione o organo in questione (si pensi ai codici di condotta per i membri della Commissione approvati da quest'ultima).

La codificazione ufficiale ha l'obiettivo di rendere più semplice, chiara, leggibile, accessibile e coerente la normativa contenuta nel diritto derivato dell'Unione relativa a una data materia. Essa consiste nella emanazione di un nuovo atto normativo, il quale abroga i precedenti atti concernenti la materia in questione e li sostituisce con un atto unico che non contiene alcuna modifica sostanziale di detti atti. Per tale via si assicura chiarezza alla normativa europea, la quale viene rielaborata in un unico atto, che riunisce tutte le disposizioni dell'atto originario e delle sue successive modificazioni, elimina le disposizioni ormai obsolete, armonizza e unifica la terminologia impiegata, sistema in un nuovo quadro coerente la preesistente normativa e presenta un nuovo preambolo. Essa consente anche di ridurre il volume della legislazione, sostituendo un unico atto a una serie di atti l'uno modificativo dell'altro e così provocando non solo un'evidente semplificazione legislativa, ma anche risparmi economici, riducendo, per esempio, le spese di traduzione occorrenti in vista dell'adesione di nuovi Stati membri. La codificazione può essere verticale, quando il nuovo atto sostituisce una serie di atti l'uno modificativo dell'altro, o orizzontale, quando esso sostituisce più atti "paralleli" coesistenti che disciplinano la stessa materia.

L'adozione di un atto di codificazione segue il normale *iter* legislativo, ma il citato Accordo interistituzionale del 1994 prevede una procedura accelerata. È essenziale, anzitutto, che la Commissione si impegni a non introdurre nella sua proposta alcuna modifica sostanziale degli atti precedenti: è questo, infatti, il limite invalicabile dell'attività di codificazione. Quindi la proposta di codificazione è esaminata da un gruppo consultivo, composto dai servizi giuridici del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, il quale emana un parere sul fatto che essa si limita effettivamente a una mera codificazione senza modifiche sostanziali. Infine, la proposta è esaminata in tutti i suoi aspetti con procedura accelerata in seno al Parlamento europeo (una commissione unica per l'esame della proposta e procedura semplificata per la sua adozione) e al

Consiglio (esame da parte di un gruppo unico e procedura "dei punti I/A" nel COREPER-Consiglio). L'esame della proposta non rimette in alcun modo in discussione le soluzioni accolte nel merito al momento dell'adozione degli atti oggetto della codificazione. Per un esempio si consideri il regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen) (codificazione). La motivazione della codificazione risulta dal punto 1 del preambolo: dopo avere ricordato che il regolamento (CE) 562/2006 è stato modificato in modo sostanziale a più riprese, esso dichiara che "a fini di razionalità e chiarezza è opportuno provvedere alla codificazione di tale regolamento".

5. *Il consolidamento e la rifusione*

L'obiettivo di semplificare il diritto derivato dell'Unione europea, rendendolo più chiaro, accessibile e razionale, così contribuendo alla sua certezza, può essere perseguito anche mediante altre operazioni che presentano qualche analogia con la codificazione. Ci riferiamo al consolidamento, che, alla luce delle conclusioni del Consiglio europeo di Edimburgo dell'11-12 dicembre 1992 e della citata comunicazione della Commissione "Codificazione della normativa comunitaria" del 21 novembre 2001, consiste nel raggruppamento in un unico testo dei diversi "frammenti" di legislazione che disciplinano un dato argomento. Si tratta di un'operazione meccanica di compilazione, non giuridica, la quale non incide in alcun modo sulla validità delle diverse disposizioni legislative e non produce alcun effetto giuridico. Il testo consolidato non è adottato dalle istituzioni legislative dell'Unione, ma dall'ufficio delle pubblicazioni. Esso ha un valore meramente informativo; tuttavia il consolidamento del diritto derivato rappresenta un'operazione preliminare rispetto alla codificazione in quanto – come si legge nella comunicazione della Commissione testé ricordata – "fornisce la materia prima per la codificazione della normativa comunitaria e riveste perciò un'importanza vitale per tale operazione".

Affine alla codificazione è anche la rifusione. Essa consiste in una tecnica legislativa mediante la quale è adottato un nuovo atto normativo, il quale non solo unifica i vari atti precedenti, abrogandoli e rendendo la normativa più coerente e più leggibile, come accade nella codificazione, ma contiene pure modifiche sostanziali. Questa tecnica è disciplinata nell'Accordo interistituzionale del 28 novembre 2001 ai fini di un ricor-

so più strutturato alla tecnica della rifusione degli atti normativi. L'impegno a usarla con maggiore frequenza per la modifica della legislazione vigente è ribadito nel citato Accordo interistituzionale del 13 aprile 2016 "Legiferare meglio".

L'opportunità di ricorrere alla rifusione deriva dal fatto che la codificazione, sebbene consenta di migliorare notevolmente la leggibilità degli atti normativi che sono stati oggetto di numerose modifiche, spesso non riesce a tenere il passo delle stesse modifiche, poiché, mentre procede l'iter di codificazione, viene adottata una modifica che costringe a ricominciare i lavori di codificazione. La rifusione, invece, consente di integrare la modifica nel testo di un nuovo atto, nel quale sono unificati i testi normativi precedenti. Essa evita la proliferazione di atti modificativi isolati e può "assicurare la leggibilità della legislazione comunitaria in modo permanente e globale". Anche la rifusione può essere verticale o orizzontale, nel senso sopra chiarito riguardo alla codificazione.

L'Accordo interistituzionale del 28 novembre 2001 regola dettagliatamente la procedura da seguire nella rifusione. Qui basti notare che l'oggetto della proposta della Commissione è rappresentato dalle modifiche sostanziali che essa introduce in uno o più atti precedenti; la proposta include, a titolo accessorio, la codificazione delle disposizioni immutate, che, al massimo, subiscono adattamenti meramente formali o redazionali, con le suddette modifiche sostanziali. Come per la codificazione, un gruppo consultivo composto dai servizi giuridici del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione esamina la proposta di rifusione e formula un parere sul fatto che la proposta non contiene modifiche sostanziali se non quelle espressamente indicate come tali.

Può dirsi, *mutatis mutandis*, che la rifusione svolge una funzione analoga a quella di codificazione e sviluppo del diritto propria del diritto internazionale; le tecniche e gli strumenti impiegati restano, ovviamente, profondamente differenti. Gli esempi di atti di rifusione sono alquanto numerosi; possono ricordarsi il regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (rifusione), il quale dichiara che, poiché il precedente regolamento (CE) n. 44/2001 "deve essere modificato è opportuno, per motivi di chiarezza, procedere alla rifusione di detto regolamento"; o il regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2015 relativo alla procedura di insolvenza (rifusione), il quale rileva che, poiché il precedente regolamento (CE) n. 1346/2000 "è stato modificato diverse volte e poiché si rivelano

necessarie ulteriori modifiche, è opportuno, per motivi di chiarezza, procedere alla sua rifusione".

6. Altre forme di codificazione del diritto dell'Unione europea

La codificazione del diritto dell'Unione europea non si esaurisce in quella, regolata dal citato Accordo interistituzionale del 20 dicembre 1994, riguardante il diritto derivato e limitata alla sostituzione di un nuovo testo a quelli precedenti, senza apportare alcuna modifica sostanziale. Specie negli ambienti scientifici si allude alla codificazione come un'operazione di raccolta in un testo unico – in un codice, appunto – di regole e principi di diversa natura e origine, compresi quelli risultanti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, comportante non solo un riordino di tali elementi, ma la creazione di nuove norme. Sembra questo, per esempio, il significato del Codice del procedimento amministrativo dell'Unione europea, elaborato nel 2016 da un gruppo di cultori di diritto amministrativo, il *Research Network on EU Administrative Law* (ReNEUAL). In questo contesto può collocarsi anche l'iniziativa, rivolta dal Parlamento europeo alla Commissione, diretta a promuovere una regolamentazione per un'amministrazione europea aperta, efficace e indipendente del 2016.

In questi casi la "codificazione" consiste, in sostanza, in un'attività di produzione normativa svolta sulla base delle disposizioni dei Trattati concernenti le materie da regolare e con le procedure e gli atti da tali disposizioni previsti. Per esempio, le iniziative, sia private che del Parlamento europeo, che abbiamo ricordato, potrebbero concretizzarsi in regolamenti, previsti dall'art. 298 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) al fine di garantire che, nell'assolvere i loro compiti, le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione si basino su un'amministrazione europea aperta, efficace e indipendente.

Vi è, infine, un'attività di codificazione che non riguarda il diritto derivato, ma si realizza al livello degli stessi Trattati europei. Si tratta dell'inserimento, come articoli del Trattato sull'Unione europea (TUE) o del TFUE, di principi generali affermati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. È, questa, una tecnica alquanto simile alla codificazione del diritto internazionale consuetudinario, nel senso che anche nell'ipotesi in esame lo *ius non scriptum*, costituito dai principi generali risultanti dalla giurisprudenza, come tali già fonti del diritto dell'Unione, viene "tradotto" in forma scritta (e quindi dotato di un più elevato grado di certezza).

Gli esempi sono numerosi: dal principio di proporzionalità, nato nella giurisprudenza e oggi espressamente previsto nell'art. 5, par. 4, TUE, a quello di leale cooperazione. Com'è noto, nella sua originaria formulazione, esso riguardava solo un obbligo a carico degli Stati membri per l'adempimento del diritto comunitario e la realizzazione dei suoi scopi. La Corte di giustizia, invece, ne ha ricavato un principio generale applicabile anche a carico delle istituzioni e a favore degli Stati membri (ordinanza 13 luglio 1990, *Zwartveld*, causa C-2/88), nonché nei rapporti tra le istituzioni dell'Unione (sentenza 30 marzo 1995, *Parlamento* c. *Consiglio*, causa C-65/93). Questi sviluppi di natura pretoria sono stati "codificati" nel TUE, rispettivamente, all'art. 4, par. 3, 1° comma, e all'art. 13, par. 2. Si noti che, in questo come in casi analoghi, si realizza una sorta di osmosi tra i principi generali di origine giurisprudenziale e il diritto scritto dei Trattati: il principio di leale cooperazione, infatti, è desunto da una disposizione del Trattato sulla Comunità europea (l'art. 10, nel testo precedente alla riforma di Lisbona) e, una volta ricostruito dalla Corte come principio generale, provoca una modifica del Trattato sull'Unione europea che recepisce tale principio ampliandone l'ambito di applicazione.

L'esempio più vistoso e significativo, ai fini degli sviluppi del diritto dell'Unione, di "codificazione" dei principi affermati dalla giurisprudenza riguarda i diritti fondamentali. Com'è noto, nei testi originari dei Trattati europei era assente qualsiasi riferimento a essi; è grazie alla giurisprudenza della Corte, a partire dalle sentenze 12 novembre 1969, *Stauder*, causa 29/69, e 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH,* causa 11/70, che la tematica dei diritti fondamentali irrompe nel diritto comunitario (poi dell'Unione) in quanto tutelati da autonomi principi generali di tale diritto, informati alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e agli accordi internazionali sui diritti umani. Anche in questo caso la giurisprudenza "creativa" della Corte di giustizia è stata recepita a livello di diritto primario, essendo oggi "codificata" dall'art. 6, par. 3, TUE, ai sensi del quale i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea dei diritti umani e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.

7. La codificazione del diritto internazionale privato: l'esigenza di riforma derivante dal fenomeno dell'immigrazione

Nel diritto internazionale privato (nazionale) la codificazione riassume i suoi consueti caratteri, propri del diritto statale. Essa, quindi, mira a contenere in un *corpus* unitario la normativa concernente la legge applicabile (ed eventualmente la giurisdizione e il valore delle decisioni straniere) e si realizza mediante la legge dello Stato. Quest'ultima, peraltro, non è l'unica fonte rilevante, stante l'esistenza, da un lato, di numerose convenzioni internazionali di cui l'Italia è parte, in specie quelle elaborate nella Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, e, dall'altro, di una imponente normativa dell'Unione europea. Si pone, quindi, un problema di raccordo tra la legislazione nazionale e dette fonti esterne dotate, a loro volta, di un rango differente nell'ordinamento italiano: le convenzioni internazionali aventi, in principio, lo *status* di legge ordinaria, ma assistite da una particolare forza di resistenza rispetto alla legislazione italiana in virtù del rispetto degli obblighi internazionali prescritto al legislatore (statale e regionale) dall'art. 117, 1° comma, Cost.; il diritto dell'Unione fornito di un "primato" rispetto all'ordinamento italiano in forza dell'art. 11 Cost.

In questo quadro si avverte oggi l'esigenza di … riformare la riforma del diritto internazionale privato italiano effettuata con la l. 31 maggio 1995, n. 218. Quest'ultima, infatti, appare invecchiata a causa, da un lato, del massiccio fenomeno di immigrazione, dall'altro, della "comunitarizzazione" del diritto internazionale privato.

Riguardo al primo fenomeno deve osservarsi che nella suddetta legge 218/1995 il criterio di collegamento manciniano della cittadinanza continua a essere il criterio principale di definizione della legge applicabile agli statuti personali, alla filiazione, al matrimonio, ai rapporti di famiglia, alle successioni. Sennonché, nell'impostazione di Mancini, la preferenza per la legge nazionale, rispetto, in particolare, a quella di residenza, rispondeva all'intento di mantenere vivi i legami con gli Italiani emigrati all'estero e determinava l'applicazione della legge italiana a situazioni e rapporti che si erano creati o che, quanto meno, si svolgevano all'estero. Oggigiorno il criterio di collegamento della cittadinanza, in un Paese di intensa immigrazione quale è diventato il nostro, non comporta più un ampliamento dell'applicazione extraterritoriale della legge italiana, ma, al contrario, un arretramento dell'ambito di tale legge a favore di molteplici e differenti leggi straniere applicabili in Italia; leggi, per di più, ispirate a modelli culturali, sociali, religiosi spesso molto distanti dai nostri, come nel caso più clamoroso della famiglia poligamica. Da ciò

deriva una vasta frammentazione del diritto applicabile e una separatezza dei differenti gruppi etnici in Italia rispetto alla maggioranza italiana.

In considerazione delle materie, in specie i rapporti familiari, nelle quali il criterio della cittadinanza è destinato a operare, materie fortemente sensibili alle radici culturali e religiose dei diversi gruppi di immigrati, l'opzione in senso multiculturale insita, oggi, nella preferenza per il criterio della cittadinanza, può comportare un duplice rischio: da un lato, di chiusura dei gruppi etnici sia nei confronti della maggioranza della società italiana, sia nei loro reciproci rapporti; dall'altro, di pregiudizio per l'identità culturale della nostra stessa società, con l'ingresso di leggi o di istituti radicalmente differenti da quelli italiani. Rispetto a questo secondo rischio, beninteso, può operare il limite dell'ordine pubblico internazionale, ai sensi dell'art. 16 della legge 218/1995, il quale, peraltro, dovrebbe intervenire solo in via eccezionale e, in ogni caso, può precludere l'ingresso di una legge straniera solo se i suoi effetti – non già la legge stessa – sono contrari all'ordine pubblico. Un'altra via percorribile è quella del ricorso a norme di applicazione necessaria, come è accaduto nelle riforme di diritto internazionale privato successive alla legge 218/1995. È dubbio, tuttavia, che tale metodo possa utilmente applicarsi in maniera ampia, dato che, comunque, esprime un atteggiamento di chiusura verso i fenomeni giuridici stranieri, rompe quel rapporto di tendenziale eguaglianza tra la legge italiana e quelle straniere richiamate dalle norme di conflitto, risultante dalla riforma del 1995, può condurre, se spinto oltre certi limiti, a una sorta di arroccamento dell'ordinamento italiano su una propria visione nazionalistica.

Una svolta decisa potrebbe attuarsi, invece, con la sostituzione della residenza alla cittadinanza quale criterio di collegamento nelle materie considerate. Tale criterio condurrebbe all'applicazione della legge italiana agli stranieri immigrati, così evitando gli inconvenienti e i rischi segnalati e, principalmente, favorendo una loro piena integrazione nel nostro tessuto sociale. Il criterio della residenza presenterebbe l'ulteriore vantaggio di determinare, in principio, una coincidenza tra *forum* e *ius*, identificando nel giudice italiano quello competente in base alla residenza in Italia del convenuto e nella legge italiana quella regolatrice della fattispecie in questione. Esso, inoltre, condurrebbe a uniformare il nostro ordinamento a quello dell'Unione europea, nel quale è largamente impiegato; anche se non è possibile individuare una nozione unitaria di residenza nei diversi regolamenti europei.

La sostituzione del criterio della residenza a quello della cittadinanza, tuttavia, non manca di presentare aspetti problematici. L'idea stessa, sottesa all'impiego della residenza, della integrazione degli immigrati

nella società italiana appare una sorta di assimilazione forzata a discapito delle proprie identità e di ogni apertura verso forme di multiculturalismo.

Di fronte a un fenomeno massiccio di immigrazione l'alternativa tra integrazione e multiculturalismo, dei quali, sul piano del diritto internazionale privato, sarebbero espressione, rispettivamente, i criteri di collegamento della residenza e della cittadinanza, non può porsi, forse, in maniera rigida e di reciproca esclusione. L'integrazione, doverosa e irrinunciabile, è quella che riguarda il riconoscimento dei diritti fondamentali degli immigrati e, per converso, il rispetto, da parte loro, dei valori del Paese di accoglienza. Una volta assicurata questa soglia di integrazione, forme ulteriori di "assimilazione" degli stranieri, in nome di un modello di società "inclusiva", si risolverebbero, in realtà, in un annullamento delle culture, delle tradizioni, dei valori dei quali gli immigrati sono portatori e che, nel confronto e nel dialogo con la cultura e i valori della società di accoglienza, possono anch'essi contribuire all'arricchimento della civiltà di quest'ultima.

8. L'incidenza della "comunitarizzazione" del diritto internazionale privato e processuale

Quanto alla "comunitarizzazione" del diritto internazionale privato, com'è noto, essa è stata effettuata dal Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997. L'art. 65 del Trattato che istittuisce la Comunità Europea (Trattato CE) ha attribuito alla Comunità – come, oggi, l'art. 81 TFUE all'Unione europea – una competenza generale ad adottare misure in materia di conflitti di leggi e di diritto processuale civile internazionale, in particolare se necessario al buon funzionamento del mercato interno.

Malgrado l'apertura della legge 218/1995 nei confronti della cooperazione internazionale nelle materie da essa regolate, il quadro normativo della stessa è stato pressoché stravolto dalla proliferazione di regolamenti della Comunità e poi dell'Unione europea concernenti la giurisdizione, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione di decisioni straniere. Il fenomeno, almeno nelle sue dimensioni, era difficilmente prevedibile anche perché l'art. 81, par. 2, lett. *c*), TFUE (come la corrispondente disposizione del Trattato CE nel testo risultante dal Trattato di Amsterdam), almeno riguardo ai conflitti di leggi e di giurisdizione, sembra alludere alla emanazione di direttive. Esso, infatti, dichiara che il Parlamento europeo e il Consiglio adottano misure volte a garantire "la compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di giurisdizione". Il termine "compatibilità" suggerisce un'opera di ar-

monizzazione, di ravvicinamento, di eliminazione delle divergenze, per la quale l'atto adottabile appare tipicamente la direttiva. Al contrario, le istituzioni europee non si sono limitate a rendere compatibili le regole relative ai conflitti di leggi e di giurisdizione, ma le hanno unificate mediante una massa di regolamenti.

L'adozione di regolamenti ha comportato anche la loro sostituzione a convenzioni elaborate in ambito comunitario, come il regolamento (CE) 593/2008 del 17 giugno 2008 sulle obbligazioni contrattuali ("Roma I") rispetto alla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 avente lo stesso oggetto e destinata, ai sensi dell'art. 57 della legge 218/1995, a regolare "in ogni caso" tali obbligazioni. Ciò comporta un delicato problema interpretativo circa la possibilità di estendere la prescrizione del citato art. 57 al regolamento (CE) 593/2008. Le profonde differenze tra una convenzione internazionale e un regolamento dell'Unione non autorizzano, infatti, a estendere a quest'ultimo la volontà del legislatore di sottoporre "in ogni caso" alla convenzione internazionale, anche al di là del proprio ambito di applicazione, una data materia.

Su un piano più generale va rilevato che la vastità della produzione normativa europea di diritto internazionale privato e processuale sta progressivamente espropriando gli Stati membri della potestà legislativa in materia. Il fenomeno è acuito dalla competenza esclusiva dell'Unione a concludere accordi internazionali in materia, quando possano incidere sulle norme da essa emanate, affermata dalla Corte di giustizia nel parere 1/03 del 7 febbraio 2006, concernente la competenza della Comunità a concludere la nuova Convenzione di Lugano sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e risultante oggi dall'art. 3, par. 2, TFUE.

Deve sottolinearsi, d'altra parte, che la legislazione dell'Unione non riesce a ricomporsi in un "sistema" unitario europeo, che si sostituisca a quelli degli Stati membri. I regolamenti dell'Unione, infatti, realizzano interventi circoscritti, frammentari, che disegnano un quadro complessivo frastagliato, parcellizzato, privo di una propria coerenza sistematica. Si avverte, in altri termini, l'assenza di una "parte generale" europea, l'auspicato "regolamento Roma 0", che possa fornire una cornice teorica ai singoli regolamenti; parte generale che, peraltro, non sembra, al momento, neppure ipotizzabile in considerazione delle profonde differenze presenti nei sistemi di diritto internazionale privato degli Stati membri. Tale assenza determina non solo difformità, talvolta definitorie, tra i diversi regolamenti, come per il criterio della residenza, ma anche una loro difficoltà a raccordarsi con il quadro sistematico dei vari Stati membri.

9. Possibili opzioni per il legislatore italiano

In questa situazione varie opzioni si presentano al legislatore italiano: porre mano a una riforma complessiva del sistema di diritto internazionale privato, ma con il rischio di uno scollamento rispetto alla legislazione europea, o di un'applicazione sostanzialmente ridotta agli spazi lasciati liberi da tale legislazione; oppure limitarsi a una più modesta opera di aggiornamento, volta, essenzialmente, ad adeguare la disciplina interna a quella dell'Unione; o rassegnarsi a un ruolo, in definitiva, residuale, dichiarando applicabile in via generale la legislazione dell'Unione e limitandosi a intervenire nelle materie non (ancora) incise dal legislatore europeo o nelle quali manchino i presupposti – anzitutto quello della reciproca fiducia – per un'applicazione del diritto europeo oltre i suoi confini (soggettivi o materiali); o, ancora, concentrare una revisione sulla sola parte generale (la quale, peraltro, non è mai nettamente separabile da quella speciale). E resta la questione di fondo di come rispondere alle nuove realtà sociali derivanti dal fenomeno della immigrazione, cercando, forse, soluzioni più articolate rispetto all'alternativa secca tra legge di cittadinanza o di residenza.

Tra le varie opzioni non andrebbe trascurata l'opportunità di coordinare l'opera di revisione della legge interna con l'attività di legislazione a livello europeo svolta sia nelle istituzioni a formazione governativa che nel Parlamento europeo. Una revisione della legge italiana che si sviluppi simultaneamente alla elaborazione della normativa europea e in maniera coordinata con tale elaborazione potrebbe consentire, da un lato, di armonizzare, sin dalla loro formazione, le norme nazionali con gli orientamenti che vengano a delinearsi nelle istituzioni dell'Unione; dall'altro, e reciprocamente, di incidere sulla elaborazione della normativa europea, rappresentando concezioni e vedute "nazionali" suscettibili di trovare accoglimento in tale normativa.

IDEE E SIGNIFICATI DELLA CODIFICAZIONE

Francesco SALERNO*

SOMMARIO: 1. Presentazione. – 2. Il tema del Convegno. – 3. Codici e codificazione internazionale. – 4. Scopi, linguaggio e profondità della codificazione nel diritto internazionale. – 5. Il ruolo privilegiato delle organizzazioni internazionali nel processo di codificazione. – 6. Gli strumenti della codificazione. – 7. Il consolidamento del modello codificato attraverso l'azione di interpreti qualificati ed il loro "dialogo". – 8. Codificazione e "sistema" giuridico: il ruolo dell'interprete.

1. Presentazione

Caro Direttore, Caro Presidente, Care Amiche e Colleghe, Cari Amici e Colleghi, Cari Presidenti di sessione e Relatori, Ringrazio Tutti per la Vostra presenza qui a Ferrara. Ringrazio la SIDI nel suo complesso, perché la nostra candidatura ad ospitare il XXIII convegno annuale della Società è stata approvata all'unanimità dall'assemblea di Trento di un anno fa. Io e i miei colleghi ferraresi (Alessandra Annoni, Cristiana Fioravanti, Serena Forlati, Pietro Franzina), unitamente a Ilaria Aquironi, Chiara Cuttitta, Khrystyna Gravysh e Irene Maccagnani, ci siamo impegnati per definire le linee scientifiche ed organizzative del convegno. Un ringraziamento particolare devo esprimere per il sostegno che l'iniziativa ha sempre ricevuto dall'Università di Ferrara e dal Dipartimento di Giurisprudenza in specie. L'amico Direttore Giovanni De Cristofaro ha voluto quanto me questa iniziativa offrendo un generoso sostegno logistico e finanziario, senza peraltro dimenticare l'impegno profuso dal personale amministrativo come anche da studenti, *ex* studenti, dottorandi e allievi del Liceo Ariosto. Vi ringrazio ancora.

Quando presentai la candidatura di Ferrara per il XXIII Convegno della Società non immaginavo che esso si sarebbe svolto in un momento alquanto complesso per la vita della SIDI. Tuttavia, farlo ora e per di più nel modo strutturalmente unitario con cui è stato sin dall'inizio concepito (senza, cioè, la formula di "sessioni separate" per ciascuna disciplina) in-

* Professore ordinario di Diritto internazionale, Università di Ferrara.

tende confermare e ribadire gli intendimenti originari della Società. In questa originaria "casa comune" possono e devono trovare modo di confrontarsi liberamente le tre principali anime culturali della SIDI che sono poi quelle indicate nel suo Statuto, vale a dire il diritto internazionale, il diritto dell'Unione europea ed il diritto internazionale privato. Nell'occasione, il tema scientifico aggregante è rappresentato alla codificazione rispetto al quale è difficile negare che ogni singola disciplina esprime un'accezione, un approccio ed un obiettivo suoi propri. Assumendo questo lemma in senso lato, è possibile verificare se e in che misura esistano problematiche e tendenze comuni alle tre diverse discipline.

2. Il tema del Convegno

Nella prospettiva del diritto internazionale, la codificazione esprime l'aspirazione ad un diritto oggettivo e segue alla formazione della società internazionale quale definitasi tra il Seicento ed il Settecento come comunità di Stati sovrani. A partire dal Congresso di Vienna del 1814-1815 il bisogno di certezza del diritto ha indotto gli Stati ad utilizzare lo strumento della codificazione[1]. Il richiamo a questa tecnica si riallacciava ad esigenze ed esperienze maturate negli ordinamenti nazionali. La trasposizione ovviamente risente delle condizioni specifiche di tempo e di spazio in cui matura, anche se esistono alcune tendenze di fondo. La domanda di certezza del diritto che progressivamente si è manifestata a livello universale, per un verso, coesiste con manifestazioni analoghe (più o meno accentuate) espresse in ambiti regionali distinti[2] e, per un altro, si articola differentemente a seconda dei settori normativi interessati. Perciò, quando si parla di codificazione internazionale, si deve aver ben presente lo "spazio" sociale, e se del caso ordinamentale, entro cui il fenomeno si esplica. La codificazione, proprio in quanto indica regole di rilievo generale, esprime un processo che non si esaurisce nell'adozione formale del testo scritto[3].

[1] Vedi: *United Nations Documents on the Development and Codification of International Law*, supplemento a *AJIL*, vol. 41 (1947), n. 4, p. 32; vedi anche *infra* par. 3 e nota 11. Circa il nesso tra codificazione e *rule of law*, Assemblea generale, risoluzione 73/207, 20 dicembre 2018.

[2] In generale KOSKENNIEMI, *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law. Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi*, 2006, UN doc. A/CN.4/L.682, par. 200.

[3] Cfr. CASSELLA, *Le* Guide de la pratique *sur* Les réserves aux traités*: une nouvelle forme de codification ?*, in *Annuaire française de droit international*, 2012, p. 30. Sulle

Date le caratteristiche della società internazionale, le richiamate linee di tendenza si presentano in modo difforme. Si considerino i due grandi spazi regionali che più hanno compiuto progressi nel processo di codificazione: il sistema inter-americano e l'ordinamento dell'UE. Lo spazio regionale inter-americano inizia a delinearsi verso la metà dell'Ottocento[4], mentre la dimensione europea si manifesta circa un secolo dopo. Ma sono soprattutto diversi i modelli concettuali che li ispirano: la prima è pienamente rispettosa del tradizionale modello internazionalistico anche nel diritto internazionale privato uniforme con il noto "Codice Bustamante" del 1926[5]. La seconda invece accentua il taglio integrazionistico anche nel diritto internazionale privato, evidenziando soluzioni normative specifiche per lo spazio giuridico dell'UE.

I processi di codificazione seguono logiche e valori diversi proprio perché si muovono nell'orizzonte di una società di Stati dai connotati pluralistici. A livello universale, lo strumento della codificazione esprime una risposta alla frammentazione dell'ordine giuridico internazionale[6], conferendole una maggiore coerenza. Forse è eccessivo parlare di una codificazione "sistematica e cosciente"[7], ma una aspirazione in tal senso certamente esiste, quanto meno come riflesso di una società in qualche modo organizzata quale è – sia pure latamente – la società internazionale. L'esperienza della codificazione internazionale di respiro universale dimostra per l'appunto il grado di convergenza su valori unitari per l'intero corpo socia-

differenze tra codice e codificazione, vedi PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino, 2002, p. 68 s.

[4] *United Nations Documents on the Development and Codification of International Law*, cit., p. 117 ss.; vedi anche *infra*, LIMA, *Regionalism in the codification of international law: the experience of the Inter-American Juridical Committee*, p. 393 ss.

[5] *United Nations Documents on the Development and Codification of International Law*, cit., p. 122; NOLTE, *La codification du droit international privé*, in *Collected Courses*, 1936, vol. 55, p. 360 s.

[6] KOSKENNIEMI, *Fragmentation of international law*, cit., *passim*. Sull'atteggiamento "isolazionista" dell'UE al riguardo: KENT, *The EU Commission and the Fragmentation of International Law: Speaking European in a Foreign Land*, in *Goettingen Journal of International Law*, 2016, p. 225 ss.

[7] Cfr. *Mesures à prendre pour le développement progressif du droit international privé, particulièrement en vue de favoriser le commerce international: document de base présenté par la délégation hongroise*, in *Activités actuelles des organisations internationales en ce qui concerne l'harmonisation et la codification du droit commercial international. Rapport du Secrétaire géneral*, 8 maggio 1974, UN doc. A/CN./9/94/Add. 1 (ma anche in *Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, 1970, vol. I, p. 6).

le internazionale[8]. Essa sollecita riflessioni sui fattori che la favoriscono e quindi anche sugli attori che la gestiscono o che sono in grado di influenzarne i contenuti. Lo specchio che emerge è diverso da quello che poteva esprimere una comunità "anorganica" di Stati, in quanto vi sono elementi idonei a delineare modelli normativi unitari di riferimento. Il fattore innovativo è costituito, come si vedrà, dal ruolo crescente dell'organizzazione internazionale oltre che di talune influenti entità non-governative. In forma ancora più accentuate tali caratteristiche si ritrovano nella codificazione di diritto internazionale privato e ovviamente dell'UE.

3. Codici e codificazione internazionale

Il ruolo dell'organizzazione internazionale è decisivo tanto nel processo di codificazione che nella sua successiva applicazione. Tuttavia non per questo il fenomeno della codificazione internazionale ha assunto carattere propriamente e compiutamente istituzionalizzato. Le formule di volta in volta adottate nascono da esigenze specifiche della base sociale internazionale su temi definiti e si "codifica" solo su quelle. Non vi è, in altri termini, un approccio coordinato a livello globale entro cui sostenere specifiche e più analitiche formule di codificazione. Tale approdo non si riscontra neppure nell'ambito dell'ordinamento dell'UE, dove pure si assiste ad un notevole grado di integrazione sovranazionale. Perciò, la codificazione nel diritto internazionale o nell'ordinamento dell'UE non intende replicare l'esperienza della codificazione nazionale quale sperimentata all'interno degli Stati moderni tra l'Ottocento e la prima metà del Novecento. I codici nazionali erano concepiti come strumenti legislativi, formulati "dall'alto" con l'intendimento di inglobare il "tutto" della realtà sociale regolamentata. A tale scopo, il *Code civil* napoleonico e gli strumenti affini che ne sono seguiti per quasi due secoli hanno di volta in volta espresso regole tecniche, concetti, principi generali che, senza tralasciare esigenze di "colonizzazione interna" come anche di unificazione linguistica[9], davano una sistemazione compiuta e per molti aspetti autoreferenziale del "sistema".

[8] Sul radicamento della codificazione quale "diritto primordiale" della società internazionale, *infra* HEINDLER, *Conceptual approaches to the codification of international law*, p. 59 ss.

[9] CAPPELLINI, *Il Codice eterno. La Forma-Codice e i suoi destinatari: Morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*, in CAPPELLINI, SORDI (a cura di), *Codici. Una riflessione di fine millennio, Atti dell'incontro di studio Firenze 26-28 ottobre 2000*, Milano, 2002, pp. 19 e 37; vedi anche PAMBOUKIS, *Droit international privé holistique: droit uniforme et droit international privé*, in *Collected Courses*, 2007, vol. 330, p. 39.

Coerentemente con la sua matrice illuministica (e verticistica), il codice all'interno dello Stato doveva essere espresso nella forma della legge. Prima che sovvenisse la Costituzione, lo strumento legislativo esprimeva il superamento del diritto non scritto e rappresentava la maggiore garanzia formale per i "subbietti". Al tempo stesso, questa condizione di (apparente) "neutralità" del dato codicistico lo astraeva dai rapporti sociali e si traduceva in "diritto oggettivo".

A partire dalla fine dell'Ottocento, vari fattori hanno progressivamente incrinato questo modello: la complessità dello Stato sociale, l'esigenza di disarticolare i modelli normativi in relazione a classi specifiche di bisogni e/o settori sociali anche gestori di ordinamenti distinti idonei ad esprimere una autonoma normazione, e soprattutto l'assetto multilivello delle fonti. Così al vertice dell'ordinamento statale non sta più il "Codice" ma la Costituzione di cui i codici costituiscono una delle possibili letture e non necessariamente quella legittima. Il carattere relativo dei codici si accentua per effetto delle fonti internazionali o sovranazionali, così che si svuota inesorabilmente il carattere compiuto ed esaustivo dell'originario paradigma codicistico. Il diritto "oggettivo" si disarticola in una serie di formule differenziate per origine normativa e contenuto, anche per coerenza con i valori materiali della Costituzione.

L'ascesa ed il declino della codificazione sul piano nazionale non si riverbera simultaneamente a livello internazionale. Piuttosto il diritto internazionale è lento a cogliere gli stimoli dell'esperienza nazionale. Ne è conferma la circostanza che i primi "codici" di diritto internazionale sono elaborati da privati nel periodo a cavallo tra il Settecento e l'Ottocento[10]. La Conferenza di Vienna del 1814-1815 adotta a livello interstatale taluni atti che oggigiorno potremmo annoverare come strumenti di codificazione[11]. Il fenomeno si ripete saltuariamente nel corso dell'Ottocento in alcuni settori (sanitario, postale)[12] fino alle Conferenze de L'Aja del 1899-1907 sul diritto di guerra. Le Convenzioni adottate in tale sede – con i relativi regolamenti annessi – apportano una rilevante formalizzazione e certezza del diritto in una materia rimessa quasi interamente fino ad allora al diritto consuetudinario non scritto[13]. L'aderenza alle esigenze "individualistiche" della base sociale dell'epoca è massima come prova la formula "si

[10] *Infra*, par. 5.

[11] *United Nations Documents on the Development and Codification of International Law*, cit., p. 32.

[12] Ivi, p. 33.

[13] Vi erano state comunque in precedenza alcune determinazioni sul diritto di guerra: vedi *United Nations Documents on the Development and Codification of International La*w, cit., p. 32.

omnes" per effetto della quale le regole codificate erano applicabili solo a condizione che – secondo la più rigorosa simmetria – lo fossero contestualmente rispetto a tutte le parti belligeranti[14]. Nello stesso periodo, facendosi carico di un'esigenza registrata poco prima dall'Institut de Droit international[15], la Conferenza de L'Aja di diritto internazionale privato adotta le prime convenzioni uniformi in materia, con la prospettiva – statutariamente sancita – di procedere verso "l'unificazione" delle norme di diritto internazionale privato[16].

Il periodo tra le due guerre mondiali registra un rallentamento dell'attività di codificazione a livello internazionale benché l'interesse della Società delle Nazioni[17], l'attività normativa dell'Organizzazione internazionale del lavoro e la vivacità della cooperazione inter-americana contribuiscano a tener vivo il tema. Il freno è certamente politico e non ha niente a che vedere con i primi segnali di declino dell'esperienza codicistica negli ordinamenti nazionali quando – come prima avvertito – si incrina progressivamente l'idea di un "sistema" compiuto ed autoreferenziale di principi e norme.

Questo connotato difficilmente si sarebbe potuto affermare nell'esperienza internazionalistica senza compromettere l'originario carattere anorganico del diritto internazionale. E tuttavia la prospettiva codificatoria non poteva essere elusa man mano che si delineavano interessi definiti di una sempre più vasta e articolata società internazionale destinati a comporsi all'interno di un quadro unitario di valori.

A tal fine è emblematica la prassi dell'Assemblea generale dell'ONU. L'art. 13 della Carta dell'ONU assegna all'Assemblea la competenza in tema di codificazione e "sviluppo progressivo" del diritto internazionale. I due profili sono difficilmente disgiungibili, talché può per entrambi utilizzarsi l'unico termine di codificazione per intendere lo stesso processo di formalizzazione delle regole generali di diritto internazionale[18]. Infatti, anche se lo "sviluppo progressivo" intende rispondere a nuove esigenze di

[14] Cfr. l'art. 2 della IV Convenzione de L'Aja del 1907 sulle leggi e gli usi della guerra terrestre.

[15] Cfr. la risoluzione "Utilité d'un accord commun des règles uniformes de droit international privé", adottata dall'Institut nella sua prima sessione di Ginevra nel 1874.

[16] PAMBOUKIS, *op. cit*., p. 39 s., rimarca la distinzione tra unificazione e uniformità, assegnando alla prima la trasposizione di regole comuni in diversi ordinamenti giuridici e alla seconda l'integrazione tra ordinamenti giuridici.

[17] Cfr. *Mesures à prendre*, cit., par. 2.

[18] CASSELLA, *op. cit.*, p. 30; *infra*, VILLALPANDO, *Gli strumenti della codificazione del diritto internazionale pubblico nell'età della codificazione* light, p. 259 ss.

giustizia internazionale[19], il suo successo dipende sempre dalla capacità di tradursi in una regola generale consuetudinaria. E ciò a prescindere se lo sviluppo progressivo sia promosso da un organismo strettamente tecnico oppure di alto profilo politico. Lo confermano – tra l'altro – la Dichiarazione sul divieto di commercio della tratta di schiavi adottata dal Congresso di Vienna l'8 febbraio 1815[20] e la risoluzione 2625/XXV con cui l'Assemblea generale dell'ONU ha adottato nel 1970 la Dichiarazione di principi sulle relazioni amichevoli tra gli Stati. In entrambi i casi, la valenza politica dell'atto non ne ha precluso l'idoneità a stabilire regole consuetudinarie generali conseguenti.

Questo tipo di esperienze insegna che la codificazione di principi e regole con valenza precettiva ed *erga omnes* non dipende dalla natura dello strumento di codificazione. Del resto, è ormai ampiamente provato che lo strumento convenzionale non è di per sé sufficiente a realizzare tale obiettivo, dal momento che la sua entrata in vigore è sempre molto aleatoria e comunque mai di portata pienamente universale[21]. Lo potrebbe essere se l'adozione dello strumento di codificazione fosse per ipotesi rimessa al Consiglio di sicurezza. Ma, a prescindere dalle molte perplessità che accompagnano l'esercizio di funzioni normative da parte del Consiglio[22], resta difficilmente accettabile nel diritto internazionale l'edificazione "dall'alto" di norme generali se non si traducono in regole giuridiche effettive commisurate alla disponibilità degli Stati di ritrovarsi nello schema normativo adottato. Quindi l'effetto codificatorio finale dipende solo dallo svolgimento (totale o parziale) in chiave consuetudinaria delle regole contenute nello strumento prescelto per "codificare". Gli Stati sono tuttora gli enti di base della società internazionale di modo che dalla loro prassi dipende principalmente la formazione e la vigenza di regole consuetudina-

[19] Cfr. già la risoluzione dell'Institut de droit international, "Déclaration relative à la codification du droit international", adottata nella sessione di New York del 1929.

[20] L'utilizzazione della codificazione a fini di sviluppo progressivo del diritto internazionale non era stata però incontroversa: vedi la posizione contraria del governo britannico nel 1908 riportata in *United Nations Documents on the Development and Codification of International Law*, cit., p. 44.

[21] Lo stesso Ago aveva proposto formule più semplificate per favorire l'adozione e l'entrata in vigore delle convenzioni di codificazione: ID., *La codification du droit international et les problèmes de sa réalisation*, in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, 1968, p. 112 ss.; vedi anche *infra*, nota 28.

[22] RAGNI, *International Legal Implications Concerning "Foreign Terrorist Fighters"*, in *Riv. dir. int.*, 2018, p. 1055 ss.; TALMON, *The Security Council as World Legislature*, in *AJIL*, 2005, p. 175 ss. Sulla mancanza di un organismo legislativo universale vedi anche, KOSKENNIEMI, *Fragmentation of international law*, cit., par. 5.

rie[23]. In ultima analisi, il modello codificato deve sempre misurarsi per i suoi effetti ordinatori con l'atteggiamento concreto degli Stati quali primari costitutori e destinatari delle regole giuridiche. Perciò la codificazione internazionale, anche nella sua valenza di sviluppo progressivo, implica sempre una certa idea di continuità con l'assetto normativo generale del diritto internazionale.

Il percorso indicato dall'art. 13 della Carta è così solo uno di quelli possibili per codificare il diritto internazionale[24]. Del resto, la norma non vincola gli Stati membri dell'ONU a riconoscere una competenza universale *ed esclusiva* all'Assemblea generale in tema di codificazione. Certamente l'art. 13 non delimita *ratione materiae* la competenza dell'Assemblea generale in tema di codificazione. Ma, ad esempio, l'Assemblea ha preferito evitare – almeno finora – di investire la Commissione del diritto internazionale (CDI) di compiti di codificazione con riguardo al diritto internazionale privato, lasciando dunque questa funzione alla Conferenza de L'Aja[25].

La disarticolazione del processo di codificazione in varie sedi, con tempistiche diverse e con strumenti eterogenei, non consente di ricondurre agevolmente la normativa così definita a criteri sistemici unitari. Tale limite è altresì confermato dalla regolamentazione uniforme di diritto internazionale privato ad opera dell'UE nonostante sia unica la sede ed omogeneo – il regolamento – lo strumento normativo impiegato. Infatti neppure nell'ambito dell'UE è stato possibile pervenire all'adozione di un regolamento che disciplinasse unitariamente le c.d. "questioni generali" di diritto internazionale privato sulla legge applicabile (il c.d. regolamento "Roma 0")[26].

In realtà, i fenomeni di codificazione internazionale o sovranazionale restano improntati ad una logica settoriale, un limite che impedisce di considerare lo strumento stesso della codificazione come autosufficiente ed

[23] ILC, *Draft conclusions on identification of customary international law*, cit., Conclusion 4, par. 1.

[24] Sul carattere vasto e differenziato del processo di codificazione: WOOD, *First report on formation and evidence of customary international law international*, ILC, Sixty-fifth session, 17 maggio 2013, UN doc. A/CN.4/663, par. 10.

[25] Vedi già *Mesures à prendre*, cit., parr. 45 ss.

[26] FALLON, LAGARDE, POILLOT-PERUZZETTO (sous la direction de), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, Bruxelles, 2011; WAGNER, *Do We Need a Rome 0 Regulation?*, in *Netherlands International Law Review*, 2014, p. 225 ss.; RÜHL, VON HEIN, *Towards a European Code on Private International Law?*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht,* 2015, p. 701 ss.; LEIBLE (a cura di), *General Principles of European Private International Law*, Alphen aan den Rijn, 2016.

autoreferenziale. La codificazione a livello internazionale presuppone la propria limitatezza sul piano delle fonti al punto che diventa rilevante solo se si traduce in diritto consuetudinario. Essa deve dunque *naturaliter* coordinarsi ed integrarsi con altre fonti, a partire da quelle preesistenti. Lo si riscontra a proposito della obiettiva interazione tra regole codificate e regole consuetudinarie di diritto internazionale. Lo si constata pure quando si prende obiettivamente atto che le convenzioni di diritto internazionale privato uniforme interagiscono con questioni di diritto internazionale[27].

Queste considerazioni, che verranno anche riprese in seguito, confermano la differenza di fondo tra la codificazione promossa a livello internazionale e l'esperienza storica della codificazione nazionale. Se la seconda nasceva in contrapposizione al diritto preesistente la prima non può porsi in aperta contrapposizione al diritto non scritto preesistente ove questo esprima una normativa generale. Piuttosto, lo strumento della codificazione internazionale deve in ogni caso – e costantemente – rapportarsi con la regola consuetudinaria e semmai favorirne l'evoluzione.

4. Scopi, linguaggio e profondità della codificazione nel diritto internazionale

Attraverso la codificazione, la società internazionale cerca principalmente di soddisfare un bisogno di certezza del diritto, vuoi formalizzando il diritto non scritto[28], vuoi definendo nuove regole giuridiche. Sono i soggetti primari del diritto internazionale, gli Stati, che avvertono questo bisogno di certezza del diritto e sono essi stessi che ne stabiliscono oggetto, estensione e profondità regolatoria.

Lo strumento utilizzato definisce un modello normativo di riferimento[29], senza però rappresentare una sublimazione del principio di autorità ovvero di "comandi" da questa espressi nel testo codificato[30]. L'ordi-

[27] FERNANDEZ ARROYO, MBENGUE, *Public and Private International Law in International Courts and Tribunals: Evidence of an Inescapable Interaction*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2018, p. 797 ss.

[28] Solo in tal senso AGO, *Nouvelles réflexions sur la codification du droit international,* in *Revue générale de droit international public*, 1988, p. 546.

[29] GONZALEZ CAMPOS, *Efforts concertés d'unification et coexistence des règles de droit international privé dans le système étatique*, in E pluribus unum: liber amicorum *Georges A.L. Droz: on the progressive unification of private international law = sur l'unification progressive du droit international privé*, The Hague, 1996, p. 111, si richiama alla valenza pedagogica dello strumento di codificazione.

[30] TARELLO, *Codice.* 1) *Teoria generale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. VII, 1988, p. 2.

namento internazionale non conosce simili elementi "autoritari", in aderenza alla sua tradizionale struttura anorganica. Lo strumento di codificazione internazionale contribuisce a definire i termini effettivi del diritto oggettivo solo se si compenetra con il "sentire" comune dei "costitutori" effettivi del diritto internazionale, in primo luogo gli Stati, e ne possa riflettere la valutazione appunto in termini di diritto oggettivo[31].

Perciò lo strumento della codificazione ha anzitutto una funzione di "comunicazione" verso la base sociale cui è indirizzato[32]. Per la sua valenza oggettiva, lo strumento considerato fa circolare valori, principi, concetti, linguaggi nei quali la comunità di riferimento si ritrova e attraverso i quali la stessa comunità cementa le proprie regole comuni. La codificazione evoca l'immagine di un processo, di un'azione, là dove il "codice" tradizionale è il risultato definito ed organico di quel processo.

Assumiamo il caso più semplice in cui lo strumento codificatorio internazionale o sovranazionale definisca una determinata espressione utilizzata nel testo. Aver formalizzato quel termine in uno strumento di codificazione, significa comunicare con i consociati su una base semantica comune sia pure all'interno del settore regolamentato[33]. La formulazione "codificata", sia anch'essa meramente ricognitiva, è tanto più efficace se esprime un significato unitario e uniforme. Talora, però, l'indicazione che emerge dal testo è volutamente generica. Esplicita in tal senso è l'esperienza del diritto internazionale privato uniforme le cui regole fanno talora rinvio – esplicito o implicito – al diritto nazionale[34]. Quando riesce ad imporsi una scelta redazionale più netta[35], si "formalizza" per l'appunto un determinato vocabolo[36]. E parimenti avviene quando il testo codificato

[31] MATTEUCCI, *Introduction à l'étude systématique du droit uniforme*, in *Collected Courses*, 1957, vol. 91, p. 390 s.

[32] Su tale accezione vedi soprattutto: ECO, *Codice*, in *Enciclopedia Einaudi*, vol. 3, Torino, 1978, p. 245; CARONE, *E se anche il codice fosse un messaggio?*, in *Quaderni fiorentini*, 2018, p. 58 ss..

[33] Sulla utilità di una unità "formale" del diritto internazionale, v. *infra*, CREMA, *La Commissione del diritto internazionale e i suoi metodi di codificazione al tempo del diritto internazionale "debole"*, p. 369 ss., par. 5.

[34] Cfr. JAYME, *Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé*, in *Collected Courses*, 1982, vol. 177, p. 53; CAMPIGLIO, *New and Old Problems of Private International Law Concerning the Personal Status of Refugees*, in *Riv. dir. int.*, 2018, p. 835 ss., a proposito della Convenzione di Ginevra del 1951 sui rifugiati. Vedi anche *infra*, nota 99.

[35] TARELLO, *Codice.* 1) *Teoria generale*, cit., p. 1.

[36] Tuttavia le diverse versioni linguistiche ufficiali del testo possono talora dar luogo ad equivoci anche rilevanti: *infra*, FONT-MAS, *The EU Language Regime: Problems with vertical consistency and matching across languages in European Private International Law Regulations*, p. 435 ss.

formuli condizioni assai stringenti nell'impiego di circostanze che possono comprimere l'effettività del dato normativo, come ad esempio avviene per le cause esimenti dell'illecito riportate nei due *Draft* adottati dalla CDI nel 2001 e nel 2011.

Nella misura in cui la codificazione contribuisce a rendere maggiormente certe le regole giuridiche, anche la semplice formalizzazione di quelle preesistenti quale diritto non scritto ha un valore aggiunto. *A fortiori*, tale aspetto diventa più rilevante quando la codificazione veicola valori sostanziali o categorie giuridiche fondamentali[37], come l'introduzione del concetto "sistemico" di norme imperative nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969. In tale circostanza si comunica un modello che in quel momento era almeno in parte *de lege ferenda*, rimettendone (come poi è avvenuto) la compiuta effettività proprio all'utente finale dello stesso modello.

In questi casi l'obiettivo perseguito è largamente condizionato dalla capacità del "codificatore" internazionale di percepire il "sentire comune" degli Stati e di focalizzarlo in formule normative che siano in armonia con il sistema giuridico nel suo complesso. Basti pensare alle vicende che hanno caratterizzato il lavoro della CDI sulla responsabilità degli Stati. I vari testi progressivamente emersi non erano solo condizionati dagli orientamenti politici abbastanza fluttuanti che si sono manifestati nella seconda parte del Novecento quanto anche dalle idee dei singoli relatori speciali (*rectius*, la loro dottrina) che si sono succeduti in seno alla Commissione[38]. Il testo finale adottato anche dall'Assemblea generale nel 2001 – che a non pochi è apparso minimale[39] ma al quale si riconosce ormai in più parti valenza generale – è il frutto dell'unico compromesso in quel momento possibile per chiudere, nel rispetto delle posizioni espresse dagli Stati, un tema sul quale la CDI è stata impegnata per quasi mezzo secolo.

D'altro canto, l'adozione di uno strumento internazionale di codificazione resta sempre condizionato da (e finalizzato a) esigenze di effettività normativa, di modo che esso è concepito e valorizzato come un "*living instrument*" perpetuamente aperto alle dinamiche evolutive della prassi e dell'ordinamento nel suo complesso. Il diritto internazionale umanitario ha

[37] Per una analoga valenza della nozione di codice riferita a "situazioni altamente formalizzate": RAPONE, *Codice*, in *Atlante di filosofia del diritto*, vol. I, Torino, 2012, p. 76.

[38] Per una parziale sintesi dei lavori della CDI svoltisi fino al rapporto di Ago: SETTE-CAMARA, *The International Law Commission: Discourse on method*, in *Le droit international à l'heure de sa codification: études en l'honneur de Robert Ag*o, vol. I, Milano, 1987, p. 486 s.

[39] Cfr. PICONE, *Gli obblighi* erga omnes *tra passato e futuro*, in *Riv. dir. int.*, 2015, p. 1082 ss.

conosciuto tre tappe fondamentali del suo processo di codificazione (Aja 1907 e Ginevra 1949-1977) i cui strumenti convenzionali esprimono oggigiorno un complesso di regole di natura largamente consuetudinaria suscettibili di una interpretazione evolutiva.

Ma neppure il diritto internazionale privato uniforme sfugge a questo confronto con il fattore di effettività. Ne sono una conferma rilevante i numerosi episodi di "rifusione" ("*recast*") che periodicamente corredano i regolamenti dell'Unione europea in materia di diritto internazionale privato uniforme[40]. L'originaria Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale e la circolazione delle decisioni adottata nel 1968, oltre che essere aggiornata nelle successive convenzioni di adesione, è stata oggetto di "rifusione" nei due regolamenti 44/2001 e 1215/2012. La Convenzione di Roma del 1980 sulle obbligazioni contrattuali è stata "comunitarizzata" dal successivo regolamento 593/2008. Le modifiche non riguardano solo la "forma" giuridica dello strumento (ovvero il tipo di fonte che vincola gli Stati che ne sono destinatari) quanto soprattutto i principi e le regole del testo. Il "*recast*" (come del resto insegna l'esperienza complessiva dell'UE in proposito) è in effetti l'occasione per verificare la "tenuta" dell'iniziale normativa codificata e se del caso modificarne anche alcuni aspetti che inizialmente parevano irrinunciabili o caratterizzanti. Così, attraverso le sue tre tappe principali (1968, 2001 e 2012), il "sistema Bruxelles I" ha registrato una progressiva apertura verso il riconoscimento automatico del titolo esecutivo europeo. Il regolamento "Roma I", riducendo la frammentazione sul diritto applicabile come anche la ricerca empirica del collegamento più stretto, segnala il ridimensionamento di alcuni concetti-base su cui si fondava l'originario modello della Convenzione di Roma del 1980 come ben illustrato nella relazione Giuliano-Lagarde[41]. In definitiva, l'esperienza dei processi di "rifusione" dei regolamenti europei nel campo della c.d. "cooperazione giudiziaria in materia civile" sembra segnalare il bisogno di raccordare il più possibile il carattere immediatamente "cogente" di questi strumenti con il grado progressivo di integrazione della cooperazione giudiziaria in materia civile all'interno dell'UE rafforzando complessivamente la certezza del suo diritto[42].

Da quanto finora osservato emerge un ulteriore elemento di differenziazione tra l'esperienza codificatoria sul piano internazionale e lo storico

[40] In generale *infra* MORI, *Gli strumenti della codificazione nel diritto dell'Unione europea*, p. 301 ss., par. 4.

[41] Viene ridotta la frammentazione come la ricerca empirica del diritto applicabile mentre il collegamento più stretto è ampiamente tipicizzato.

[42] Cfr. DAWSON, *Better Regulation and the Future of EU Regulatory Law and Politics*, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 1229.

paradigma codicistico dei sistemi nazionali. La codificazione internazionale è fortemente condizionata dal fattore di effettività. Essa è fin dall'origine concepita come un fenomeno intrinsecamente flessibile, diversamente dalla connaturata stabilità che tradizionalmente si attaglia alla codificazione nazionale. L'esperienza dei codici nazionali riflette un'idea di società (auspicabilmente) stabilizzata con un rapporto verticale ben definito tra legislatore e destinatario della norma. La codificazione internazionale è la risposta alle esigenze regolatorie degli Stati che sono, allo stesso tempo, costitutori e utenti primari della norma codificata e dunque da essi dipende largamente anche l'effettività della stessa norma.

Il raccordo con gli utenti della norma codificata implica dunque un linguaggio "comunicativo" pensato anzitutto per gli Stati perché primariamente rivolto ad essi ed a soddisfare i loro bisogni di certezza del diritto. Adattandosi al clima prevalente dei negoziati internazionali, l'inglese è la lingua preferita per i lavori di codificazione. La versione inglese costituisce la base per definire il testo in altre lingue ufficiali[43], anche se ciò non assicura sempre sul loro significato pienamente equivalente tanto da rendere necessaria una armonizzazione in sede interpretativa[44]. Del resto, per meglio aderire alla differente base sociale degli Stati coinvolti nella codificazione talora si sono formulate regole differenti in relazione a determinati gruppi di Stati[45] e talora a singoli Stati[46].

Il "codificatore" internazionale deve tuttavia (sempre più) tener conto che la regola viene enunciata avendo anche i privati come destinatari diretti[47]. Il diritto internazionale ha già da tempo appreso l'importanza della sua "diffusione" nell'opinione pubblica[48]. A ciò si aggiunge ora la sempre più rilevante dimensione "personalistica" del diritto internazionale, che costringe il "codificatore" internazionale a formulare una regola in modo tale

[43] Vedi *infra*, FONT-MAS, *op. cit.*, par. 3.

[44] Art. 33 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati.

[45] Si veda, ad esempio, la Convenzione di Vienna del 1978 sulla successione degli Stati ai trattati che enuncia una disciplina differenziata per i c.d. "Stati di nuova indipendenza" formatisi a seguito del processo di decolonizzazione.; oppure la Convenzione di Montego Bay con le sue diverse norme speciali rivolte a Stati geograficamente svantaggiati, arcipelagici o privi di sbocchi sul mare: BROWNLIE, *Problems Concerning the Unity of International Law*, in *Le droit international à l'heure de sa codification: études en l'honneur de Robert Ago*, vol. I, cit., p. 158.

[46] Così, l'art. 63 del regolamento (CE) 44/2001 formulava il c.d. privilegio lussemburghese, che consentiva di eccepire il titolo alternativo sul foro del contratto di vendita o di prestazione di servizi.

[47] *Infra*, SANDRINI, *Protagonisti e modelli di una ricodificazione del diritto materiale uniforme*, p. 183 ss., par. 6.

[48] DE VISSCHER, *La codification du droit international*, in *Collected Courses*, 1925, vol. 6, p. 399.

che sia direttamente applicata a livello individuale o interindividuale se riguarda più privati. Lo sono, come è noto, quegli strumenti di diritto internazionale privato uniforme che dettano regole "unificanti" e sono come tali direttamente azionabili dai privati (comprese quelle norme che si rivolgono direttamente ad organi di più Stati per imporne la cooperazione). Analoga natura *self-executing* hanno quelle norme di diritto internazionale che concernono l'arbitrato commerciale o di investimento. Ma norme di natura *self-executing* sono sempre più frequenti nel diritto internazionale a tutela dei diritti umani, tanto di singoli che di gruppi collettivi. Infine, nella seconda parte del Novecento è emerso il diritto penale internazionale che configura crimini a carico di individui. In forme più articolate ed attenuate, regole internazionali ("di condotta") sono indirizzate direttamente ad imprese multinazionali[49].

La tendenza della società internazionale contemporanea a definire regole rivolte ai privati va tenuta distinta dagli strumenti che gli stessi privati utilizzano al fine della propria autoregolazione[50]. Mentre nel secondo caso esse trovano attuazione negli spazi (differenziati) di autonomia che i singoli ordinamenti statali offrono ai privati, nel primo caso, la posizione dello Stato è determinante. La norma internazionale ha sì un contenuto commisurato al privato per il quale prefigura condizioni di vantaggio o oneri da sostenere. Ma tale contenuto non elide quello propriamente tradizionale della norma internazionale, rivolta cioè a definire diritti o obblighi degli Stati. Lo Stato è chiamato a rispondere del mancato rispetto di dette norme sul piano internazionale, per quanto avvenuto nell'ambito della propria giurisdizione territoriale e/o per la condotta dei propri organi. Ciò ha luogo anche nel caso dei codici di condotta per le imprese multinazionali, che si applicano per effetto di una normativa adottata a livello intergovernativo da cui scaturiscono anche obblighi di cooperazione tra Stati, a vario titolo coinvolti dall'attività della medesima impresa multinazionale[51].

La natura duale di questo tipo di regole non ne giustifica però l'espunzione dal diritto internazionale. Sono sempre gli Stati e le organizzazioni internazionali a costituire queste regole e a loro si riconducono le garanzie internazionali di accertamento e di attuazione. L'efficacia diretta di queste regole approfondisce anzi l'effetto della codificazione poiché, sia

[49] Cfr. *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, New York/Geneva, 2011; già prima SALERNO, *La regolamentazione internazionale dei rapport di lavoro con imprese multinazionali*, Milano, 1986, spec. p. 83 ss.

[50] Cfr., ad esempio, l'ICC Advertising and Marketing Communications Code (https://iccwbo.org/publication/icc-advertising-and-marketing-communications-code).

[51] Cfr. in particolare il par. 8 della decisione OCSE sulle "OECD Guidelines for Multinational Enterprises" (http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf).

pure con gradazioni diverse, armonizza lo stesso modo d'essere degli ordinamenti nazionali e pertanto richiede allo Stato la dovuta continuità del modello regolatorio. È dunque compito degli organi dello Stato ricavare dal modello normativo internazionale quei profili c.d. *self-executing* per attuare direttamente la norma codificata nel contesto di situazioni individuali o interindividuali. Tale compito potrà essere facilitato da apposite garanzie costituzionali che evocano il rispetto del diritto internazionale. Del resto, Santi Romano usava definire il diritto internazionale come una "istituzione delle istituzioni"[52], sottolineando il necessario raccordo "di presupposizione" tra il diritto internazionale e i singoli ordinamenti statali ed il primato del primo sui secondi.

5. Il ruolo privilegiato delle organizzazioni internazionali nel processo di codificazione

La codificazione del diritto internazionale e del diritto europeo è dunque rivolta ad una cerchia sociale più vasta di quella espressa dagli Stati. Ciò rafforza ulteriormente la valenza oggettiva del processo di codificazione poiché attinge anche dai privati quei bisogni di regolamentazione che poi si potranno esprimere attraverso gli Stati o le organizzazioni internazionali quali costitutori delle regole codificate.

Del resto, la "spinta" iniziale verso la codificazione è venuta da singoli privati. Dopo Bentham che, alla fine del Settecento coniò lo stesso termine di codificazione del diritto internazionale[53], altri si cimentarono in questo sforzo, tra cui gli italiani Augusto Paroldo (1851)[54] e Pasquale Fiore (1890)[55]. La loro sensibilità ha contribuito a far emergere e maturare negli Stati l'esigenza di regole generali di diritto internazionale il più possibile formalizzate in norme scritte. Emblematico al riguardo il noto "Codice Lieber" del 1863 promosso dal governo degli Stati Uniti, che segnò una tappa fondamentale nella determinazione di regole generali sul diritto applicabile ai conflitti armati[56].

Col tempo l'iniziativa dei privati si è dipanata all'interno di organismi scientifici (non-governativi) nazionali e internazionali, facilitando la co-

[52] ROMANO (S.), *L'ordinamento giuridico*, 3a ed., Firenze, 1977, p. 106.
[53] Cfr. NYS, *Codification of International Law*, in *AJIL*, 1911, p. 876 ss.
[54] *Saggio di codificazione del diritto internazionale*.
[55] *Il diritto internazionale codificato e la sua sanzione giuridica*, Torino, 1909.
[56] NYS, *Francis Lieber His Life and His Work*, in *AJIL*, 1911, p. 84 ss.; *United Nations Documents on the Development and Codification of International Law*, cit., p. 138 ss.

municazione dei relativi modelli normativi verso Stati ed organizzazioni internazionali. Merita annoverare al riguardo i lavori della Harvard Reasarch in International Law, dell'Institut de droit international e dell'International Law Association.

Un ruolo speciale tra gli organismi privati, che meglio evidenzia la loro marcata interazione con la codificazione internazionale, va riconosciuto al Comitato Internazionale della Croce Rossa. La sua posizione si avvicina a quella degli Stati, sia come propositore di regole da codificare[57], sia come interprete qualificato dei medesimi quando è chiamato a garantire il rispetto del diritto internazionale umanitario applicabile ai conflitti armati[58]. Ma, al pari di altre organizzazioni non-governative coinvolte in vario modo nel processo di codificazione internazionale, la linea del Comitato evoca bisogni di protezione internazionale che non sempre coincidono con la disponibilità degli Stati a farsene pienamente carico. Ciò dipende dalla particolare sensibilità di organismi privati internazionali verso determinate esigenze dell'opinione pubblica internazionale senza però possedere quelle "orecchie lunghe" opportunamente parametrate anche in direzione degli umori della comunità complessiva degli Stati, che rimangono i soggetti di base della società internazionale. E certamente il Comitato – che pur ha una obiettiva autorevolezza – non può considerarsi un referente oggettivamente rappresentativo del "sentire comune" degli Stati.

Questa è del resto la ragione per cui la codificazione che in definitiva rileva nel diritto internazionale trova modo di realizzarsi solo in ambito intergovernativo o nei consessi che da questo discendono. L'organiz–zazione internazionale intergovernativa è la sede più adatta in cui possono confluire i vari elementi necessari per un processo di codificazione e trasmetterne i risultati "oggettivi" verso l'esterno[59].

La competenza che l'art. 13 della Carta dell'ONU assegna in tema di codificazione all'Assemblea generale è il giusto riconoscimento per il ruolo che riveste l'ONU quale sede nella quale – a livello universale e "generale" – meglio confluiscono ("de manière stable et continue") i dati della prassi statale[60]. Ma la loro sintesi è tanto più "rappresentativa" della base

[57] NOLTE, *First report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation*, ILC, Sixty-fifth session, 19 marzo 2013, UN doc. A/CN.4/660, par. 143.

[58] Cfr. in particolare l'art. 81 del I Protocollo Addizionale del 1977 alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949.

[59] Sull'emergenza del fenomeno dell'organizzazione internazionale vedi già ROMANO (S.), *Corso di diritto internazionale*, 4a ed., Padova, 1939, p. 99.

[60] *United Nations Documents on the Development and Codification of International Law*, cit., p. 114. L'espressione citata in testo è di ABI-SAAB, *La coutume dans tous ses Etats ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde*

sociale se coadiuvata dai tecnici preposti ad assicurarla. Riprendendo l'art. 9 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia (CIG), l'art. 8 dello Statuto della CDI impone che la sua composizione rifletta le principali espressioni della civiltà giuridica contemporanea. Il lavoro di codificazione negoziato ed elaborato dalla CDI[61] (in cui è piuttosto rilevante la presenza di diplomatici a fianco di giuristi) viene costantemente sottoposto all'esame prima della VI Commissione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite e poi della stessa Assemblea: entrambi i passaggi testimoniano quanto sia cruciale stabilire il grado obiettivo di riscontro del modello elaborato dagli specialisti. La regola codificata non consiste solo in una mera registrazione dell'acquisita "densità" o "rappresentatività" della norma consuetudinaria. Le procedure dell'Organizzazione delineano l'interazione tra la determinazione della regola codificata e l'atteggiamento degli Stati, di modo che il secondo dà conforto alla prima in linea con la nota concezione binaria della consuetudine elaborata dalla CIG ed incentrata sulla complemetraietà tra *opinio iuris* e *usus*[62]. Lo svolgimento dello strumento di codificazione costituisce di per sé manifestazione qualificata del processo di formazione di una regola consuetudinaria generale, così che il suo consolidamento dipende "by combining both a rule-based and state practice approach"[63].

L'organizzazione internazionale diventa perciò determinante per socializzare tanto il processo di codificazione che i suoi risultati, canalizzando in percorsi "istituzionali" il processo di formazione e di consolidamento della consuetudine internazionale[64]. Anzi, c'è da osservare che le esigenze della codificazione internazionale hanno talora indotto l'organizzazione internazionale a modulare opportunamente la propria base sociale e la pro-

éclaté, in *Le droit international à l'heure de sa codification: études en l'honneur de Robert Ago*, vol. I, cit., p. 60.

[61] Su tale aspetto negoziale insiste SETTE-CAMARA, *The International law Commission: Discourse on method*, cit., p. 489 ss.

[62] CIG, sentenza 27 giugno 1986, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits*, in *I.C.J. Reports 1986*, p. 14 ss., par. 207. Nella verifica della prassi, onde riscontrare il carattere generalmente riconosciuto della norma codificata, non sempre è agevole distinguere i due elementi: ILA, London Conference (2000) Committee on Formation of Customary (General) International Law, *Final Report. Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, p. 7.

[63] OSWALD, *The Harmonization Project: Improving Compliance with the Law of War in Non-International Armed Conflicts*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2015, p. 106

[64] Insiste tuttora sull'aspetto informale del processo di codificazione: ILA, London Conference (2000) Committee on Formation of Customary (General) International Law, *Final Report*, cit., p. 2. Vedi anche *infra*, par. 7.

pria struttura per rappresentare i vari attori coinvolti. Tale modulazione si esprime in vari modi. La Conferenza de L'Aja di diritto internazionale privato ha superato la propria originaria dimensione eurocentrica per assumere un più netto carattere universale[65]. Il caso dell'OIL è ancora più emblematico: la sua struttura tripartita esprime la complessa base sociale chiamata a misurarsi con la codificazione delle norme internazionali sui rapporti di lavoro e soprattutto la loro attuazione.

6. Gli strumenti della codificazione

L'efficacia della codificazione dipende fondamentalmente da due fattori. Per un verso, la conoscenza della materia che si intende codificare e, per un altro, la autorevolezza di "comunicarne" il risultato verso gli utenti. L'idea secondo cui la codificazione vada necessariamente canalizzata nella forma della convenzione internazionale, cioè di un trattato, risente di una concezione normativista del diritto[66]. È sul finire dell'Ottocento, che le Conferenze de L'Aja del 1899-1907 sul diritto di guerra esaltano lo strumento della convenzione (e dei relativi "regolamenti" annessi) perché in grado di imporre senz'altro obblighi specifici alle parti. Anche nella seconda parte del Novecento la codificazione internazionale ha conosciuto principalmente lo strumento della convenzione internazionale. Diversi erano però il contesto e la motivazione: nel primo caso, le convenzioni di codificazione provvedono a stabilire regole "simmetriche" tra "Potenze" affermate; nel secondo caso prevale l'esigenza di favorire il massimo coinvolgimento "volontaristico" dei numerosi Stati di nuova indipendenza. Del resto, nella prospettiva di definire un complesso di regole generali per una base sociale fortemente innovata non può essere ignorata l'importanza di questo fattore volontaristico[67]. Tuttavia, come già osservato, lo strumen-

[65] Cfr. GRAVESON, *Problems of the Hague Conference of Private International Law*, in *Le droit international à l'heure de sa codification: études en l'honneur de Robert Ago*, vol. IV, Milano, 1987, p. 130 ss.

[66] AGO, *La codification du droit international et les problèmes de sa réalisation*, cit., p. 99; ID., *Nouvelles réflexions sur la codification du droit international*, cit., p. 546. Si consideri che la Convenzione di New York del 2004 sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, pur considerata espressione (anche solo in parte) del diritto internazionale consuetudinario, non è ancora in vigore perché manca il requisito minimo delle trenta ratifiche. Ancora più eclatante la mancata entrata in vigore della Convenzione di Vienna del 1986 sul diritto dei trattati conclusi da organizzazioni internazionali.

[67] Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Customary Law: A Few More Thoughts about the Theory of "Spontaneous" International Custom*, in *Droit du Pouvoir, Pouvoir du Droit, Mélanges offerts à Juan Salmon*, Bruxelles, 2007, p. 100 ss.

to convenzionale presenta l'alea della ratifica e dei relativi tempi[68]. Simili difficoltà ingenerano dubbi sui principi di portata generale enunciati nel modello convenzionale. Si prenda ad esempio la Convenzione del 1978 sulla successione degli Stati ai Trattati. Il testo è entrato in vigore nel 1996 ma tuttora tra un numero ristretto di Stati. Tale esito induce una parte della dottrina a ritenere controvertibile il criterio di continuità stabilito dalla Convenzione quale regola generale per Stati diversi da quelli di nuova indipendenza (vale a dire quelli costituitisi nell'ambito del processo di decolonizzazione)[69].

Il ricorso ad altre forme *soft* di codificazione elide questo tipo di problematiche: ciò che conta è la forma "pubblica" del modello da comunicare al fine di favorire o "provare" il suo radicamento nella prassi sociale. In questa prospettiva, sempre funzionale alla codificazione e meglio adatta a favorire la spontanea convergenza del corpo sociale, non vi è differenza fondamentale tra uno strumento di *hard law* ed un altro di *soft law*, se l'uno o l'altro racchiudono, riflettono o promuovono un modello di norma consuetudinaria generale[70]. Una qualunque forma scritta e pubblica è utile per soddisfare questo bisogno di certezza del diritto, senza che la natura dello strumento necessariamente condizioni la qualità normativa della regola codificata[71]. Ciò che conta è che su quel modello normativo si riconoscano gli Stati, enti primari della società internazionale e come tali costitutori e destinatari delle norme.

Certamente un simile circuito presenta non poche incongruenze rispetto alla concezione tradizionale che àncora la formazione delle norme internazionali alla determinazione di un consenso degli Stati quale espresso secondo le procedure costituzionali. Ma nella logica della codificazione internazionale la questione del "consenso" degli Stati può essere assorbita sotto varie formule: vuoi con l'attiva partecipazione degli Stati alla fase in cui si formula la norma codificata, vuoi esprimendo, se del caso, il proprio esplicito dissenso quale obiettore permanente. La circostanza che tale figu-

[68] *Supra*, nota 21. Vi è poi il rischio, paventato dall'Institut de droit international nella sessione di Losanna del 1947 (risoluzione su "La codification du droit international"), che il metodo dell'accettazione formale del testo codificato dia al singolo Stato "l'occasion de remettre en question, par son refus d'acceptation, des règles de droit que la doctrine et la jurisprudence consideraient, d'une manère générale, jusqu'à cette date comme établies".

[69] Cosi ancora di recente CONFORTI, *Diritto internazionale*, 11a ed., a cura di Iovane, Napoli, 2018, p.126 s.

[70] Cfr. in proposito *United Nations Documents on the Development and Codification of International Law*, cit., pp. 44-48.

[71] V. *infra*, SANDRINI, *op. cit.*, par. 6.

ra viene sempre più evocata e legittimata nei lavori di codificazione[72] conferma che lo sviluppo della consuetudine internazionale generale preserva l'autonomia del singolo Stato[73].

Una seconda perplessità sull'impiego di strumenti di *soft law* riguarda la posizione dei privati direttamente interessati all'applicazione del modello codificato. Se costoro intendessero avvalersene per avanzare una determinata pretesa in giudizio, la loro domanda non sarebbe azionabile a meno che la formula internazionale di *soft law* non sia stata ripresa in una autonoma formula di *hard law* nel diritto interno dello Stato. Ed è questo il motivo per cui le "Carte internazionali dei diritti" sono generalmente enunciate in strumenti normativi di tenore vincolante. Ma tale ragionamento non ha senso se la figura del privato venga direttamente assunta dal diritto internazionale per la sua autonoma capacità di autoregolamentazione, se non addirittura di ente gestore di un ordinamento giuridico distinto da quello degli Stati. In tal caso lo strumento di *soft law* permette di adattarsi meglio alla autonoma dimensione "ordinatoria" del privato distinguendola da quella dello Stato. Così si spiega che i codici di condotta per le imprese multinazionali finora adottati hanno carattere "volontario".

Il ricorso a strumenti di *soft law* era già presente nel corso dell'Ottocento con la prassi delle "Dichiarazioni" espresse in sede multilaterale, nel convincimento che la forma della dichiarazione riflettesse "un droit commun des nations"[74]. Il ricorso nella prassi contemporanea a strumenti più flessibili di codificazione si pone nella stessa logica, sia pure con un più sofisticato grado di tecnicità giuridica. Valgano in proposito i testi,

[72] ILC, *Draft conclusions on identification of customary international law*, annesso a Assemblea generale, risoluzione 73/203, Conclusion 15 ("1. Where a State has objected to a rule of customary international law while that rule was in the process of formation, the rule is not opposable to the State concerned for so long as it maintains its objection. 2. The objection must be clearly expressed, made known to other States, and maintained persistently"); vedi anche ILA, London Conference (2000) Committee on Formation of Customary (General) International Law, *Final Report*, cit., p. 27; WOOD: *Second report on identification of customary international law*, ILC, Sixty-sixth session, 22 maggio 2014, UN doc. A/CN.4/672 par. 58; ID., *Third report on identification of customary international law*, ILC, Sixty-seventh session, 27 maggio 2015, UN doc. A/CN.4/682, parr. 86 e 92 s.; ID., *Fourth report on identification of customary international law*, ILC, Sixty-eighth session, 8 marzo 2016, UN doc. A/CN.4/695, par. 27.

[73] Come ripropongono le *Draft conclusions on identification of customary international law*, cit., Conclusion 15, par. 3, la posizione dell'obiettore permanente non dovrebbe essere ammessa a proposito di norme imperative. Emblematica al riguardo la regola sul divieto di apartheid, assurta al rango di norma imperativa nonostante l'esplicita contrarietà del Sud Africa che all'epoca praticava tale regime.

[74] *United Nations Documents on the Development and Codification of International Law*, cit., p. 45.

anche di impronta "intensiva"[75], adottati dalla CDI sotto forma di progetto di articoli, conclusioni, *guidelines* ecc.[76] Così la codificazione promossa dall'Assemblea generale sempre più spesso si arresta al testo adottato dalla CDI. Sarebbe però assai riduttivo pensare che questi testi, generalmente approvati dall'Assemblea generale, si traducano in semplici "scientific restatements of international law"[77], quasi alla stregua di una codificazione "privata". Invero la prassi internazionale evidenzia il rilievo di questi testi come ugualmente espressivi di regole consuetudinarie generali. Ciò che conta, in definitiva, è la consistenza e la "qualità" della prassi allineata al modello codificato, mostrando così definitivamente il superamento di una concezione rigorosamente normativista del diritto e della codificazione in particolare.

7. Il consolidamento del modello codificato attraverso l'azione di interpreti qualificati ed il loro "dialogo"

Di conseguenza, è la stessa varietà delle forme attraverso cui si esprime lo strumento della codificazione che induce a spostare l'attenzione sulla pratica sociale[78]. È da questa che dipende in ultima analisi la funzione effettivamente "ordinante" della codificazione e la sua verifica ad opera di interpreti qualificati. Ciò è tanto più giustificato quando la codificazione riguardi materie su cui scarsi sono i precedenti di modo che assume vieppiù rilevanza determinante la verifica del modello normativo sul piano della prassi[79].

Il modello normativo voluto dagli Stati meglio si radica nella prassi se gli stessi Stati apprestano un meccanismo organizzato per definire significato e profondità della regola codificata. Il dialogo costruttivo che si ingenera tra CDI, CIG e organismi giurisdizionali (o quasi-giurisdizionali) specializzati (composti da personalità "indipendenti") facilita tale riscontro[80]. Il "dialogo" è talora dovuto per effetto della stessa afferenza dei suoi

[75] CASSELLA, *op. cit.*, p. 32.

[76] E, sia pure con minore frequenza, tale eterogeneità si voglie anche nei lavori della Conferenza de L'Aja di diritto internazionale privato: GONZALEZ CAMPOS, *op. cit.*, p. 108.

[77] *United Nations Documents on the Development and Codification of International Law*, cit., p. 115.

[78] CARONE, *op. cit.*, p. 63.

[79] Cfr. in proposito CASSELLA, *op. cit.*, p. 54 ss.

[80] Riduce il ruolo della giurisprudenza internazionale per il suo assunto carattere "incidentale", ILA, London Conference (2000) Committee on Formation of Customary (General) International Law, *Final Report*, cit., p. 3.

attori al medesimo quadro organizzativo. La CIG, "principale organo giurisdizionale" delle Nazioni Unite, non può non tener conto delle indicazioni che promanano dalla CDI quale organo sussidiario dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, in specie se fatte proprie da quest'ultima. Il dialogo è bilaterale, dal momento che entrambi i protagonisti "si scambiano" le reciproche indicazioni dando luogo ad un esito che diventa esso stesso fattore di razionalizzazione e consolidamento della regola giuridica, quale espressione di un diritto oggettivo effettivamente regolatore della base sociale cui tale regola è indirizzata.

È difficilmente controvertibile che, quando sovviene sia pure in modo occasionale, il contributo di interpreti qualificati di diritto internazionale come la CIG, la loro determinazione – a prescindere dalla qualifica formale di *res judicata* – riflette una posizione "oggettiva" dell'ordina-mento giuridico internazionale. E di tale valenza prende atto anche il giudice nazionale, come mostra l'atteggiamento assunto dalla Corte costituzionale italiana in relazione alle sentenze pronunciate dalla Corte europea dei diritti umani (Corte EDU) e dalla CIG[81].

Un simile approccio non emargina gli Stati quali enti costitutori della norma giuridica internazionale ma rimette ad altri protagonisti – voluti dagli Stati – determinare la valenza ordinatoria della regola codificata. Sono, come si è detto, interpreti qualificati, abilitati in tal senso dagli stessi Stati. Questi, acquisita la posizione del giudice internazionale quale "organo di funzioni" abilitato a svolgere la funzione "obiettiva" di accertamento del diritto (secondo la nota accezione perassiana[82]), la rendono "permanente" attraverso lo strumento dell'organizzazione internazionale. La prassi attuativa posta in essere da questi (e similari) interpreti qualificati autonomi dagli Stati assume valore interpretativo della norma in sé[83], ma – come si vedrà nel paragrafo seguente – può anche fornire indicazioni sul coordinamento tra strumenti di codificazione ed il sistema normativo nel suo complesso[84]. Il diritto internazionale acquisisce così una maturità organizzativa (*rectius*, ordinatoria), che supera la tradizionale concezione anorganica di questo ordinamento: la funzione del controllo internazionale latamente in-

[81] Cfr. Corte cost., sentenze 24 ottobre 2007, n. 349 e 22 ottobre 2014, n. 238. Indipendentemente dal diverso esito, entrambe le decisioni apprezzano il valore obiettivo della interpretazione svolta dal giudice internazionale rispetto alla norma internazionale.

[82] PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*. Parte prima, Roma, 1937, p. 151.

[83] Circa il rilievo da riconoscere agli "expert treaty bodies": cfr. ILC, Sixty-eighth session Geneva, 2 May-10 June and 4 July-12 August 2016, *Subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties. Text of the draft conclusions provisionally adopted by the Drafting Committee on first reading*, UN doc. A/CN. 4/L 874, in specie Draft conclusion 13.

[84] *Infra*, par. 7.

tesa va apprezzata quale fattore di effettività "ordinante" della norma internazionale.

Ciò vale anche con riferimento a norme generali che investono il c.d. "diritto interno in materia internazionale" come la questione della immunità dalla giurisdizione civile dello Stato straniero[85]. Solo un approccio tradizionale giustifica la determinazione delle regole generali attraverso il solo esame induttivo della prassi statale, ed in specie giudiziaria. Una simile tecnica difficilmente può essere riproposta ove una convergenza si sia comunque riscontrata a livello internazionale nelle sedi organizzate adatte per raccogliere le valutazioni di circa duecento Stati intorno al modello di codificazione. Inoltre, privilegiare la determinazione "dal basso" del contenuto delle norme internazionali non tiene conto dei condizionamenti "unilateralistici" cui può essere soggetto l'operatore giuridico di diritto interno[86]. Perciò si giustifica e si impone l'organizzazione internazionale quale fattore ordinante della codificazione non solo nei casi in cui manchino precedenti univoci della prassi ma anche per dare ordine alla stessa prassi.

8. Codificazione e "sistema" giuridico: il ruolo dell'interprete

L'interprete qualificato deve certamente aver sempre ben presente il senso di "finitezza" del modello codificato rispetto al quale si pone. È chiaramente espressione di questa consapevolezza la dottrina del *vacuum* sviluppata dalla Corte EDU che enfatizza in modo particolare il criterio di integrazione sistemica codificato nell'art. 31 § 3, lett. *c*), della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati[87]. Ai fini della interpretazione della CEDU, la Corte prende in esame ogni tipo di norma internazionale comunque rilevante nell'ordinamento internazionale (tanto di *hard law* che di *soft law*) senza dare valore particolare alla circostanza – richiesta invece dalla Convenzione di Vienna – che si tratti di una norma "in vigore" tra le parti.

Qualunque strumento internazionale di codificazione non riesce ad esprimere o a regolare tutte le istanze ordinamentali. Ciò vale anche per

[85] Vedi da ultimo ROSSI, *Controversie di lavoro e Convenzione delle Nazioni Unite sull'immunità degli Stati: tra codificazione e sviluppo del diritto consuetudinario*, in *Riv. dir. int.*, 2019, p. 5 ss.

[86] WOOD, *First report on formation and evidence of customary international law international*, cit., par. 83 ss., in particolare nota 180.

[87] GAVRYSH, *Lo stato di emergenza e la dottrina del* vacuum *nella prassi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2019, p. 79 ss.

strumenti di particolare successo, come le Convenzioni di Vienna del 1961 sulle relazioni diplomatiche e consolari o le quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 sul diritto internazionale umanitario: il diritto internazionale generale resta sempre sullo sfondo ad integrare testi necessariamente settoriali e circoscritti[88]. Non vi è quindi quella idea, tipica della "teoria del codice" negli ordinamenti interni, di uno strumento completo, assolutamente autosufficiente e "ontologicamente" assorbente[89].

Il singolo strumento di codificazione a volte non ha neppure la pretesa di essere forzatamente omologante. Ad esempio, gli Stati possono "deviare" in più circostanze dal regime "unitario" sul diritto dei trattati enunciato dalla Convenzione di Vienna, con esclusione di quelle questioni "indisponibili" – come il carattere inderogabile delle norme cogenti – che esorbitano dallo strumento codificato. Del resto, lo strumento internazionale di codificazione – diversamente dallo strumento del "codice" nazionale – è ben consapevole della sua "parzialità"[90]. Così, ad esempio, la Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati (art. 6) rinvia al diritto internazionale generale per stabilire se una determinata entità statuale abbia la capacità di concludere trattati. L'art. 55 del Progetto del 2001 sulla responsabilità internazionale degli Stati evoca, al pari di altri strumenti di codificazione, il criterio della *lex specialis*. Ed al criterio di specialità ricorre il giudice internazionale quando deve provvedere a coordinare nello stesso contesto norme di origine diversa con vincoli non sempre conciliabili. È in base al criterio di specialità che le norme di diritto internazionale umanitario applicabili ai conflitti armati prevalgono su obblighi pattizi a tutela dei diritti umani[91].

Ancora meglio percepibile è il carattere delimitato della c.d. "unificazione" del diritto internazionale privato. La prima sessione dell'Institut de droit international tenutasi a Ginevra nel 1874 fece proprio il programma manciniano di favorire la conclusione di convenzioni di diritto internazionale privato uniforme ma lo mitigò precisando subito che "Ces traités ne

[88] "Toute convention internationale doit être réputée s'en référer tacitement au droit international commun, pour toutes les questions qu'elle ne résout pas elle-même en termes exprès et d'une façon différente" (sentenza arbitrale *Georges Pinson (France)* v. *United Mexican States*, 19 ottobre 1928, in *UNRIAA*, vol. V, 1928, p. 326 ss., p. 422, par. 50).

[89] CARONE, *op. cit.*, p. 75.

[90] Circa il carattere necessariamente parziale della regolamentazione dell'UE, v. *infra*, MORI, *op. cit.*, par. 8.

[91] CIG: parere 8 luglio 1996, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, in *I.C.J. Reports 1996*, p. 66 ss., par. 25; parere 9 luglio 2004*, Legal Consequences of a Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, in *I.C.J. Reports 2004*, p. 136 ss., par. 107 ss.

devraient pas imposer aux Etats contractants l'uniformité complète de leurs codes et de leurs lois; ils ne le pourraient même pas sans mettre obstacle aux progrès de la civilisation". L'emergenza di una varietà di "poli" codificatori – specie a livello regionale – incrina nell'età contemporanea la stessa aspirazione ad "unificare" il diritto internazionale privato in chiave universale[92]. Inoltre perdura – ed anzi si accentua – la tendenza nazionale a "codificare" il diritto internazionale privato, di modo che il modello uniforme si traduce sempre più spesso in un modello di armonizzazione (parziale) piuttosto che di unificazione vera e propria[93]. Né pare risolutivo giustificare la codificazione internazionale semplicemente asserendo il carattere "relativo" della legislazione nazionale[94] quando è chiaro che il diritto internazionale privato uniforme, pur nelle sue manifestazioni "cogenti", manca di un "sistema" codificato incentrato su principi e regole generali per la materia[95].

È pure raro che le regole uniformi di diritto internazionale privato (compreso quello europeo) siano supportate da elementi di diritto materiale uniforme. Di conseguenza, la loro qualificazione va sovente combinata con principi generali di natura sostanziale o processuale quali desumibili dagli ordinamenti nazionali specie se espressi in atti legislativi successivi all'adozione di regole uniformi. Ciò è coerente con le regole generali sull'interpretazione, atteso che la prassi applicativa di singoli Stati costituisce un mezzo complementare di interpretazione[96]. Lo è ancora di più se il trattato, indebolendo lo stesso scopo di unificazione (*rectius* di uniformità), abbia volutamente rimesso agli Stati la determinazione del significato

[92] MAJOROS, *Les conventions internationales en matière de droit privé*, Paris, 1978, p. 67 ss.; GUILLEMARD, PRUJINER, *La codification internationale du droit international privé: un échec?*, in *Cahiers de droit*, 2005, p. 175 ss.; PAMBOUKIS, *op. cit.*, p. 39.

[93] Sulla differenza tra unificazione e armonizzazione: BOELE-WOELKI, *Unifying and Harmonizing Substantive Law and the Role of Conflict of Laws*, in *Collected Courses*, 2009, vol. 340, p. 299 ss.

[94] VON OVERBECK*, Divers aspects de l'unification du droit international privé, spécialement en matière de successions*, in *Collected Courses*, 1961, vol. 104, p. 215.

[95] Per GUILLEMARD, PRUJINER, *op. cit.*, p. 178, vi sono solo "éléments de codification". L'idea di un modello solo "latente" (ivi, p. 180) diventa ancora più concreta quando il diritto internazionale privato uniforme si esprime in formule di mera armonizzazione .

[96] Art. 32 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati; ILC, *Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties*, annesso a Assemblea generale, risoluzione 73/202, Conclusion 4, par. 3; NOLTE, *Second report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties*, ILC, Sixty-sixth session, UN doc. A/CN.4/671, 26 marzo 2014 par. 14.

di alcune espressioni[97]. Le debolezze "sistemiche" del diritto internazionale privato uniforme sulla legge applicabile spiegano la tendenza, marcata soprattutto nell'ambito dell'UE, verso una avanzatissima "unificazione" (naturalmente in ambito regionale) delle regole preposte a privilegiare la circolazione di provvedimenti stranieri[98].

Le regole codificate vanno sempre interpretate nel momento della loro applicazione[99]. Si aprono in proposito due diversi scenari che interagiscono reciprocamente. Per un verso, la circostanza che il testo codificato formalizzi principi o regole che vivono allo stadio di diritto consuetudinario consente al secondo di condizionare perpetuamente il primo[100]. Per un altro, data la natura inevitabilmente "parziale" o settoriale del modello codificato, sorgono sovente esigenze di coordinamento vuoi tra i modelli codificati[101], vuoi tra il singolo strumento di codificazione e il sistema giuridico generale entro cui il primo si colloca.

Tali inconvenienti sono meno avvertiti nel diritto dell'UE dove esistono tecniche "istituzionali" che favoriscono il coordinamento del processo legislativo e soprattutto l'armonizzazione in via interpretativa di dei vari atti. L'unità del sistema giurisdizionale dell'Unione è in grado di dare unità e coerenza al suo diritto come pure conferma l'approccio intertestuale con riferimento ai regolamenti dell'UE di diritto internazionale privato uniforme.

Si tratta certamente di un'esperienza avanzata che, per il suo carattere accentrato, manca rispetto ad altri strumenti di codificazione internazionale e non solo di diritto internazionale privato uniforme. Questo non preclude l'esistenza di interpreti qualificati di diritto internazionale. Semmai oggigiorno vi è un problema di coordinamento tra questi interpreti, data la grande varietà di corti, tribunali e organismi di controllo di natura quasi-giurisdizionale operanti a livello internazionale. La loro proliferazione può costituire un problema per l'unità del sistema giuridico internazionale se non sovviene da parte degli stessi interpreti qualificati la sensibilità convergente verso esigenze unitarie di certezza del diritto.

[97] CAMPIGLIO, *New and Old Problems of Private International Law*, cit., p. 834 s.

[98] STRUYCKEN, *Régimes matrimoniaux-banc d'essai de la codification internationale de droit international privé*, in E Pluribus Unum. Liber Amicorum *Georges A.L. Droz*, cit., p. 449 ss.

[99] KOSKENNIEMI, *Fragmentation of international law*, cit., par. 25; NOLTE: *Second report*, cit., par. 4 ("every application of a treaty presupposes its interpretation").

[100] Sull'autonomia delle due dimensioni normative del medesimo principio nell'ambito dell'ordinamento dell'UE, vedi anche *infra* ADINOLFI, *La Corte di giustizia dell'Unione europea dinanzi ai principi generali codificati*, p. 553 ss., parr. 1 e 3.

[101] Cfr. *infra*, LONGOBARDO, *Rapporti fra strumenti di codificazione: il Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati e le convenzioni di diritto umanitario*, p. 407 ss.

Tuttavia i giudici internazionali hanno oggi, grazie proprio alla codificazione fin qui maturata, un comune strumentario concettuale e tecnico. Ad esempio, l'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati fissa una serie di regole ormai considerate di valore consuetudinario (ma anche in questo caso non esaustive) sull'interpretazione dei medesimi. Proprio richiamandosi al criterio di integrazione sistemica od alla più estesa dottrina del *vacuum*, i giudici internazionali possono rimediare al senso di "finitezza" di un modello codificato, rileggendolo in una logica ordinamentale unitaria e quindi nella prospettiva evolutiva complessiva del diritto internazionale. Lo strumento di codificazione esprime un modello normativo destinato ad essere costantemente ridefinito sulla base della più vasta dinamica ordinamentale. Nessun modello codificato, quale che sia la materia trattata, si può sottrarre alla logica unitaria e dinamica insieme dell'ordinamento nel quale tale modello si colloca. In altri termini, neppure la regola codificata può sfuggire all'insegnamento offerto dalla CIG, secondo cui "an international instrument has to be interpreted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation"[102].

Questa logica ermeneutica obbliga l'interprete a leggere la regola codificata, ed applicabile nel caso concreto, nel prisma dell'ordinamento. Ciò riduce i rischi insiti nell'esperienza necessariamente "casuistica" del giudice internazionale[103] ma al tempo stesso gli riserva un ruolo vitale per la stessa effettività della regola codificata[104]. Ed è proprio sul piano ordinamentale che possono sorgere divergenze valutative tra i giudici, come avvenuto tra Tribunale penale internazionale per la *ex*-Jugoslavia e CIG. Tanto l'uno che l'altra sono stati chiamati a definire i medesimi concetti di diritto internazionale in merito a questioni di responsabilità internaziona-

[102] CIG, parere 21 giugno 1971, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, in *I.C.J. Reports 1971*, p. 136 ss., par. 53.

[103] ILA, London Conference (2000) Committee on Formation of Customary (General) International Law, *Final Report*, cit., p. 3.

[104] La codificazione, in altri termini, non può espropriare la funzione propria del giudice di "interpretare" la norma giuridica ma anzi la esalta in considerazione del suo ruolo di "ordinare" o "co-ordinare" un complesso di regole che interagiscono tra loro all'interno dell'ordinamento giuridico. Per la varietà di impulsi normativi oggigiorno rilevabili, è difficile immaginare un ordinamento giuridico o un settore di questo in cui si registri la totale assenza di codificazione. Ma anche ove lo fosse, la funzione interpretativa del giudice, per quanto "creativa", deve sempre restare all'interno delle coordinate unitarie dell'ordinamento cui afferisce.

le[105]. Ma entrambi erano fortemente condizionati dalla loro prospettiva valutativa. La CIG accerta il diritto in relazione alla controversia in oggetto[106]; il giudice internazionale penale risente della prospettiva valoriale in giuoco che poi corrisponde allo scopo della norma di diritto internazionale penale per l'effettività della quale lo stesso giudice è stato istituito. In una prospettiva del genere anche l'assenza di una formale gerarchia "istituzionale" indebolisce la certezza del diritto "oggettivo".

Ma non è un caso che le tensioni interpretative trovino la loro composizione "ordinamentale" proprio nello strumento di codificazione. Lo indica l'art. 8 del Progetto del 2001 sulla responsabilità internazionale degli Stati formulato in adesione all'indicazione espressa dalla CIG "di rettifica" delle posizioni espresse nel caso *Tadic* dal Tribunale penale internazionale per la *ex*-Jugoslavia[107]. Dopo l'adozione del Progetto da parte dell'Assemblea generale, in quanto corrispondente al sentire comune della società internazionale, si è imposta, per così dire, la disciplina della codificazione. Anche una società non istituzionalizzata come quella internazionale avverte il bisogno del "diritto oggettivo" e lo persegue "politicamente" attraverso la codificazione. Un fenomeno affine di "correzione" della giurisprudenza si riscontra nei regolamenti dell'UE di diritto internazionale privato uniforme, quando le revisioni dei medesimi sono formulate al fine di annullare o restringere l'effetto di pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea che non appaiono in piena sintonia con gli interessi prevalenti degli (e negli) Stati[108].

In questa maniera si ripristina il primato del "costitutore" di norme sull'interprete di regole codificate esplicitando bene chi sia il "padrone" ultimo della codificazione ma senza con ciò chiudere il circuito virtuoso che caratterizza perennemente l'effettività del diritto.

[105] ARAI-TAKAHASHI, *The Impact of "Criminalization" on the Implementation of International Humanitarian Law. Judicial Advances of the Law of War Crime as Salutary Osmosis?*, in *Japanese Yearbook of International Law*, 2015, p. 143 ss.

[106] WOOD, *First report on formation and evidence of customary international law international*, cit., par. 54, vede in ciò un'angolazione necessariamente parziale del giudice internazionale.

[107] Indicazione dunque condivisa dalla ILC: *infra*, LONGOBARDO, *op. cit.*, p. 419.

[108] Cfr. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento n. 1215/2012 (rifusione)*, Padova, 2015, p. 80.

CONCEPTUAL APPROACHES TO THE CODIFICATION OF INTERNATIONAL LAW

Florian HEINDLER*

SUMMARY: 1. Codification, compilation, and fixation in written language. – 2. Codification and a primordial concept of law. – 3. Codification of international law. – 4. Coordination and uniform interpretation. – 5. Concluding remarks.

The topic "Codification in International and Europan Union Law" of the XXIII. Annual Conference of the Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione Europea inspired me to share a conceptual approach to codification. A discussion about the meaning of codification requires us to focus on the notion of (international) law in order to determine which task shall be handled by a drafter of an international law instrument.

1. Codification, compilation, and fixation in written language

a) The term codification of law is *ambiguous* and its ambiguity is connected with the potential notions of law. First, the term codification can have the meaning of putting a pre-selected body of (customary) law or other sources of authority into written statutory form (using normative terms) or simply to draft new written legislation. This meaning refers either to textualisation or re-textualisation of (customary) legal rules, judicial practice, doctrine, and other sources of authority, or to the drafting of a new piece of written legislation (legal innovation). Rather

* PhD, Assistant Professor at Sigmund Freud University, Vienna. Two organisations, the Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione Europea and the Association des Alumni & Amis de l'Institut suisse de droit comparé (awarding a Petar Šarčević scholarship), supported my participation in the SIDI annual conference, the preparation of the presentation and this written account of my thoughts on codification in international law. I owe special thanks to both organisations for supporting this endeavour.

than other approaches to codification, mere (re-)textualisation does neither imply the creation of a systematic order nor the creation of a complete "book of the law" translating general conceptions into specific provisions.

However, such an approach to codification contains a number of *advantages and complex issues*, when drafting international law instruments. These have been described, for example and with regard to the codification conventions prepared by the International Law Commission (ILC), as (1) preciseness; (2) the fact that they go through a negotiating process; (3) the fact that some of their provisions reflect international customary law; (4) the fact that they can contribute to the development of international customary law[1]; (5) the fact that they provide sensible and acceptable solutions in areas of doubt; and (6) their binding character when signed and ratified by States[2].

b) Another approach to codification includes the arrangement of specific legal provisions *in systematic order* and the systematization of rules[3]. Instead of merely textualising (customary) law, other sources of authority, or drafting new legislation, legal sources are compiled into one document becoming systematized and put in a written statutory form[4]. According to this conception of codification: "La codification *stricto sensu* […] c'est l'instantané ou la version photographique de la coutume qui n'opère qu'une simple mise en mots de son contenu, sans rien ajouter, soustraire ou modifier; une simple formulation et systématisation par écrit de sa substance normative que n'affecte en rien ses prescriptions. C'est l'acception anglo-américaine traditionnelle de la codification"[5].

However, such compilations may include any legal source having sufficient *authority* as defined by the compilers. This could be *inter alia* rules stemming from Roman law, rules distilled from comparative legal

[1] Cf. below, fn. 48.

[2] RAMCHARAN, *The International Law Commission*, The Hague, 1977, p. 21.

[3] See *Report of the ILC on the work of its forty-eighth session*, UN doc. A/51/10, 6 May-26 July 1996, para. 156, p. 86: "while the idea of codification of international law is associated with 'the more precise formulation and systematization of rules of international law in fields where there already has been extensive State practice, precedent and doctrine'"; CARREAU, MARRELLA, *Diritto internazionale*, 2a ed., Milano, 2018, p. 290.

[4] CARREAU, MARRELLA, *Diritto internazionale*, above, p. 291.

[5] ABI-SAAB, *La Commission du droit international, la codification et le processus de formation de droit international*, in *Making better international law: The International Law Commission at 50. Proceedings of the United Nations Colloquium on Progressive Development and Codification of International Law*, UN doc. E/F.98.V.5, May 1998, p. 181.

research within a defined number of jurisdictions, and rules stemming from prevailing doctrine or judicial practice. Compilations fulfill an important task in making these legal sources accessible and in clarifying doubts about their authoritativeness. The structure which is given by the compilers furthermore facilitates a systemical interpretation of the rules. However, compilations are not considered instruments that invent new rules or award authority to sources that had no authority before (no legal innovation). Such a limited objective is difficult to comply with. As compiling involves at least a selection of sources, their proper ordering can be decisive for the systematic interpretation of rules; systematization requires clarity about the question of which system to choose; once the legal sources are fixed in writing and joined together, any gaps ought to be filled; amendments in the light of new developments must be made; and more principled rules often invite drafters to use a more precise language in the compilation instrument[6]. Thus, both in national and international law, the task of merely composing and recording is thought to be impossible in practice[7]. Creating a legal instrument based on customary law that is only a descriptive, technical or neutral restatement work[8] is deemed impossible. The process of collecting and systematizing customary law already includes the formulation of additional substantive or complementary rules as well as an implicit or explicit selection and pre-selection of customary rules and in the case of contradictory customary law, a decision to waive one rule in favor of another one.

c) An alternative approach to the above notions of codification (textualisation, compilation), and one that is often neglected[9], associates the terms code and codification with an all-embracing regulative system of a part of the legal order based on a *primordial concept of law* that translates into specific legal provisions[10]. Other concepts require at least

[6] See CASSESE (A.), *Diritto internazionale*, 2a ed., Bologna, 2006, p. 243; BRIERLY, *Codification of International Law*, in *Michigan Law Review*, 1948, p. 2.

[7] *Report of the ILC on the work of its forty-eighth session*, UN doc. A/51/10, 6 May-26 July 1996, p. 84, para. 147; see also ABI-SAAB, *La Commission du droit international*, above, pp. 182-183; VERDROSS, SIMMA, *Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis*, 2. Ausg., Berlin, 1981, p. 303.

[8] MAHIOU, *Rapport général*, in Société Française pour le Droit International (sous la direction de), *La codification du droit international: colloque d'Aix-en-Provenc*e, Paris, 1999, p. X: "Il est impossible de s'en tenir à une définition de la codification qui se voudrait simplement descriptive, technique et en quelque sorte neutre".

[9] See *e.g.* LAUTERPACHT, *International Law. Collected Papers. Volume I*, Cambridge, 1970, p. 98; TOMUSCHAT, *ILC Die Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen*, in WOLFRUM (hrsg.), *Handbuch Vereinte Nationen*, München, 1991, p. 332.

[10] See BRIERLY, *Codification of International Law*, above, p. 3, offering a distinction between Anglo-American and Continental kind of codification. In some

a thorough understanding of the fundamental principles underlying the code[11]. This conception does not primarily focus on the formal legal force of the rules contained in the code but emphasizes the instrument's inner unity which depends on the persuasive force of the connections between the primordial concept and the specific rules. A strong persuasive force was thought to be achievable by using an intertwined three-layer-system consisting of specific rules, principles meant to transpose the shared abstract primordial conception of law underlying the code in the particular field of regulation into more concrete mediating concepts, and finally into specific positive rules. Such a system has resulted in a successful codification of civil law based on conceptions embedded in natural law, or more particularly, based on the idea of enlightenment and a rationalist conception of man, promoting inter alia individual freedom and responsibility[12]. Thus, according to Zeiller: "Alle noch so mannigfaltigen Rechte stehen übrigens, als von der Vernunft ertheilte Befugnisse, nothwendig in der genauesten Verbindung, vermöge welcher sie aus einander abgeleitet, und auf ein erstes, oberstes Recht, zurück geführet werden können, welches das Urrecht heißt. […] Jedes Recht muss also stufenweise durch die Mittelbegriffe aus diesem Urrechte entwickelt, und jedes in Zweifel gezogene Recht aus demselben beurtheilet werden"[13].

2. Codification and a primordial concept of law

a) The focus on connections between a primordial conception of (international) law and specific rules would bring about the potential that the *persuasiveness* of specific provisions may increase. Specific provisions translating primordial conceptions can be argued for with the same persuasive force as the primordial conception itself, whereas the

occasions, the term "Code" was understood as referring to a system of principles including declaratory and explanatory material in its body (*e.g.* FITZMAURICE, *Report on the law of treaties*, UN doc. A/CN.4/101, 14 March 1956, p. 106, para. 9).

[11] See for references BODANSKY, CROOK, CARON, *The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship between Form and Authority*, in *AJIL*, 2002, p. 860.

[12] ZEILLER, *Das natürliche Privat-Recht*, 3. Ausg., Vienna, 1819, p. 65 et seq.

[13] "All rights, as they are all awarded by reason, are in a most precise connection with a first, highest law, to which they can be led back, which is the 'Urrecht', the primordial right. […] Any right must be derived step-by-step trough mediating concepts from this primordial right, and any right which is questioned must be judged on the basis of the primordial right." (translation by the author).

mere fact that a legal rule is part of a recognized body of international legal sources lacks such an additional persuasive force.

The *idea behind persuasiveness* focuses on the acceptance of rules, in particular reflecting that actors' perceptions and expectations are confronted with the law, and reflects tensions between perceptions and expectations and the law as it is applied. Furthermore, the law itself is found to consist of the exact perceptions and expectations of the persons applying the law, since the law is applied as it is perceived and expected to be. Whereas in the 19th century the drafters of the Austrian civil code thought that law would be accepted by its addressees because it expresses their rational expectations, approaches to perceptions and expectations meanwhile have changed. Nevertheless, the idea that law must be tested against and that it must be to possible to deduce it from certain premises is still valid. This is a counter-conception to a positivistic approach whereby the law becomes justified solely due to the authority of a particular lawmaker.

b) As such, this latter approach to codification is *neither limited* to a particular (rationalist or natural legal) approach to law (but excludes that law shall merely be all recognized legal sources at hand), *nor* to a particular field of law, nor – to an even lesser extent – requires that all laws of the world or a particular jurisdiction as a whole shall be codified. It is advocated that, despite the rationalist approach taken in the 19th century, codification requires a revisited conception of man and subsequently a revisited conception of law. In the words of Coing: "Das Verständnis des socialen Lebens – und damit zugleich des Aufbaus des Rechts – ist deshalb letzten Endes abhängig von der Einsicht in das Wesen des Menschen und die Antriebe seines Handelns. In dieser Erkenntnis hat uns nun die Denkarbeit der modernen Philosophie und Psychologie entscheidende Schritte über das Bild vom Menschen hinausgeführt, das noch das Denken der Aufklärung und damit auch der letzten großen Naturrechtslehrer beherrschte und das im Grunde auf die Antike zurückgeht"[14].

[14] COING, *Die Obersten Grundsätze des Rechts. Ein Versuch zur Neubegründung des Naturrechts*, Heidelberg, 1948, pp. 10-11: "The understanding of social life – and consequently at the same time of the structure of the law – depends on the understanding of the nature of man and the reasons for his actions. In achieving this understanding, the intellectual efforts of contemporary philosophy and psychology made steps to overcome the concept of man that has prevailed in the thinking of the enlightenment and as such also in the last eminent natural law doctrine and that in principle dates back to antiquity" (translation by the author).

The statement above is a summary of *critique* towards enlightenment and rationalist approaches taken in various disciplines of science, which contributed to the formation, development, and description of the world from a common theoretical perspective. Thus, it becomes necessary to discuss which background should be the theoretical background, the underlying conception of man and the vision of how to contribute to a prosperous coexistence of mankind in a contemporary environment.

In this regard, however, any construction should be aware of the difficult relationship between *moral rules* and *positive law*, as well as between *positive rules* and *the notion of justice*. It was the enlightenment conception of the rational person that helped to harmonize these difficult relationships[15]. Whatever concept of (international) law is apt for contemporary fields of regulation, the relationship between moral rules and positive law as well as positive rules and the notion of justice must be taken into consideration. The relationship between moral rules and positive law and also the relationship between positive rules and the notion of justice must be balanced in a way more profound than by simply abolishing the value of legislative proceedings and referring to the arbitrary enactment of rules that ought to be fair and equitable[16]. Identifying a shared conception of law has been particularly difficult with regard to international law[17]. Whereas in civil law many scholars dealing with actual legal problems have successfully aligned a general conception of justice with specific provisions in a three-layer-system, such attempts thus far taken in international law have proved fruitless. In addition to this, civil law codifications offer a way to reduce the tension between moral values and positive law, as well as between positive rules and the notion of justice, by way of using a rationalist conception of man to explain the primordial concept of law[18]. It is doubtful whether international law will ever be able to offer a codification that reduces the

[15] SWOBODA, *Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch im Lichte der Lehren Kants*, Graz, 1926, p. 35; for an illustration see BYDLINSKI, *Die praktische Bedeutung der Rechtsethik und die Möglichkeiten ihrer Vermittlung*, in BYDLINSKI, MAYER-MALY (hrsg.), *Rechtsethik und Rechtspraxis*, Salzburg, 1990, pp. 38–39.

[16] The importance of having a proper legislative proceeding and clarity regarding sources of law is emphasized by GUGGENHEIM, *Lehrbuch des Völkerrechts. Band I*, Basel, 1948, pp. 13–14.

[17] GUGGENHEIM, *Lehrbuch des Völkerrechts*, above, pp. 13–14.

[18] It is noteworthy that this concept has become blurred and civil law itself struggles to identify a proper notion of codification, as outlined above.

tension between moral values and positive law, and furthermore between positive rules and the notion of justice[19].

The general criticism of the rationalist ideas holds true for its use in *international law* as well. Rationalist approaches to a conception of man that can no longer be regarded as common ground for civil law codification, cannot be regarded as common ground shared among nations either. This has been most prominently confirmed by Dupuy: "la codification l'appartient à l'histoire"[20]. His idea of codification was built on shared conceptions. Facing diversity in the history of thought which has emerged in science, culture, politics, and art towards almost all basic conceptions, but in particular, towards the conception of man, trust in any shared conception was lost. The understanding of the person as a self-determining, rational, free and accountable actor has become subject not only to refinement but also to critique. Once consent about the fundamental conception is out of reach, the idea of codification in the enlightenment conception has become a historical occurrence.

c) However, if legal scholars still believe that it is necessary to identify a contemporary conception of law, this raises the question of *what (international) law is*. Proposing that (international) law could merely be what can be drawn from all legal sources currently recognized in (international) law, the search for a primordial concept and objective would be irritant. Legal scholars in search for such a concept and objectives of (international) law would, in contrast, not be able to contribute to the compilation or textualisation of currently recognized (international) law sources. Consequently, approaches to codification beyond textualisation and compilation of legal sources would be rejected.

This indicates what tasks could be assigned to legal scholars if an argument for all-embracing conceptions and primordial concepts and objectives succeeds. The belief in rationalism as a source for a primordial concept enabled lawyers in the 18th and 19th century to advocate that their codification is what represents the law. Reference to the authority of their primordial concept has led to a code as a complex intertwined system of conceptions, principles, and rules. Law was defined by way of *inference to reason rather than to formal authority* of the legislative procedure (promulgation of laws by the Emperor). Accordingly, codification was the creation of positive law by translating

[19] GUGGENHEIM, *Lehrbuch des Völkerrechts*, above, p. 13.

[20] DUPUY, *La codification du droit international a-t-elle encore un intérêt à l'aube du troisième millènaire?*, in *Le droit international à l'heure de sa codification – Études en l'honneur de Roberto Ago*, vol. I, Milano, 1987, p. 261, p. 263.

the conception of law prevailing at that time into positive law, *i.e.* specific rules. Thus, the enlightenment concept consisted of the postulation of rules, which have been deduced from rational premises instead of political instructions[21].

d) The codification commission drafting the Austrian civil code promoted the code with inference to rationalism and the shared enlightenment vision of legal reasoning. In practice, however, the work consisted largely in the *study of existing decrees*, foreign sources of law (in particular the Code civil and the Prussian Allgemeines Landrecht), older authorities like the *corpus iuris civilis*, but also to a sufficient extent in the study of customary law. Thus, even if a code shall rely on basic principles and concepts promulgating an all-embracing system and primordial conception of law, the conservatism of legal scholars and the tendency to rely on existing practices and rules lead to an evolutionary process of drafting. Whatever contributes to enhancing persuasiveness of the positive rules, *i.e.* their evolution from existing decrees, foreign sources of law, customs and practices, is found suitable to the aim of meeting expectations and perceptions, as well as to avoid disruption and discontinuation. It is, thus, supporting the acceptance of the code to combine continuity with a conceptional approach, given that a primordial concept of law is shared.

e) After having discussed the idea of a codification based on a primordial concept of law, its practicability for *contemporary international law* has to be discussed next. Any suggestion for such an approach to codification requires a discussion about whether a shared primordial concept of law is conceivable in a particular field of (international) law. Universal approaches to values and justice, as in the time of enlightened rationalism, have been challenged by other concepts pointing at national differences in the notion of justice and values relevant for legal questions as in German romanticism. If shared notions of (international) law existed in particular areas of international law, an approach to codification inferring rules from primordial conceptions would appear more attractive in terms of persuasiveness and acceptance than a codification in the sense of a compilation or textualisation of (pre-existing customary) legal rules. The limitation to a particular field of (international) law is vital since consent about primordial concepts can be established, if at all, only in limited fields due to a broad variety in the appreciation of the world as well as – particularly in the field of

[21] See BODANSKY, CROOK, CARON, *The ILC Articles on State Responsibility,* above, p. 859: "If one believes that the law 'exists' independently of its articulation and that one is merely codifying that which exists, then one might leave that task to experts".

international law – in different political, sociological, and societal conceptions by different actors[22]. However, thinking about *e.g.* international taxation, international arbitration, favouritism and discrimination in international organizations, human trafficking, corruption, organized crime, child labour, protection of the environment, the search for a consent about the conception of man and the task of law in relation to the objective of the instrument in question could be a plausible and promising endeavour.

3. Codification of international law

a) Before continuing the above discussion with a focus on international law instruments, a number of *particularities of international law* shall be outlined.

International law frequently lacks a sovereign lawmaker and a central law-enforcing body. There is no *hierarchy* between lawmaker and undertakings. The principle of sovereignty, itself being a particular legal concept, implies that actors largely submit themselves on a voluntary basis to jurisdiction and legal instruments. Custom, as in national law, is characterized by general acceptance, meaning that customary law is perceived as law and expected as a legitimate answer to a legal question instead of being imposed. These particularities lead to a more complex system of legal sources. International law also shows more clearly that law can't accurately be described as the totality of legal sources promulgated in accordance with the relevant rules on law-making (*Rechtserzeugungsnormen*). International law rather illustrates a different perception and different expectations about rules and their dynamic function; *i.e.* serving as an authoritative source to settle conflicts, and the importance of persuasiveness play a larger role than compliance with formal proceedings of law creation. Given that international law frequently has no *sovereign* lawmaker and a central law-enforcing body, the acceptability of binding rules is apparently essential. Thus, the idea of codification based on a shared primordial conception of the law seems to suit particularly well the challenges faced by international law[23].

[22] DUPUY, *La codification du droit international*, above, pp. 261-263; see also MAHIOU, *Rapport général*, above, p. 21.

[23] HUBER, *Beiträge zur Kenntnis der soziologischen Grundlagen des Völkerrechts und der Staatengesellschaft*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, Tübingen, 1910, p. 81; GUGGENHEIM, *Lehrbuch des Völkerrechts*, above, p. 14.

The more complex system of *legal sources* brings along a strong role of so-called soft law instruments. The terms soft law and "codification light" have emerged and describe a variety of phenomena occurring in the practice of international law[24]. Whereas such instruments have a high degree of persuasiveness, they usually lack formal normativity, meaning that they have not been promulgated or ratified in accordance with the ordinary proceedings. Nevertheless, they have been approved informally, *e.g.* if the General Assembly has taken notice of the instrument. Whereas such instruments are formally not binding, courts often refer to their authority and cite them in their decisions. Numerous scholars have analyzed the decisions of international and national judicial bodies to demonstrate that the formal degree of normativity of an instrument is not (solely) decisive to characterise its authority and justify its use in practice[25]. Thus, which approach to codification should be taken when drafting such an instrument, in view of its persuasiveness, is not decisive. In other words, it is not relevant in the first place that the instrument drafted has a certain formal authority due to the particular proceeding followed to enact it[26]. Soft law instruments' persuasiveness results from their content, meaning that they either compile and repeat generally accepted custom or infer from shared conceptions and objectives.

Finally, due to its peculiar scope of application and regulation, international law has to deal permanently with *different legal cultures and traditions*. Again, it might be just an illusion that national codification instruments can be drafted on the basis of shared values and conceptions, nevertheless, international law faces more difficulties in terms of identifying a shared ground for conceptions, values, and finally, for a primordial concept of law.

b) *Article 13 of the UN Charter* implies important considerations and is a starting point for any discussion on the codification of international law. It entrusts to the General Assembly the task of

[24] See VILLALPANDO, *Codification Light: A New Trend in the Codification of International Law at the United Nations*, in *Anuário Brasileiro de Direito Internacional* 2013, pp. 118–122.

[25] BORDIN, *Reflections of customary international law: the authority of codification conventions and ILC draft articles in international law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2014, pp. 543-546.

[26] On that behalf, see already *Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission, Memorandum submitted by the Secretary-General*, UN doc. A/CN.4/1/Rev.1, 1949, p. 16, para. 21; for a summary of current cases referring to non-formally binding instruments: BORDIN, *Reflections of customary international law,* above, pp. 543-546.

"encouraging the progressive development of international law and its codification"[27]. To give effect to this mandate, the ILC was created[28]. More specifically, Article 15 of the ILC Statute defines "codification of international law" as the more precise formulation and systematization of rules of international law. It implies that non-written customary international law is transposed into any type of written legal instrument[29]. It is uncertain what approach to codification of international law shall be taken under Article 15 of the ILC Statute.

However, it is important to note that customary international law *does not automatically cease to exist* once it has been codified[30]. Codification of international law, however, should aim at something more than a mere declaratory compilation or collection of pre-existing rules[31]. Codification would otherwise just reiterate already existing rules[32]. Given a potential reiterating character of codification instruments, customary international law could still be applicable and authoritative, leaving the choice between the legal instrument and the set

[27] Article 13 section 1, alinea *a*); "le développement progressif du droit international et sa codification"; for a comment on the political reasoning behind this formula see FLEISCHHAUER, SIMMA, *Art. 13*, in SIMMA, KHAN, NOLTE, PAULUS (eds.), *The Charter of the United Nations Volume I*, 3rd ed., Oxford, 2012, pp. 528-529.

[28] General Assembly, resolution 174 (II), *Establishment of an International Law Commission*, UN doc. A/RES/174(II), 17 November 1947.

[29] *Report of the ILC on the work of its forty-eighth session*, UN doc. A/51/10, 6 May-26 July 1996, p. 86, para. 156: "while the idea of codification of international law is associated with 'the more precise formulation and systematization of rules of international law in fields where there already has been extensive State practice, precedent and doctrine'".

[30] VILLALPANDO, *Codification Light*, above, pp. 127–128; CARREAU, MARRELLA, *Diritto internazionale*, above, p. 291; BOS*, Aspects phénoménologiques de la codification du droit international public*, in *Le droit international à l'heure de sa codification – etudes en l'honneur de Roberto Ago*, above, p. 141, p. 145; see also GUGGENHEIM, *Lehrbuch des Völkerrechts*, above, p. 152, pointing at the declaratory force of codifications in international law; ICJ, judgment of 20 February 1969, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark)*, in *I.C.J. Reports 1969*, p. 38.

[31] DAILLIER, FORTEAU, PELLET, *Droit international public*, 8ème éd., Paris, 2009, p. 367: "une opération de conversion de règles coutumières en un corps de règles écrites, systématiquement groupées"; GUGGENHEIM, *Lehrbuch des Völkerrechts*, above, p. 153: "Daneben besteht die rechtspolitische Tendenz, im Wege der Kodifikation die vollständige oder teilweise Abänderung des geltenden Rechts herbeizuführen"; VERDROSS, SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, above, p. 300: "systematisch formuliert, präzisiert und auf eine sichere Grundlage gestellt".

[32] For that distinction see ABI-SAAB, *La Commission du droit international*, above, p. 197.

of pre-existing customary legal rules[33]. In this case, codification would hardly facilitate legal certainty[34].

c) According to a mainstream approach taken under Article 13 of the UN Charter, codification should concern only customary international law "*at a sufficiently advanced stage in terms of State practice*"[35]. This approach expresses the effort to increase the persuasiveness of the instrument. As discussed above, persuasiveness can be increased in two ways, first, by a reference to an established legal tradition (conservativism), secondly, by codifying rules that can be inferred from generally accepted conceptions. Both approaches have been followed by the Austrian codification commission, taking into account comparative legal research as well as conservativism – both under the general orientation towards a rationalist conception of law. We accept that some authors believe that any reference to justice or other fundamental principles and conceptions is impossible since a search for shared conceptions will fail[36]. Nevertheless, we doubt that this holds true for any field affected by international law.

While a reference to existing practices *does not exclude* a search for a *persuasive inference*, purporting to compile and avoid any indications to content-related reflections excludes the possibility of making use of such persuasive force. This is driven by the feeling that any discussions about conceptions of law and legal objectives of international law could be understood as amendments or alterations to its content, which drafters of codification try to camouflage in order to avoid political activism by non-rational State representatives[37]. Nevertheless, such an approach to codification, *i.e.* compiling without content-related reflections, implies a specific notion of (international) law pointing to the totality of (randomly) accepted legal sources under (randomly) selected rules for the creation of law (*Rechtserzeugungsnormen*). According to such an approach, the creation of law is subject to what political actors

[33] VILLALPANDO, *Codification Light*, above, pp. 127–128; see also GUGGENHEIM, *Lehrbuch des Völkerrechts*, above, p. 152 pointing at the declaratory force of codifications in international law.

[34] See ZEMANEK, *Codification of International Law: Salvation or Dear End?* in *Le droit international à l'heure de sa codification*, above, p. 581, p. 583.

[35] *Report of the ILC Seventeenth session*, UN doc. A/73/10, 30 April-1 June 2018 and 2 July-10 August 2018, p. 10; see also Article 15 of the ILC Statute: "extensive State practice".

[36] See GUGGENHEIM, *Lehrbuch des Völkerrechts*, above, p. 14.

[37] See with further references: RAMCHARAN, *The International Law Commission*, above, pp. 89-90; see also the recent step taken by the Austrian government to join Hungary in not signing a UN global migration pact.

promulgate and only a recognized authority has the power to legislate: "Lawyers can help; they can do the donkey work, but the responsibility belongs to all of us, and of course particularly to the leaders of our nations"[38].

An opposite approach would entrust the *drafters of codification instruments* with additional tasks. It would be their task (1) to search for shared primordial conceptions, and (2) to translate primordial conceptions into specific rules. This, however, would not bring to an end the political debate about the possibile content of those rules. It is thus not advocated, so as to keep the process of drafting technical, neutral, or non-ideological[39].

d) Considerations about primordial conceptions and their implementation in international law would *align* the practical work of codifying international law with the need to elaborate a theoretical conception of the field of law subject to codification. Thinking first about a primordial concept of (international) law in the respective context could be a starting point for a codification project. To the extent that such shared conceptions can be identified, they would add persuasive force for the acceptance of the relevant codification instrument. Some ideas and structural elements contributing to shared approaches to international law and its primordial conceptions will be briefly presented.

Visscher distinguishes between the *foundation* ("fondement") of international law – referring to its primordial cause ("cause première (Ursache)") – and its *formal sources* ("sources formelles"): customary law and conventions[40]. Although connecting or transformative legal principles are not included in his description, the distinction clearly draws attention to principles that could serve as shared primordial conceptions of the law. Similar to what has been suggested by Coing[41] such conceptions can no longer be the rationalist conceptions of man. Moreover, this approach requires an examination of social and psychological realities. Discussion about general causes for the law and the search for a primordial conception has to include interdisciplinary

[38] BRIERLY, *Codification of International Law*, above, pp. 3-4.

[39] See for a summary of critiques against unpolitical lawmaking: PETERS, *Realizing Utopia as a Scholarly Endeavour*, in *European Journal of International Law*, 2013, pp. 540-542.

[40] VISSCHER, *La Codification du Droit International*, in *Collected Courses*, 1925, vol. 1, p. 329, p. 339.

[41] See COING, *Die Obersten Grundsätze des Rechts*, above, pp. 10-11.

research in order to understand international law in its historical and other contexts[42].

According to Mahiou, codification implies the evolutionary development of international law in accordance with its core objectives[43]. By searching and establishing principles and objectives that could give orientation to the institutionalisation of the international community, Mahiou advocates a bottom-up approach. This has a number of advantages. A top-down approach would make the conceptions of law and objectives of a codification explicit rather than fostering discussions about formal aspects and specific rules with implicit (non-articulated) notions of law and objectives; at the same time, however, it would require positive rules to be drafted. The advantage of having a discussion about conceptions is transparency, structure, and coherence. Mahiou proposes only a first step, namely a search for an objective or purpose that could provide an orientation for the drafters to codify the law relevant for the international community. Thus, he emphasizes harmonization on behalf of legal sources and the international actors and poses the question of whether the political integrative function of codification could work on an international level and supports universal integration as well[44].

A more general contribution can be derived from legal writings referring to a *shared belief* in a "universal framework of peace and justice" as the main objective of international law[45].

General principles of international law, as referred to in Article 38 of the Statute of the ICJ, cannot be simply equated with transforming principles as one element of a three-layer codification of a field of law based on a primordial notion of law. Locating the general principles of international law is difficult. Whereas some authors argue that general principles of international law shall be deduced from the law *in foro domestico*[46] and – more importantly – that they are part of a court-oriented approach to international law, others apply a top-down approach locating general principles of international law by reference to natural

[42] See with further references and discussion of dissenting ideas: TUNKIN, *Völkerrechtstheorie*, Berlin, 1972, pp. 256-257.

[43] MAHIOU, *Rapport général*, above, p. 16; for a strict distinction between development and codification: JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *International Law in the Past Third of a Century*, in *Collected Courses*, 1978, vol. 159, pp. 99-100; see further fn. 55.

[44] MAHIOU, *Rapport général*, above, p. 42.

[45] TOMUSCHAT, *International Law as the Constitution of Mankind*, in *International Law on the Eve of the Twenty-first Century*, New York, 1997, p. 50.

[46] VERDROSS, SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, above, p. 310.

law or generally accepted principles of justice and equity[47]. Unless an approach that advocates a particular reference to natural law or one single other conception of the law is adopted, current principles of international law are not derived from one primordial right and therefore they are not equal with transforming principles as they are intended by the codification theory. In this regard, it is important to be aware that the progressive development of international law can be achieved through judicial and State practice (partly guided by soft law instruments) which becomes relevant in a comparative study that might be conducted by international courts, whereas codification is regarded as a different mandate[48]. However, both tasks serve the fulfillment of the objective to complete the body of international legal sources and should contribute to the primary goals of the UN. To the extent that a distinction between codification and progressive development by judicial and State practice is perceivable, there is also an impact of State and judicial practice on codification since the former lead to the amendment of legal sources that are absorbed by compilation instruments. However, drawing a demarcation line between codification and legal development, whether or not fully achievable in practice, reduces the ability of codification to consider changes in an international legal framework and react to such changes.

e) The reference to *principles*, in general, seems to be easier than a search for shared primordial concepts[49]. In international law, general principles as contained in the Charter of the UN are referred to occasionally[50]. These principles, as it has been said above, are not equal to primordial rights on which codification efforts can be based[51].

Nevertheless, the Charter principles contribute to shaping the *institutional framework*. In the history of codification actors always have been determined and bound by more or less rigid institutional settings. The same applies to any codification in the domain of international law. This can be perfectly illustrated by the limits and the mandate which is

[47] See *e.g.* HENKIN, *International Law: Politics, Values and Functions*, in *Collected Courses*, 1989, vol. 216, p. 61.

[48] A strict separation in the practical work of the ILC, however, is not feasible; see FLEISCHHAUER, SIMMA, *Art. 13*, above, p. 530; TOMUSCHAT, *ILC Die Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen*, above, p. 332.

[49] See with further references PETERS, *Realizing Utopia as a Scholarly Endeavour*, above, p. 534.

[50] See *e.g.* Article 52 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969) "A treaty is void if its conclusion has been procured by the threat or use of force in violation of the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations."

[51] Similar, RAMCHARAN, *The International Law Commission*, above, p. 87.

applicable to the ILC. Already in the constitutional documents of the ILC, the Commission has been awarded a limited role bound to the instructions given by the General Assembly. It furthermore operates within the constitutional legal framework of the Charter of the UN[52]. Thus, the most reasonable guidance to identify a general conception of law could be found in the principles set out in Articles 1 and 2 of the UN Charter[53].

As shown above, the principles refer to the *objectives* of international law. Objectives may lead to a primordial conception but may not necessarily do so. As such, the principle *pacta sunt servanda* could be a rule translating a primordial conception into specific provisions[54]. *Pacta sunt servanda* is, however, not by itself a primordial concept but has close links to other concepts and principles, such as sovereignty. In international law, it seems that principles, rules, and primordial concepts are not clearly delineated[55]. In addition, three remarks can be made: (1) several principles are subject to different interpretations since they lack a clarificatory explanation; (2) principles lack a close connection with the specific rules, in particular, due to the lack of a second layer translating abstract objectives into specific rules; (3) principles do not seem to be stipulated on grounds of a clear conception of actors of international law, which are the final representatives of the subjects and their motivations.

4. Coordination and uniform interpretation

International law instruments should preferably be interpreted *uniformly*. Furthermore, they should allow coordination with other instruments, and avoid possible contradictions. Compiling pre-existing

[52] See TOMUSCHAT, *ILC Die Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen*, above, p. 333.

[53] See General Assembly, resolution 1686 (XVI) of 18 December 1961; Preamble of the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969).

[54] If one denies the existence of primordial conceptions of law beyond a positivist notion, principles, however, become the only framework of a piece of legislation/codification. See *e.g.* KELSEN, *Principles of International Law*, 2nd ed., New York, 1966, pp. 557-558.

[55] See *e.g.* the rule of Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969) providing under the heading "*pacta sunt servanda*" that: "Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith." Although this is a specific provision, it is regarded as an expression of the principle of equity to which, according to doctrine it should refer (RAMCHARAN, *The International Law Commission*, above, p. 171).

customary law without any alteration and amendment does not sufficiently contribute to enhanced coordination and uniform interpretation of international law instruments. Similarly, persuasiveness increases when codification includes rules inferred from conceptions and objectives found in other instruments. Shared conceptions in different instruments allow for a harmonised judicial interpretation. Since interpretation follows the respective perception of a legal instrument, inferences to shared conceptions might support judicial harmony and a more uniform interpretation. On the other hand, taking a more progressive approach, *e.g.* increasing the persuasive force of an instrument by aligning its rules with those of other international law instruments, could result in conflicts with State actors refusing amendments and alterations of recognized sources.

5. Concluding remarks

Law is applied as it is *perceived and expected* to be. The same holds true for international law. Taking this perspective as a starting point, it is suggested that the codification of a particular field of international law requires that an international law instrument contains perceptions and expectations shared among its addressees.

There is, I suggest, especially in contemporary international law, a need for *persuasiveness and acceptance*. Whereas on the one hand, persuasiveness can be achieved in a formal way, *i.e.* making sure that the instrument can be regarded as a source of international law under certain authoritative definitions (*e.g.* Article 38 of the Statue of the International Court of Justice), on the other hand persuasiveness requires that perceptions and expectations of the actors are met. One way to achieve such an objective is to create rules that can be inferred from shared objectives and principles.

Identifying a shared *primordial concept of law*, albeit probably an illusion, has a number of consequences in practice. Its basis is a belief in the existence of (international) law other than being the totality of (randomly) accepted legal sources under (randomly) selected rules for the creation of law (*e.g.* Article 38 of the Statue of the International Court of Justice). Insofar as it can be agreed upon, such a concept would allow international lawmakers to infer what specific rules would serve the objectives and reflect the conceptions of the law in the relevant field.

However, international law, being applicable to actors with diverse cultural and/or religious identities and experiences, faces in this respect

numerous additional *challenges*. Consequently, any discussion on conceptions and perceptions will often end with little shared conceptions and understandings of what the law is. Nevertheless, it should be the aim of any codification endeavour to give the actors an understanding of various perceptions and expectations as well as shared objectives and conceptions. Provided that a shared primordial concept is achievable, it is the task of the lawyers to master the drafting of an instrument that meets perceptions and expectations about diverging inferences from the shared common understanding. Drafting such landmark instruments requires moving a step forward from the mere textualization or compilation of pre-existing normative language. Thus, in the framework of the work of the ILC on *ius cogens*, "[a] significant number of States noted that while there was a general acceptance of the concept of *ius cogens*, its precise scope and content remained unclear. Many of these States took the view that the Commission's study of the topic could help bring clarity to international law relating to *ius cogens*"[56].

The function of persuasive but not necessarily authoritative (in a normative meaning) instruments is an intermediate one, building a new consciousness[57], preparing a potential ground for a primordial conception and transforming principles.

[56] TLADI, *First report on* jus cogens, UN doc. A/CN./693, 2 May-10 June and 4 July-12 August 2016, p. 5, para. 8.

[57] ZEMANEK, *Codification of International Law*, above, p. 601.

PARTE SECONDA

IL RUOLO DELL'ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE NELLA CODIFICAZIONE

ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE, CODIFICAZIONE E COGNIZIONE DEL DIRITTO NON SCRITTO

Lorenzo GRADONI*

SOMMARIO: 1. Autorità assente, verità precarie. – 2. Stratagemma della consuetudine. – 3. Lo scettro della codificazione. – 4. *Hỳbris*. – 5. Epilogo.

1. Autorità assente, verità precarie

Il 21 maggio 1945, intorno alle ore 20.43, la Commissione II/2 della Conferenza delle Nazioni Unite sull'organizzazione internazionale decise a larga maggioranza di affidare all'Assemblea generale il compito di promuovere la codificazione del diritto internazionale. Nel corso della stessa seduta, l'organo si pronunciò quasi unanime contro l'attribuzione, alla stessa Assemblea, di un potere normativo generale da spartire con il Consiglio di sicurezza[1].

Questa duplice determinazione confermava la tendenza, emersa nel periodo tra le due guerre mondiali, a iscrivere la codificazione del diritto internazionale in uno spazio istituzionale privo di legislatore[2]. In questo

* Senior Research Fellow, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law.

[1] United Nations Conference on International Organization, *Documents*, vol. 9, p. 69 s. Il "quesito 3" era così formulato: "Should the Assembly be authorized to enact rules of international law which should become binding upon members after such rules shall have been approved by the Security Council?".

[2] Sottolinea questo aspetto, tra gli altri, CASTRÉN, *La codification du droit international*, in *ILA Conference Reports*, 1966, p. 11 ss., p. 12. Come scriveva TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1976, p. 9 s., "[l]e tecniche e le ideologie della codificazione" sono espressione "dell'incontro del fenomeno istituzionale costituito dall'accentramento del potere legislativo e amministrativo, con il fenomeno culturale costituito dalla raffigurazione dell'organizzazione politica come organizzazione legale". Nella sfera internazionale solo il secondo elemento è inequivocabilmente presente. È forse soprattutto con il cenno alla codificazione infine inserito nella Carta delle Nazioni Unite che si scongiurò l'apparente oblio del diritto internazionale da parte delle grandi potenze al termine del secondo conflitto mondiale (cfr. KELSEN, *The Old and the New League: The Covenant and the Dumbarton Oaks Proposals*, in *AJIL*, 1945, p. 45 ss., p. 46). Si potrebbe pensare che per il diritto internazionale, come per il diritto ebraico, un altro diritto senza Stato, la codificazione sia stata elemento-chiave di una strategia di so-

spazio, che è quello dell'organizzazione internazionale universale a scopo generale, la cui vicenda storica si apre con la fondazione della Società delle Nazioni, teoria e prassi della codificazione instaurano un rapporto privilegiato con la cognizione del diritto non scritto. A noi questo connubio sembra naturale: cos'altro potrebbe significare "codificare", se non esprimere il diritto consuetudinario in forma scritta? Si tratta invece di una peculiarità che, oltre a distinguere il diritto internazionale da altri ambiti dell'esperienza giuridica moderna, comincia a prendere forma in tempi abbastanza recenti.

Nel 1947 Gilbert Gidel confessò ai colleghi dell'Institut de Droit international di ritenere l'art. 13 della Carta delle Nazioni Unite illogico perché anteponeva lo sviluppo progressivo alla codificazione[3]. Se leggere la formula al contrario è ormai una vecchia abitudine – codificazione, *sed etiam* sviluppo progressivo – all'epoca i significati avevano appena cominciato a mutare. Nei primi anni Trenta, James Brierly considerava la codificazione uno strumento per promuovere lo sviluppo progressivo del diritto internazionale e non il migliore[4]. "La codification, c'est la philosophie de la volition créatrice et du plan réfléchi se substituant à la philosophie de l'évolution par modifications partielles et successives"[5], scriveva Émile Boutmy, in sintonia con l'anticodificazionismo diffuso tra i giuristi anglosassoni. Codificazione era sinonimo di innovazione radicale, rischiosa. L'incedere progressivo della giurisprudenza ne era l'antitesi.

Invertendo la formula, si invertirono anche i significati. E fu così che la codificazione, da idolo polemico del *common lawyer*, si tramutò – come si legge in un testo pubblicato nel 1951 dall'Accademia delle scienze sovietica – in strumento di legittimazione dell'imperialismo anglo-americano[6]. L'arrocco convenzionale dei sovietici, ossia la loro pretesa di pattuire il diritto generale, fu una reazione all'idea, cara all'avversario, secondo cui vi era un diritto internazionale oggettivo, non scritto, in attesa di essere scientificamente ricostruito. Quest'idea, però, è emersa prima dell'inizio della Guerra Fredda – come vedremo, risale ai tardi anni Venti del secolo scorso – ed è il frutto di un dramma storico

pravvivenza: cfr. SCIALOM, *Anthologie de droit hébraïque: sources et codification*, Paris, 2017, p. 88.

[3] *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1947, p. 246.

[4] BRIERLY, *The Future of Codification*, in *British Yearbook of International Law*, 1931, p. 1 ss., p. 2.

[5] Cit. da OPPETIT, *De la codification*, in BEIGNIER (sous la direction de), *La codification*, Paris, 1996, p. 7 ss., p. 17.

[6] ROSENNE, *The International Law Commission, 1949-59*, in *British Yearbook of International Law*, 1960, p. 104 ss., p. 155.

più persistente: quello della legislazione internazionale, o meglio, del suo mancato avvento. Il nesso è tuttavia più intricato di quanto si possa pensare.

In mancanza di un legislatore universale, di un organo in grado di imporre il codice, che è per definizione norma valida per tutti, è naturale che si assegni un ruolo-chiave alla conoscenza di un diritto generale preesistente che, in quanto tale, necessita solo di essere trascritto. La codificazione del diritto internazionale sembra dunque nascere nel segno della *veritas*, più che in quello dell'*auctoritas*. Se, per ipotesi, l'*auctoritas* risiede nella comunità degli Stati, sta di fatto che non potrebbe esprimersi mediante legge. L'esistenza di norme generali, né poste né ponibili, è dunque presupposta, assieme alla loro conoscibilità. E poiché a conoscere è il dotto, si capisce perché sul fronte della codificazione, in prima linea, c'è sempre stata – e resiste – la dottrina, con o senza crismi di ufficialità, tra *sociétés savantes*, come l'Institut de Droit international, singoli studiosi – da Jeremy Bentham ad Alejandro Alvarez – e organi internazionali di esperti indipendenti come la Commissione del diritto internazionale. Qual è l'oggetto di questa conoscenza?

A noi sembra ovvio che l'attività conoscitiva funzionale ai processi di codificazione abbia a oggetto la consuetudine o altre forme di diritto non scritto che si prestano a constatazioni di fatto. È ritenuta ormai fuori luogo l'idea, che era invece dominante nell'epoca d'oro della codificazione, secondo cui la verità è da ricercare nella ragione e non nel confuso dominio dell'empiria. Singolare destino quello del diritto internazionale: contro il particolarismo giuridico (l'intricato reticolo di promesse e patti) dispiega la consuetudine, proprio la fonte che, nella storia delle codificazioni moderne, di quel particolarismo è sempre stata considerata il ricettacolo. "The customary law will thus be destroyed indeed: but how?", si chiedeva Bentham, alludendo all'esito finale del processo di codificazione. Rispondeva: "As the old king in the fable by the pious care of his children was destroyed: by changing a life of decrepitude and deformity into a life of strength and beauty"[7].

Con buona pace di Bentham, nel diritto internazionale la consuetudine perpetua il suo regno nel cuore stesso del processo di codificazione. A tal punto, che una norma codificata incrementa il proprio valore giuridico (di per sé potrebbe non averne alcuno) se rispecchia una norma consuetudinaria, la quale, come si sa, può "cristallizzarsi" anche durante o dopo il processo di codificazione ed eventualmente per sua causa. Come ha scritto Manuel Diez de Velasco, "la codification du Droit des gens

[7] BENTHAM, *Of Laws in General*, London, 1970, p. 236.

peut se représenter comme une succession de cycles dont chacun a dans le *ius non scriptum* à la fois son point de départ et son dénouement"[8]. Non si potrebbe essere più lontani dal principale caposaldo delle codificazioni illuministiche, quello per cui il codice abroga il diritto non scritto o comunque ne vieta l'uso a fini integrativi, poiché "la legge deve essere espressione di una ragione che i diritti storici non esprimevano"[9].

"La codification", scriveva Jean Carbonnier, "est plus qu'un multiple de la loi: il y a en elle un esprit de système et de totalité, une intention de renouveau politique, en même temps qu'un espoir d'arrêter le cours de l'histoire"[10]. Nell'ordinamento internazionale, che dello strumento della legge è privo, l'anello consuetudine-codificazione-consuetudine sembra infrangibile ed è persino rinforzato – altra circostanza peculiare – dall'egemonia del positivismo giuridico, *nonostante* l'estraneità della consuetudine al diritto posto. La teoria positivistica del diritto, del resto, estende il suo dominio oltre la sfera dello *ius positum*, sino a includervi tutto il diritto la cui esistenza è *ritenuta* empiricamente verificabile, requisito che la consuetudine internazionale sembrerebbe soddisfare.

Gli studiosi di diritto internazionale sanno bene a quali incertezze dà luogo la rilevazione del diritto consuetudinario; nondimeno, tengono ferma l'idea che procedere all'*accertamento* della consuetudine è un'operazione sensata. Né potrebbe essere altrimenti, poiché la verificabilità empirica è parte integrante del concetto di consuetudine. Non è, essa stessa, un fatto che si possa smentire. È una regola del gioco linguistico[11]. Il problema è che questa regola coesiste *in tensione* con un precetto di pari forza – anch'esso, cioè, appartenente alla grammatica del gioco linguistico – il quale esclude la possibilità finanche di concepire un protocollo di accertamento della consuetudine, ossia di uno o più criteri oggettivi di verifica la cui applicazione produrrebbe risultati tenden-

[8] DIEZ DE VELASCO VALLEJO, *Législation et codification dans le droit international actuel*, in *Le droit international à l'heure de sa codification. Études en l'honneur de Roberto Ago*, Milano, 1987, p. 247 ss., p. 259.

[9] TARELLO, *op. cit.*, p. 37. Cfr. BOS, *Aspects phénoménologiques de la codification du droit international public*, in *Le droit international à l'heure de sa codification*, cit., vol. I, p. 141 ss., p. 145, il quale riferendosi alla peculiare posizione del "codificateur du droit international", commette un anacronismo quando afferma che "[t]oute intention d'abrogation du droit international coutumier […] lui a été étrangère", e che il suo compito "en est d'autant plus lourde et le terme même de codification prend un sens très différent de celui qu'il revêt dans le milieu national". Si veda, per esempio, NYS, *The Codification of International Law*, in *AJIL*, 1911, p. 871 ss., p. 876, il quale prospetta piuttosto la "substitution of international custom by a written international law".

[10] CARBONNIER, *Droit civil: introduction*[22], Paris, 1994, p. 199.

[11] HAMILTON, *Wittgenstein and* On Certainty, London, 2014, p. 6.

zialmente incontrovertibili. Se tali criteri di riconoscimento esistessero, infatti, allora *parleremmo* di un altro tipo di fonte. Nel concetto di consuetudine, dunque, verificabilità empirica e impossibilità di verifica coesistono.

L'incertezza connaturata al gioco linguistico della consuetudine rende tuttavia precaria la collocazione del processo di codificazione nel quadrante della *veritas* (che, come si è detto, dipende strutturalmente dell'assenza di un'autorità legislativa) e tende ad attrarlo verso il polo dialettico opposto, quello dell'*auctoritas*. Questa indecisione tra pretese di autosufficienza scientifica e arroccamenti presso un'autorità è esemplificata con rara efficacia dal memorandum che nel 1947 il Segretariato delle Nazioni Unite mise a disposizione del cosiddetto Comitato dei Diciassette, un organo intergovernativo *ad hoc* cui si deve la proposta di istituire la Commissione del diritto internazionale[12]. Alla codificazione mediante trattato il Segretariato preferiva i *restatements*, il cui valore dipende "entirely on […] scientific merit". La loro pubblicazione "under the imprimatur of the United Nations" ne avrebbe senza dubbio aumentato l'impatto presso "statesmen and judges", senza nulla togliere al loro "intrinsic value" e fermo restando che "[t]heir authority will be increased if they are adopted by resolutions of the General Assembly"[13]. Nello spazio di poche righe il pendolo dell'argomentazione oscilla due volte tra *veritas* e *auctoritas*, come se nessuno dei due poli dialettici fosse capace di attrarre stabilmente il discorso sulla codificazione. Entrambe deboli e imperfette, la verità del diritto non scritto e l'autorità dell'organizzazione internazionale appaiono, in questo contesto, bisognose di mutuo sostegno.

A settant'anni dall'inaugurazione della Commissione, l'organizzazione internazionale è ormai percepita come sede naturale del processo di codificazione. Di una "vocation naturelle à la codification du droit international" scriveva già nel 1926 Charles De Visscher, riferendosi alla Società delle Nazioni, ente che, a suo avviso, realizzava tra i suoi Membri "une communauté juridique qui ne trouvera son épanouissement que dans le développement progressif du droit international"[14]. Il pronostico di De Visscher sottendeva un'analogia tra organizzazione internazionale

[12] Si tratta del Committee on the Progressive Development of International Law and its Codification, sul quale v. ROSENNE, *The International Law Commission*, cit., p. 112 ss.

[13] *Methods for Encouraging the Progressive Development of International Law and its Eventual Codification*, in *AJIL*, 1947, Suppl., p. 111 ss., p. 116.

[14] DE VISSCHER, *La codification du droit international*, in *Collected Courses*, 1925, vol. 6, p. 325 ss., p. 329 s.

e Stato: se l'accentramento del potere nelle mani dello Stato aveva reso possibile la codificazione su scala nazionale, la fondazione della Società delle Nazioni suggeriva che la solidarietà tra Stati poteva offrire sostegno a un processo di codificazione altrettanto incisivo a livello internazionale[15]. Quella di De Visscher era, però, un'opinione minoritaria.

L'incontro tra organizzazione internazionale universale e codificazione era avvenuto in un'atmosfera di diffidenza reciproca che, prevalente nell'immediato dopoguerra e aggravata dal catastrofico esito della Conferenza di codificazione promossa dalla Società delle Nazioni, comincerà a diradarsi solo dopo la seconda guerra mondiale. Nel 1920 l'Assemblea della Società aveva respinto la proposta, formulata dal Comitato consultivo di giuristi, di convocare una "Conference for the advancement of International Law"[16]. Si temeva che l'iniziativa evidenziasse il persistere di gravi conflitti tra gli Stati[17]. Poiché la Società aveva in seguito "conquis des titres à l'activité législative internationale"[18], le ragioni della cautela – insisteva De Visscher – erano venute meno. Questa era, del resto, l'opinione espressa dall'Assemblea stessa nel 1924: "the experience of five years has demonstrated the valuable services which the League of Nations can render towards rapidly meeting the legislative needs of international relations"[19]. Se è vero che le iniziative di codificazione potevano giovarsi del sostegno politico-amministrativo della Società, è altrettanto vero che quest'ultima, ente ancora bisognoso di dimostrare il proprio peso politico e morale, fu in qualche modo costretta ad assumere la guida del processo di codificazione, nonostante lo scetticismo prevalente nei circoli diplomatici[20].

La diffidenza della dottrina nei confronti dell'organizzazione internazionale era persino più intensa ed era alimentata dal sospetto che il nuovo ente non fosse distinguibile dai tradizionali consessi diplomatici, ritenuti dai dotti poco propizi all'assunzione di atteggiamenti imparziali,

[15] Ivi, p. 378. Secondo KEENE, *The Treaty-Making Revolution of the Nineteenth Century*, in *International History Review*, 2012, p. 475 ss., p. 496, esiste un nesso tra l'ideologia della codificazione sviluppatasi in ambito nazionale e il ricorso sempre più frequente, a partire dall'Ottocento, al trattato come strumento di disciplina delle relazioni internazionali.

[16] Cfr. *Historical Survey of Development of International Law and its Codification by International Conferences*, in *AJIL*, 1947, Suppl., p. 29 ss., p. 102 s.

[17] DHOKALIA, *The Codification of Public International Law*, Manchester-Dobbs Ferry, 1970, p. 116.

[18] DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 333.

[19] *Historical Survey of Development of International Law and its Codification by International Conferences*, cit., p. 103.

[20] V., ad es., RODGERS, *What Parts of International Law May Be Codified?*, in *AJIL*, 1926, p. 457 ss.; v. anche oltre, note 56-57 e testo corrispondente.

alla tutela dell'interesse generale e al sereno esercizio di speciali competenze. Con la Società delle Nazioni trionfava l'idea federale – come pensava, tra gli altri, Louis Le Fur[21] – oppure aveva ragione Roberto Ago nel ritenere che quelli che apparivano come "l'organo legislativo e l'esecutivo di una grande entità superstatuale, non erano in realtà che delle vere e proprie conferenze diplomatiche, una generale ed una più ristretta"[22]? Il legislatore, tradizionale interlocutore dei fautori della codificazione, era senza dubbio ancora assente.

Nella sfera del diritto internazionale la codificazione disegna una traiettoria speculare rispetto a quella generalmente seguita in sede interna. Qui, il sovrano dapprima promuove la redazione di consuetudini locali e del regno per poi abbracciare una metodologia compiutamente razionalista[23]; là, circola dapprima l'idea di un codice completo e definitivo, proiezione quasi automatica di elaborazioni culturali compiute all'ombra dello Stato, dopodiché si ripiega sulla consuetudine[24]. Solo che, mentre lo Stato pre-illuminista organizza l'accertamento e la convalida del diritto non scritto affidandoli a un complesso di autorità locali e centrali gerarchicamente ordinato[25], il diritto internazionale non riesce a produrre un'analoga strutturazione dell'autorità, per cui in esso diviene centrale, almeno ideologicamente, il confronto diretto con i dati dell'esperienza – un'esperienza non elementare – e prospera, quindi, una retorica dell'*expertise*[26]. L'emersione di questo modo di concepire la consuetudine non può essere datata con assoluta precisione. È certo, tuttavia, che nei tardi anni Venti del secolo scorso erano ancora rari gli internazionalisti che "adoravano la divinità del diritto non scritto", per riprendere un'espressione di Bentham[27].

[21] LE FUR, *Fédéralisme et Union européenne*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1942-1943, p. 12 ss., p. 12.

[22] AGO, *L'organizzazione internazionale dalla Società delle Nazioni alle Nazioni Unite*, in *Comunità internazionale*, 1946, p. 5 ss., p. 7.

[23] Cfr. GAZZANIGA, *Le code avant le code*, in BEIGNIER, *op. cit.*, p. 21 ss.; FILHOL, *La rédaction des coutumes en France au XV^e^ et XVI^e^ siècles*, in GILISSEN (sous la direction de), *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent*, Bruxelles, 1962, p. 63 ss., p. 78.

[24] Sulle iniziative individuali di matrice illuminista v. DEGAN, *L'affirmation des principes du droit naturel par la révolution française: le Projet de Déclaration du Droit des Gens de l'abbé Grégoire*, in *Annuaire français de droit international*, 1989, p. 99 ss.; NYS, *op. cit.*, pp. 884, 898; DHOKALIA, *op. cit.*, p. 37 ss.

[25] GAZZANIGA, *Rédaction des coutumes et codification*, in *Droits*, 1997, p. 73 ss.

[26] GRADONI, *Un-procedural Customary Law*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2019 (in corso di pubblicazione).

[27] La frase, citata in NYS, *op. cit.*, p. 880, compare in una lettera risalente al 1820 e indirizzata al letterato e politico spagnolo José Joaquín de Mora.

2. Stratagemma della consuetudine

"Voi non avete codificato, bensì distrutto il diritto internazionale"[28]. Alejandro Alvarez riferì di aver udito un illustre collega pronunciare queste parole a margine della Conferenza di codificazione indetta dalla Società delle Nazioni. I promotori della Conferenza erano stati messi in guardia.

Il 16 ottobre 1929, pochi giorni prima del Martedì Nero e in un luogo non troppo lontano dal New York Stock Exchange, l'Institut de Droit international aveva approvato, con il decisivo concorso di Alvarez, una "Déclaration relative à la codification du droit international". Il testo accoglieva con malcelato sospetto l'incipiente impegno dell'organizzazione internazionale sul terreno della codificazione del diritto delle genti (espressione allora in auge tra i membri dell'Institut)[29]. Nella "Déclaration", in effetti, le assicurazioni di "sympathie" rivolte alla Società delle Nazioni non attutiscono il senso di pericolo e di scandalo provocato da ciò che i membri dell'Institut percepivano come un'usurpazione ai danni della scienza. "L'œuvre de codification ne peut être réalisée" – ammoniva l'Institut – "que si la détermination [d]es règles est tout d'abord entreprise par des organismes scientifiques", cioè preceduta da una "préparation scientifique indépendante, elle-même appuyée sur l'observation, la jurisprudence et la doctrine"[30]. Solo questo procedimento avrebbe garantito che le scelte compiute in sede di codificazione sarebbero state determinate, non "par des considérations d'intérêt politique, mais par le sentiment de la maturité juridique des règles à la suite du progrès de la doctrine et la jurisprudence"[31]. La codificazione, secondo l'Institut, doveva ispirarsi ai "principes fondamentaux du Droit des Gens tels qu'ils se dégagent des conditions de la vie contemporaine et du progrès de l'esprit international"[32]. A questi antenati, non così remoti, era estranea l'idea secondo cui la codificazione deve passare per i meandri della consuetudine.

Offerte le dovute precisazioni sul metodo, l'Institut si proponeva di passare all'azione, lungo due direttrici. Occorreva anzitutto aggiornare e riordinare in un testo unico, "pour former un code", i "projets fragmentaires" sin lì realizzati, per poi sottoporlo all'attenzione dei governi. In

[28] ALVAREZ, *Impressions Left by the First Hague Conference for the Codification of International Law*, in *Transactions of the Grotius Society*, 1930, p. 119 ss., p. 120.
[29] *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1929, vol. II, p. 312 ss.
[30] *Ibidem*.
[31] Ivi, p. 313.
[32] *Ibidem*.

secondo luogo, l'Institut, preso atto della circostanza che gli Stati "entreprennent la grande œuvre de la codification" (difficile non avvertire qui una punta di sarcasmo), si proponeva di stabilire un indice di tutte le materie da includervi, "suivant l'état actuel de la science"[33]. Insomma, l'opera di codificazione era già in sostanza compiuta. Le organizzazioni internazionali giungevano in ritardo. Il loro zelo neofita, però, rischiava di far apparire inadeguata l'opera dell'Institut, per cui era ormai improcrastinabile l'edizione di "un corps de règles, sous des principes déterminés" [34]. D'altro canto, l'Institut doveva intervenire per guidare l'iniziativa dei governi e scandirne i tempi, nella sua veste di interprete privilegiato dello "stato attuale della scienza".

La "Déclaration" reca l'inconfondibile impronta di Alvarez. Poco prima della sua adozione, egli, in qualità di *rapporteur*, aveva preso la parola davanti alla prima commissione dell'Institut per difendere un'idea radicale di codificazione, di matrice illuministica, non priva di connotazioni palingenetiche (alimentate dalla memoria della guerra) e quanto mai lontana dall'attuale culto della consuetudine[35]. Il dibattito tra i membri quasi tutti europei della commissione – raccontò Alvarez – era già cominciato a bordo del transatlantico. La convinzione che fosse necessario "reconstruire le Droit international", motivo a lui caro, aveva profondamente scosso non pochi compagni di viaggio, i quali gli avevano fatto notare "que la reconstruction suppose une dévastation, une destruction, la ruine d'un territoire, d'une maison", mentre a loro avviso il diritto internazionale non era così malridotto[36]. L'idea secondo cui l'edificio del diritto internazionale può resistere anche al più grave dei conflitti, come vedremo, prenderà la sua rivincita dopo la seconda guerra mondiale. All'epoca, il radicalismo di Alvarez poteva ancora prevalere dentro un'istituzione conservatrice come l'Institut: "il faut enfin déterminer les bases fondamentales du Droit international: ce qui à trait aux sources de ce Droit, à son interprétation, etc."[37]. Per il giurista sudamericano, codificare non significava per nulla trascrivere la consuetudine bensì, anzitutto, stabilire come collocarla nel sistema delle fonti.

L'idea che ci si dovesse limitare a redigere il diritto vigente, in nome di un conservatorismo che egli imputava soprattutto alla cultura giu-

[33] Ivi, p. 314.
[34] Ivi, p. 313.
[35] *La codification du droit international, rapport de M. Alvarez*, in *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1929, vol. I, p. 1 ss., p. 12: "la période actuelle est favorable pour procéder à cette œuvre car l'expérience enseigne que c'est après les grands cataclysmes sociaux que l'on procède à des réformes hardies".
[36] *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1929, vol. II, p. 274.
[37] Ivi, p. 274 s.

ridica anglosassone, era per Alvarez inaccettabile[38]. La dottrina – e l'Institut in testa – doveva ripartire non da vecchie prassi inerti ma dalla fondazione di una "nouvelle science, qu'on pourrait appeler 'science des rapports internationaux'", ricca di apporti che noi oggi chiameremmo interdisciplinari[39]. Intonando un involontario canto del cigno della *scientia iuris*, Alvarez invitava l'Institut, "grande autorité mondiale pour tout ce qui concerne le Droit des Gens", a promuovere una federazione di tutte le *sociétés savantes*, una concentrazione massima del potere della scienza il cui scopo sarebbe stato realizzare "cette grande œuvre de la reconstruction et de la codification […] en relativement peu de temps"[40].

Non tutti i membri dell'Institut condividevano l'entusiasmo di Alvarez per la codificazione.

Albert de Geouffre de La Pradelle, che con Alvarez condivise il ruolo di *rapporteur*, era convinto che, stante l'assenza di un legislatore internazionale, "le progrès du droit des gens" dovesse essere cercato "moins par la codification que par l'arbitrage"[41]. Anch'egli tuttavia pensava che, sul piano internazionale, l'*officium* della codificazione spettasse a un consesso scientifico, possibilmente unico, ancorché incapace di imporre le sue determinazioni: "le codificateur international ne peut ordonner, mais persuader"[42]. Il diritto avrebbe soggiogato la politica, non attraverso uno scontro frontale dagli esiti alquanto incerti, bensì grazie a una manovra a tenaglia, lenta ma inesorabile: da un lato l'azione della giurisprudenza arbitrale; dall'altro i consigli di "une assemblée scientifique, qui décide à la majorité" e che può, pertanto, "aller plus vite et plus loin qu'une réunion d'Etats qui ne se lient tous qu'à l'unanimité"[43].

Proprio De La Pradelle aveva chiesto di enfatizzare la distinzione tra "unanimité, loi des assemblée diplomatiques" e "majorité, loi des corps scientifiques"[44]; idea per la verità singolare, se non altro perché, come Jules Basdevant fece notare, lasciava intendere "que ce qui est adopté par la majorité des membres d'une organisation scientifique a force de vérité"[45]. Nella psicologia di alcuni membri dell'Institut gli uomini di scienza erano inclini al dialogo e disposti ad accettare l'opinione altrui, se sorretta da una maggioranza, mentre i rappresentanti degli Stati si dedicavano all'ostruzionismo con il pretesto del principio di unanimità. Gli

[38] *La codification du droit international, rapport de M. Alvarez*, cit., p. 13.
[39] Ivi, pp. 19, 153.
[40] Ivi, p. 154.
[41] *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1929, vol. II, p. 276.
[42] Ivi, p. 276.
[43] Ivi, p. 277.
[44] Ivi, p. 283.
[45] Ivi, p. 283.

scienziati del diritto (come Alvarez) o i giurisprudenti (come De La Pradelle) si ritenevano anch'essi dei politici, ma più colti e capaci di escogitare efficaci stratagemmi contro i detentori del potere.

La traccia di un primo stratagemma si rinviene nell'originario progetto di dichiarazione, dove si afferma che la scienza dell'Institut, una volta messa in forma di codice, sarebbe servita non solo a informare eventuali iniziative dei governi ma anche, immediatamente, come "avis scientifique" diretto "aux juges". Fu Basdevant a richiedere la soppressione dell'inciso. Era evidentemente inopportuno lasciare intendere che l'Institut non considerava i governi interlocutori unici o privilegiati. I due *rapporteurs* accettarono la modifica senza discutere[46].

Proprio il prudente Basdevant era stato scelto per presiedere il comitato di cinque persone "possessing a wide knowledge of international practice, legal precedents, and scientific data" nominate nel 1927 dal Consiglio della Società delle Nazioni su impulso dell'Assemblea[47]. In contrasto con i toni autocelebrativi dell'Institut, il comitato improntò la propria azione al più rigoroso *understatement*. Chiamato a predisporre "bases of discussion" a beneficio degli Stati partecipanti alla Conferenza, l'organo tenne a precisare che i suoi testi erano "in no way proposals made by the Committee", quanto piuttosto "the result of the Committee's study of the Government replies and of its endeavour to harmonize the views therein expressed"[48]. Niente di più, insomma, di una "classificazione" delle prese di posizione degli Stati[49]. È qui che comincia a delinearsi il secondo stratagemma, anch'esso destinato, come e più di quello dell'alleanza con i giudici, a classicizzarsi.

La prassi degli Stati è documentabile. La dottrina ne tiene traccia e, nella misura del possibile, senza forzature, le ricompone in un quadro armonico, senza scomodare i principi fondamentali (*scientia iuris*) o la giustizia del caso concreto (*iurisprudentia*), bensì attenendosi al dato empirico. A cogliere questi speciali fatti è un apparato cognitivo addestrato, quello di un esperto, il quale, in virtù della sua competenza, può mettere gli Stati di fronte all'evidenza di *fatti che essi stessi hanno pro-*

[46] Ivi, p. 287.

[47] La risoluzione dell'Assemblea, datata 27 settembre 1927, è riprodotta in *Historical Survey of Development of International Law and its Codification by International Conferences*, cit., p. 105 ss. In tema v. CONETTI, *Gli organi per la codificazione progressiva del diritto internazionale nella Società delle Nazioni*, in *Le droit international à l'heure de sa codification*, cit., vol. I, p. 231 ss.

[48] *First Report Submitted to the Council by the Preparatory Committee for the Codification Conference*, in *AJIL*, 1930, Suppl., p. 1 ss.

[49] *Second Report Submitted to the Council by the Preparatory Committee for the Codification Conference*, ivi, p. 3 ss.

dotto, forse inconsapevolmente o senza calcolare le conseguenze. Il comitato giunge persino a prospettare la scoperta di *sovradeterminazioni* del diritto internazionale vigente mediante anamnesi degli Stati: "the replies of certain Governments are such – owing to the details they contain – as to define the present state of international law with greater clearness than heretofore"[50]. Interrogati dal comitato, gli Stati lasciano emergere un *surplus* di elementi normativi latenti in ciò che ha già avuto luogo. L'accento è posto, per la prima volta in modo deciso, sul diritto esistente. Il comitato è persino pronto a sfruttare la tendenza degli Stati a presentare *tatticamente* le loro pretese e opinioni come conformi al diritto non scritto, semplicemente prendendoli in parola[51].

L'Assemblea della Società aveva ordinato di non limitarsi alla registrazione di "existing rules" ma di puntare, altresì, ad adattarle "as far as possible to contemporary conditions of international life"[52]. Alvarez avrebbe assentito. Il comitato presieduto da Basdevant, invece, senza ammetterlo, era propenso a ridurre il processo di codificazione alla logica del *restatement*. La prospettiva della stipula di una convenzione avrebbe allertato le coscienze dei governi, mettendo a repentaglio la strategia consistente nel comporre un dossier a loro carico. "A particular Government which is prepared to sign some provision or other as a conventional rule might possibly refuse to recognize it as being the expression of existing law", osservò con sottigliezza il comitato, "whereas another Government which recognizes this provision as existing law may not desire to see it included in a convention, being apprehensive that the authority of the provision will be weakened thereby"[53]. Sarebbe spettato alla Conferenza decidere se innovare o attenersi al diritto esistente[54]. Al comitato premeva *soltanto* segnalare ai governi i rischi insiti in ogni tentativo di codificazione: "The Preparatory Committee would desire merely to state here that the work of codification involves the risk of a setback in international law if the content of the codification instrument is

[50] Ivi, p. 4.

[51] *Bases of Discussion Drawn Up for the Conference by the Preparatory Committee*, ivi, p. 9 ss., p. 74: "If the replies of the Governments to the request for information addressed to them are examined as a whole, it will be found that to a large extent they have endeavoured to set out what they consider to be the present state of the law". Su questo tema v., in generale, ROSENNE, *Relations Between Governments and the International Law Commission*, in *Yearbook of World Affairs*, 1965, p. 183 ss.

[52] *Historical Survey of Development of International Law and its Codification by International Conferences*, cit., p. 105 ss.

[53] *Second Report*, cit., p. 8.

[54] *Ibidem*.

less advanced than the actually existing law"[55]. Come distinguere, tuttavia, un avanzamento del diritto internazionale da un suo arretramento? Competente a definire il criterio è una dottrina che si pretende ormai dedita all'analisi empirica della prassi degli Stati.

Sono, questi, gli albori di una concezione destinata a influenzare profondamente il modo di intendere la consuetudine internazionale. La codificazione non è, in origine o per definizione, redazione di consuetudini empiricamente attestate. L'approccio empirico alla consuetudine si afferma in epoca tarda quale risposta *pragmatica* della dottrina alla difficoltà di trovare un ruolo per se stessa nel processo di codificazione, in un momento storico in cui quel processo comincia a insediarsi nello spazio della politica e dell'organizzazione internazionale. Poiché la *scientia iuris* è vana e la *iurisprudentia* troppo ardita – tanto che solo una selezionata élite giudiziaria può con discrezione praticarla – la dottrina non poteva far altro che concentrare le sue forze su un terreno circoscritto, quello di una competente produzione di enunciati osservativi aventi a oggetto la prassi degli Stati. Una soluzione politicamente realistica, ma pur sempre fondata sul *bluff* della conoscibilità della consuetudine.

I documenti prodotti dal comitato non rassicurarono le cancellerie. Il 1929 volgeva ormai al termine quando Eric Beckett, consulente del Foreign Office, scrisse a un suo connazionale in servizio presso il Segretariato della Società per informarsi meglio sullo scopo dell'imminente Conferenza di codificazione: si puntava a concludere convenzioni oppure solo ad adottare progetti da riproporre all'attenzione dei governi? Dalla missiva trapelavano i timori che i britannici ormai nutrivano rispetto all'esito della Conferenza[56]. La lettera irritò profondamente un altro funzionario del Segretariato, il barone van Ittersum, il quale vedeva i suoi gravi dubbi sulla codificazione confermati ma riteneva che non fosse più possibile organizzare una ritirata: "we could not, at the last moment, decide to turn the Hague Conference into a session of the 'International Law Association' or some other learned society. – It would of course be very tempting for me to have 'Schadenfreude', now that this had happened! But I rather feel that, at this stage, the horse had better take the hurdle beautifully (and not be shy!)"[57].

La Conferenza del 1930, per continuare la metafora del concorso ippico, non fu proprio un percorso netto. A essa, comunque, si deve

[55] *Ibidem*.

[56] Il testo della lettera è riprodotto in ROSENNE, *The Hague Codification Conference of 1930*, in ID. (ed.), *League of Nations: Conference for the Codification of International Law (1930)*, Dobbs Ferry/New York, 1975, vol. 3, p. XI ss., p. XXV.

[57] Ivi, p. XXVIII.

l'abbozzo di una nuova procedura di codificazione che sotto vari aspetti prefigura il metodo adottato dopo la seconda guerra mondiale[58]. Perfezionata dall'Assemblea nel 1931, la procedura rimase lettera morta[59].

3. Lo scettro della codificazione

Internet è un sistema di comunicazione che costringe anche un'istituzione veneranda a presentarsi in poche battute. La Commissione del diritto internazionale lo fa prendendo subito le distanze dalle codificazioni utopistiche *à la* Bentham e dà così il diapason a un'autobiografia minima in cui l'esigenza di assecondare la volontà degli Stati è in netto risalto rispetto ai legami storici con il movimento per la codificazione del diritto internazionale, che è di origine privata e non diplomatica. L'Institut de Droit international e l'International Law Association (ILA) compaiono bensì nel "selfie", ma il loro profilo è offuscato da una precoce entrata in scena della diplomazia: "Intergovernmental regulation of legal questions of general and permanent interest may be said to have originated at the Congress of Vienna (1814-1815)"[60]. Il valore della ricostruzione è simbolico, non storiografico: la Commissione è l'organismo che, nel processo di codificazione, riduce la speculazione dottrinale ad ausilio della diplomazia. Contro ogni impulso autocelebrativo, la sua creazione è descritta nel segno della continuità, cioè come un'attuazione ritardata di insegnamenti immediatamente tratti dal fallimento della Conferenza del 1930. Nel 1931 l'Assemblea della Società delle Nazioni aveva già raccomandato un maggiore coinvolgimento dei governi a ogni stadio del processo di codificazione e l'attribuzione del compito di redigere progetti di convenzione a comitati di esperti autorevoli[61]. L'attuale armonico assetto politico-scientifico, insomma, esisteva già *in nuce* nei terribili anni Trenta, pronto ad affermarsi al termine del conflitto.

[58] *Final Act of the Conference for the Codification of International Law*, in *AJIL*, 1930, Suppl., p. 169 ss., p. 188 s.

[59] *Historical Survey of Development of International Law and its Codification by International Conferences*, cit., p. 110 s. La proposta olandese di fare della codificazione un punto fisso dell'ordine del giorno dell'Assemblea fu respinta: v. ROSENNE, *The Hague Codification Conference of 1930*, cit., p. XXXIX.

[60] http://legal.un.org/ilc/ilcintro.shtml. V., in questo senso, LIANG, *Le développement et la codification du droit international*, in *Collecteds Courses*, 1949, vol. 73, p. 407 ss., p. 421.

[61] *Historical Survey of Development of International Law and its Codification by International Conferences*, cit., p. 110 s.

I dibattiti del secondo dopoguerra, in realtà, rispecchiano una situazione di grave incertezza non solo rispetto al ruolo da affidare all'organizzazione internazionale nel processo di codificazione, agli organi e alle procedure da creare, ma anche rispetto alla natura e agli scopi della codificazione stessa. L'atmosfera era carica di tensione. "The danger of making another, and no doubt abortive, attempt now is very great", ammonì Lord McNair a Praga, nel 1947, durante un congresso dell'ILA, esprimendosi in qualità di *rapporteur* sul tema "Development and Formulation of International Law". Occorreva la massima cautela, perché, dopo il fiasco del 1930, "a second failure could do incalculable harm"[62].

Quando, in quello stesso anno, l'Institut de Droit international si riunì a Losanna dopo dieci anni di sospensione delle attività, il ruolo di *rapporteur* sul tema della codificazione fu di nuovo affidato ad Alvarez, il quale, ormai quasi ottantenne, scelse per l'occasione un'oratoria tragica: "À l'heure actuelle, se manifeste une grande anarchie dans le Droit des Gens. Les hommes de science se tournent vers notre Institut, qui est l'association ayant le plus de prestige en cette matière, pour lui demander la meilleure manière de mettre un terme à cette situation. Nous ne pouvons rester sourds à une pareille demande; après tant d'années de silence, nous devons faire entendre notre voix sur une question aussi angoissante"[63]. L'attesa di una pronuncia da parte dell'Institut si sarebbe tuttavia protratta indefinitamente, se era vero che, come riteneva Alvarez, nel campo del diritto internazionale ancora una volta era *tutto da rifare*.

Bisognava ripartire dalle cause profonde della crisi. Il punto essenziale, secondo Alvarez, era che "les juristes et les hommes d'État ont eu longtemps et ont encore trop souvent une conception inexacte de la nature ainsi que des caractéristiques essentielles de ce Droit"[64]. Porsi il problema della codificazione, mentre si ignorano "les préceptes du droit en vigueur" e persino "la nature et les éléments essentiels du Droit des Gens"[65], era prematuro. È uno strano ente, il diritto internazionale di Alvarez. Dotato di una certa compattezza metafisica, senza la quale non si sarebbero potute giudicare "inesatte" le idee che circolavano sul suo conto, si era ritirato dal mondo: c'era, ma nessuno era in grado di scorgerlo, nemmeno nelle linee essenziali; figurarsi nei dettagli di un diritto con-

[62] *ILA Conference Reports*, 1947, p. 64 ss., p. 65.
[63] *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1947, p. 219.
[64] *Méthodes la codification du Droit international public (Etat actuel de ce droit). Extrait du Rapport de M. Alejandro Alvarez*, ivi, p. 38 ss., p. 39.
[65] Ivi, pp. 39-40, 42.

suetudinario che, secondo alcuni, era lì pronto da trascrivere. Non era dunque possibile limitarsi a un mero *restatement* del diritto esistente, operazione che Alvarez evocava con malcelato disprezzo: "certains publicistes ont souligné l'intérêt qu'il y aurait à opérer dans la masse du Droit des Gens"[66]. Si doveva inoltre rifuggire a ogni costo l'interlocuzione con i governi: "Je suis absolument d'avis que la codification mondiale ne doit pas avoir un caractère officiel pour éviter que se manifeste l'égoïsme des États"[67]. Il compito di codificare il diritto internazionale doveva essere rimesso al solo Institut oppure a un comitato di otto personalità eminenti designate, nel numero di due ciascuno, dall'Institut, dall'ILA, dall'Instituto Americano de Derecho Internacional e dalla Corte internazionale di giustizia, ossia dagli "organismes représentant la conscience juridique du monde civilisé"[68]. Il comitato avrebbe sottoposto i suoi progetti, non agli Stati, bensì "seulement à l'approbation générale de l'ONU", evidentemente concepita come soggetto apolitico capace di dare adeguata risonanza ai verdetti della scienza[69]. Nella variante proposta da Démètre Negulesco, il comitato, formato da dieci membri, sarebbe stato nominato dall'Assemblea generale sentite la Corte e le società scientifiche[70]. Nel 1947, l'idea che la prassi degli Stati fosse determinante ai fini della codificazione era estranea alla mentalità di buona parte dei membri dell'Institut.

L'unica voce dissidente fu quella di Henri Donnaedieu de Vabres, che all'epoca era membro del Comitato dei Diciassette: "Le risque, avec une pareille méthode, est de laisser s'établir entre la "conscience universelle" et la 'dure réalité internationale' une divergence telle, que l'échec de la tentative d'accord entre groupements scientifiques et gouvernements soit complet"[71]. Donnadieu de Vabres fu anche il solo ad astenersi al momento dell'adozione della breve risoluzione con cui l'Institut raccomandò il ricorso al *restatement* scientifico, rigorosamente non ufficiale, quale garanzia contro il rischio, imputabile all'opportunismo degli Stati, "d'affaiblir et d'ébranler le droit que la codification avait pour objet de préciser et de consolider"[72].

Anche per i membri dell'ILA il *restatement* era l'unica via sicura. La massa di materiale giuridico che Alvarez adocchiava con fastidio ap-

[66] Ivi, p. 40.
[67] Ivi, p. 62.
[68] Ivi, p. 63.
[69] *Ibidem*.
[70] Ivi, p. 249 s.
[71] Ivi, p. 224.
[72] Ivi, p. 261 s.

pariva confortante agli occhi di Lord McNair: "Customary International Law has been greatly enriched in the last half century through the activities of such bodies as tribunals of arbitration, municipal and international courts, the Permanent Court of International Justice itself, and Mixed Claims Commissions"[73]. A suo avviso, il compito di accertare il diritto consuetudinario spettava a "expert lawyers working on purely scientific lines"[74]. Durante il dibattitto un certo dott. Mulder chiese: "Which methods will the Commission for Restatement apply in order to extract Rules of Law from the vast mass of facts and precedents?"[75]. Una convenzione sociale, evidentemente in vigore già all'epoca, vuole che si taccia dinanzi a domande inopportune come questa. La superiorità del dotto, del resto, si estrinseca non solo nelle sue speciali capacità cognitive ma anche nella tempra morale che gli permette di riconoscere l'interesse generale: non ai governi bisogna affidarsi bensì al "free and objective point of view of the expert scientific lawyer who is able to regard the matter as being primarily one of international interest"[76]. La diplomazia doveva restituire lo scettro della codificazione alla scienza.

Se le Nazioni Unite fossero state di diverso avviso, si sarebbe risposto con la prosecuzione catacombale della codificazione scientifica. "If, as the present tendencies show, the United Nations unfortunately decides to recommend the governmental method", suggerì qualcuno, "there is much to be said in favour of our putting our own method to the test independently of the United Nations"[77]. Tra i dotti era tuttavia diffusa la sensazione che il sostegno amministrativo e finanziario delle Nazioni Unite avrebbe aumentato efficienza e impatto del loro lavoro[78]. Il problema consisteva nell'individuare forme di collaborazione tali da non inficiare la qualità intellettuale e morale del contributo dagli esperti. Nei lavori dell'ILA questa aspirazione si espresse nella proposta, variamente declinata, di stabilire una connessione formale tra l'organizzazione internazionale e la comunità scientifica.

In questa direzione, l'ipotesi più radicale fu enunciata da Paul De Visscher e Léon Gyselynck per conto della sezione belga-lussemburghese dell'associazione[79]. A coordinare i lavori di codificazione con-

[73] *ILA Conference Reports*, 1947, p. 64 ss., p. 64.
[74] Ivi, p. 65.
[75] Ivi, p. 78.
[76] Ivi, p. 65.
[77] Ivi, p. 80.
[78] Ivi, p. 66. V., in senso analogo, HURST, *A Plea for the Codification of International Law on New Lines*, in *Transactions of the Grotius Society*, 1947, p. 135 ss., p. 153.
[79] *Considérations sur la technique de codification du droit international*, in *ILA Conference Reports*, 1947, p. 112 ss.

dotti da studiosi di tutto il mondo sarebbe stata una commissione con poteri d'inchiesta, autorizzata finanche a convocare e interrogare gli Stati nelle fasi conclusive dei lavori. La commissione avrebbe agito come organo d'"une Fédération mondiale de toutes les associations scientifiques qui se sont vouées au progrès et au développement du droit des gens". La federazione, una volta costituitasi, avrebbe sollecitato un'investitura da parte delle Nazioni Unite ai sensi dell'art. 13 della Carta: "nous croyons qu'il convient tout d'abord que les grandes associations scientifiques se déclarent publiquement prêtes à assumer ensemble la réalisation de cette œuvre", in modo che le Nazioni Unite potessero "juger du désir qui anime les milieux scientifiques à servir, dans la mesure de leurs moyens, l'œuvre de la codification du droit international"[80]. E poiché i bilanci delle *sociétés savantes* erano di modesta entità, esse non avrebbero rifiutato un finanziamento. Il collegamento con le Nazioni Unite non avrebbe compromesso l'indipendenza della federazione poiché questa, grazie al suo monopolio dell'*expertise*, sarebbe assurta a contropotere[81]. L'organizzazione internazionale era un alleato indispensabile ma non per questo affidabile.

Il progetto approvato dall'ILA, pur muovendo dai medesimi principi, declinava il rapporto tra comunità scientifica e organizzazione internazionale in termini più realistici, collocando il centro nevralgico dei lavori di codificazione *dentro* l'organizzazione. L'associazione suggeriva di attribuire all'Assemblea generale il compito di nominare, su raccomandazione della Corte internazionale di giustizia, una commissione per il *restatement* del diritto internazionale, un "expert, independent and non-political body" di sette membri, tra i quali, di diritto, un alto funzionario del dipartimento giuridico del Segretariato delle Nazioni Unite[82]. La commissione si sarebbe occupata di pianificare e coordinare il processo di *restatement* prendendo spunto dai lavori già svolti dalle società private e in sede diplomatica[83]. Previa consultazione dei "leading scientific bodies", la commissione avrebbe nominato *ad hoc* relatori (*Reporters*) e consulenti (*Advisers*), scegliendoli di regola all'esterno dell'esigua *membership*. La commissione avrebbe dunque svolto un ruolo prevalentemente editoriale, assicurando una sorta di *peer review* di lavori altrui e riservandosi di decidere se pubblicarne o no i risultati in una col-

[80] Ivi, p. 120.
[81] Ivi, p. 115.
[82] *Report of the Committee on the Development and Formulation of International Law, Adopted by the Executive Council on May 3rd, 1947, for Presentation to the Prague Conference in September, 1947*, ivi, p. 82 ss., p. 107.
[83] Ivi, p. 108.

lana del *restatement*, sotto la responsabilità non propria ma dei singoli autori, i quali avrebbero potuto proporre soluzioni innovative a condizione di tenerle chiaramente distinte dal diritto "constatato"[84].

Frattanto, a Losanna, i membri dell'Institut scrutavano i documenti ufficiali in cui cominciava a delinearsi il profilo della futura Commissione del diritto internazionale. Basdevant vi scorgeva una contraddizione e un rischio. Quindici membri gli sembravano troppi per "un organe d'études et de recherche" (così egli sintomaticamente la percepiva), ma se all'organo si chiedeva di coprire tutto l'arco del diritto internazionale, i suoi membri erano forse troppo pochi ed esposti al rischio "de se trouver dans une tour d'ivoire, trop loin et de la vie effective des peuples et de l'effort scientifique"[85].

All'epoca, la definizione del nesso istituzionale tra l'istituenda commissione e la comunità scientifica era ancora al vaglio dell'Assemblea generale. Il Comitato dei Diciassette si era espresso a stretta maggioranza a favore della possibilità di reclutare all'esterno della Commissione sia i relatori speciali sia alcuni membri delle sottocommissioni che avrebbero dovuto assisterli[86]. La decisione fu sovvertita dall'Assemblea generale, la quale, in tal modo, mise fine a ogni residua speranza di impiantare una sorta di organo della comunità scientifica nel cuore dell'organizzazione internazionale. A determinare questo esito concorse verosimilmente la volontà degli Stati socialisti di premunirsi contro lo schiacciante dominio "occidentale" sul terreno della scienza internazionalistica. L'unica concessione alle "ragioni della scienza" fu la scelta di un regime di impiego a tempo parziale per i commissari, sul presupposto che il tempo pieno avrebbe reso "the acceptance of membership more difficult for the outstanding jurists who would be needed for the work of codification of International Law"[87].

Si decise, infine, di affidare il potere di nomina alla sola Assemblea generale. Cadeva così, senza particolari scosse, l'idea secondo cui era opportuno stabilire una simmetria Corte-Commissione, idea implicita sia nell'uguale numero di membri sia nella proposta, che pure aveva riscosso la maggioranza nel Comitato dei Diciassette[88], di ricalcare la procedura di nomina dei giudici della Corte e quindi di coinvolgere il Consiglio

[84] Ivi, p. 109.

[85] *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1947, p. 236.

[86] Committee on the Progressive Development of International Law and Codification, *Report of the Committee*, A/331 (1947), p. 5, par. 8.

[87] United Nations General Assembly, Sixth Committee, *Report and Draft Resolution Adopted by Sub-Committee 2*, A/C.6/193 (1947), p. 2, par. 4.

[88] Committee on the Progressive Development of International Law and Codification, *Report of the Committee*, cit., p. 2 s., par. 4.

di sicurezza anche nella designazione dei membri della Commissione[89]. La laconica spiegazione messa agli atti, secondo cui "the International Court of Justice was a special case"[90], significa, probabilmente, che per le grandi potenze era superfluo detenere, rispetto a un organo privo di poteri decisionali come la Commissione, lo stesso grado di influenza che esse esercitavano sulla Corte concorrendo alla nomina dei giudici. Benché questo *surplus* di autonomia convenisse a un organo di esperti, esso era soprattutto il segno di un disinvestimento politico da parte delle grandi potenze, per le quali la codificazione del diritto internazionale non era, né forse era mai stata, una priorità. Ciò non significa, tuttavia, che i *powers-that-be* non ne percepissero l'intrinseca politicità. È vero il contrario, come dimostra il destino della proposta di coinvolgere la Corte nella nomina dei membri della Commissione (o di affidargliela *tout court*)[91]. L'idea, cara alla dottrina, fu respinta, non perché avrebbe meglio garantito la neutralità politica della Commissione[92], ma perché, obbligando i giudici a incidere sulla nomina di un organo paralegislativo, avrebbe comportato un'indebita politicizzazione della Corte.

È possibile vedere, nella creazione della Commissione, l'esito finale di un processo di cauto avvicinamento della dottrina a quell'ente enigmatico – sovrano illuminato *in fieri* o coacervo di egoismi statali? – cui si addice il generico appellativo di "organizzazione internazionale". Nel secondo dopoguerra l'iniziale diffidenza si volse in tiepido corteggiamento. "It is now […] fully apparent that no supra-national legislative authority will be created", scriveva Wilfred Jenks nel 1945[93]. L'organizzazione internazionale poteva nondimeno divenire sede di congegni istituzionali capaci di esaltare la forza persuasiva e l'impatto sociale di determinazioni che si volevano scientifiche. Le *sociétés savantes* avrebbero preferito che l'organizzazione si aprisse alla comunità scientifica, invece di fagocitarne una frazione. C'era ragione di inquietarsi, come faceva Basdevant, "à la pensée d'une science fonctionnarisée"[94]?

Chiusosi il battente alle spalle dei quindici eletti, spettò al giurista e diplomatico cecoslovacco Ivan Kerno chiarire, con una splendida immagine, che il capitale sociale dei commissari consisteva pur sempre nella

[89] United Nations General Assembly, Sixth Committee, *Report and Draft Resolution Adopted by Sub-Committee 2*, cit., p. 3, par. 7.

[90] Ivi, p. 3, par. 7.

[91] Cfr. *ILA Conference Reports*, 1947, p. 64 ss., p. 75 s. (Lauterpacht).

[92] UN doc. A/CN.4/l.68/Add.1, par. 20, cit. da ROSENNE, *The International Law Commission*, cit., p. 122.

[93] JENKS, *The Need for an International Legislative Drafting Bureau*, in *AJIL*, 1945, p. 163 ss., p. 163.

[94] *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1947, p. 236.

loro presunta capacità di riconoscere il diritto internazionale non scritto. In qualità di segretario generale assistente, Kerno aveva assunto *ad interim* la presidenza ancora vacante della Commissione, che si riuniva per la prima volta. Ne approfittò per dire che il diritto internazionale "was like a great and ancient edifice the doors of which were being opened so that it could be put in order, as it had to serve as a shelter to mankind"[95]. Il diritto internazionale non era da fare, o da rifare[96]. Esisteva già, negli archivi delle cancellerie, nelle raccolte di giurisprudenza, in tutte le tracce di prassi non volubili. Era stato calpestato e disperso ma non distrutto. La Commissione era stata creata per rinvenirlo, grazie alle superiori competenze dei suoi membri. Di nuovo, con buona pace di Bentham, gli "adoratori della consuetudine" erano ascesi al potere, o qualcosa che assomiglia al potere e che produce effetti collaterali analoghi.

4. Hỳbris

Quella che segue è la storia di una dilapidazione, la dilapidazione del capitale sociale in virtù del quale la dottrina internazionalistica era riuscita ad avvicinarsi alle stanze del potere. Si trattava, certo, di un patrimonio modesto – la conoscenza del diritto internazionale non scritto – e in buona parte illusionistico, ma era anche il solo di cui la dottrina disponesse, dopo la bancarotta della *scientia iuris*. I membri del suo nuovo conclave – la Commissione – scambiata l'anticamera che la politica aveva loro assegnato per stanza dei bottoni, si stancarono ben presto di celebrare il culto della consuetudine.

Spacciato per antico ma in realtà recentissimo, quel culto aveva offerto sin dall'inizio una copertura scientifica all'esercizio di arti giurisprudenziali: era un elemento della strategia di autoconservazione di una tradizione culturale improntata alla saggezza ed estranea alla logica della scienza empirica. Dietro l'apparente transito dal deduzionismo della *scientia iuris* ai procedimenti induttivi di rilevazione della consuetudine, trovava riparo, nella migliore delle ipotesi, il fragile sapere della *phronesis*. Di tutto ciò era acutamente consapevole il dipartimento giuridico del Segretariato, nelle cui operazioni preliminari all'insediamento della Commissione riviveva lo spirito del comitato presieduto da Basdevant all'epoca della Società delle Nazioni: ne sono prova l'elogio della nuova

[95] *YILC*, 1949, vol. I, p. 9, par. 2.

[96] Cfr. DWORKIN, *A New Philosophy for International Law*, in *Philosophy and Public Affairs*, 2013, p. 2 ss., p. 29: "remember that international law is very young: it was effectively reborn in 1945".

tendenza a valorizzare la prassi degli Stati e la premurosa attenzione ai "ways and means" utili a rendere tale prassi più accessibile[97], l'insistenza sulla necessità di assecondare e promuovere la crescita del diritto consuetudinario, senza sollecitare direttamente i governi ma, grazie alla ricerca e alla compilazione di digesti, mettendoli di fronte alla loro produzione normativa inconscia[98]. Questo dispositivo, risalente ai tardi anni Venti e a malapena collaudato, fu subito messo a repentaglio dalle "pulsioni legislative" precocemente manifestatesi in seno alla Commissione.

Fu J.P.A. François, celebre giurista olandese, ad assestare il primo colpo di scure alla legittimità scientifica dell'organo, pochi minuti dopo la poetica introduzione di Kerno. La Commissione, fece notare, "was not a scientific body with purely academic terms of reference but a subsidiary organ of the General Assembly, itself a political body"[99]. Una banale verità, certo. Poco dopo, tuttavia, l'improntitudine cedette il passo alla superbia[100]. Durante un dibattito preliminare sul margine di autonomia che la Commissione poteva opporre all'Assemblea generale, Georges Scelle proruppe: "the International Law Commission ha[s] jurisdiction of its own; its powers had not been delegated to it by the General Assembly". L'organo, a suo avviso, doveva prendere coscienza della "tremendous influence" che poteva esercitare sul modo di essere complessivo delle Nazioni Unite e quindi del suo ruolo progressivo "in the organization of international society"[101]. Per lui, come per il collega Jean Spiropoulos, spettava alla Commissione definire i limiti della propria giurisdizione ("compétence de la compétence"), mentre l'Assemblea generale avrebbe potuto tuttalpiù annullare decisioni sgradite modificando o abrogando lo Statuto[102]. Un'autentica sfida. Ed era solo l'inizio.

L'anno successivo, un'affermazione di Gilberto Amado all'apparenza del tutto innocua – il diritto internazionale emergerebbe "from custom and agreement"[103] – provocò un'inattesa esplosione di orgoglio corporativo, con Jesús María Yepes e Faris Bey el-Khoury pronti ad as-

[97] *Ways and Means of Making the Evidence of Customary Law more Readily Available: Preparatory Work Within the Purview of Article 24 of the Statute of the International Law Commission*, Memorandum Submitted by the Secretary General, A/CN.4/6 and Corr. 1 (1949), p. 114.

[98] *Methods for Encouraging the Progressive Development of International Law and its Eventual Codification*, cit., p. 114.

[99] *YILC*, 1949, vol. I, p. 17, par. 19.

[100] Per una critica v. CHENG, *The International Law Commission*, in *Current Legal Problems*, 1952, p. 251 ss., pp. 264, 270-271.

[101] *YILC*, 1949, vol. I, p. 22, parr. 62-63.

[102] Ivi, par. 65. Così anche SCELLE, ivi, p. 26, par. 29.

[103] *YILC*, 1950, vol. I, p. 234, par. 70.

serire non solo il potere ma anche il dovere della Commissione di "creare diritto" (*sic*), altrimenti "there would never be any progress"[104], e uno Scelle ossessionato dal pensiero di un corrispettivo internazionalistico del *Code Napoléon*: "if Napoleon had clung to the attitude adopted by Mr. Amado, they would never have had a civil code. Codification was not just compilation. It could also abolish or create law"[105]. La replica di Amado, sobria e piena di verità – "what was true in the case of the codification of municipal law was not necessarily true in respect of codification of international law"[106] – non valse a placare il raptus collettivo, dal quale si lasciò contagiare persino il dott. Kerno, che si fece latore di "a friendly protest against Mr. Amado's view that the Commission had no authority", cosa che non poteva assolutamente dirsi di "an important United Nations body"[107]. Amado non aveva in alcun modo inteso esautorare la Commissione. Era l'ebbrezza del potere a generare fraintendimenti. D'altronde, rincarava François, la Commissione non era un semplice comitato di esperti, né solo un organo consultivo, giacché i suoi membri erano "such eminent personalities that Members of the United Nations would be forced to accept their decisions, even against their will"[108]!

A quanto pare, tuttavia, il singolo commissario perdeva la sua "eminenza" qualora desiderasse rendere pubblica un'opinione in conflitto con quella della maggioranza.

Non è chiaro in quale forma lo Statuto della Commissione ammetta l'espressione di opinioni individuali[109]. Il dibattito sul tema, destinato a protrarsi per tutta la prima metà degli anni Cinquanta, fu innescato da un'istanza di Yepes. Convinto che la maggioranza avesse commesso un errore nella definizione di alcuni aspetti della disciplina delle riserve, errore che, a suo avviso, avrebbe dato luogo ad "abnormal situations" e "flagrant injustices", Yepes si diceva costretto dalla propria coscienza ad allegare al rapporto della Commissione una dichiarazione di dissenso (dalla quale sono tratte le parole citate, quindi, come si può vedere, non

[104] Ivi, p. 234-235, parr. 71, 74.
[105] Ivi, p. 234, par. 72.
[106] Ivi, par. 73.
[107] Ivi, p. 235, par. 75.
[108] *YILC*, 1951, vol. I, p. 133, par. 142.
[109] La frase "Draft conventions presented by a minority of the International Law Commission will also be submitted to the General Assembly", che compare in una versione emendata del rapporto del Comitato dei Diciassette, quella che era stata presa in considerazione dal sottocomitato 2 della VI Commissione dell'Assemblea generale, non fu riprodotta nel Progetto di Statuto. Si veda United Nations General Assembly, Sixth Committee, *Report and Draft Resolution Adopted by Sub-Committee 2*, cit., pp. 14, 23.

proprio complimentosa)[110]. Ai numerosi perplessi colleghi, Yepes ricordò che le veementi critiche di Vladimir Koretsky al progetto di dichiarazione sui diritti e i doveri degli Stati erano state registrate in una lunga nota a piè di pagina del primo rapporto[111]. L'istinto di alcuni membri della Commissione fu quello di considerare, a posteriori, del tutto eccezionale la possibilità concessa a Koretsky, giungendo persino a descrivere il collega sovietico (assente per motivi di salute) come un corpo culturalmente ed eticamente estraneo. Spiropoulos precisò di non essersi opposto alla pretesa poiché vedeva "Mr. Koretsky as representing a separate legal system and therefore to be accorded exceptional treatment"[112]. Per Ricardo Alfaro, quella nota a piè di pagina era, addirittura, "purely and simply an attack by the Soviet system on the democratic ideas shared by all members of the Commission, save Mr. Koretsky"[113]. Era chiaro, tuttavia, che la questione non poteva essere risolta applicando rozzi criteri identitari, i quali, peraltro, non si addicono all'*habitus* dell'uomo di scienza, che appartiene ai membri della Commissione e che dovrebbe piuttosto imporre una serena tolleranza del dissenso.

A inibire l'assunzione di atteggiamenti equanimi era l'esigenza, largamente sentita, di difendere l'istituzione da attacchi interni, "in order to preserve", come disse Gilberto Amado, "the Commission's high sense of importance of its work"[114]. Si addivenne a un compromesso. Ridotta ed edulcorata, la "nota Yepes" fu inserita nel rapporto[115]. Si stabilì, però, a stretta maggioranza (sette a cinque), che da quel momento in poi eventuali dissensi sarebbero stati segnalati da un rinvio alle minute delle riunioni, la cui difficile reperibilità, all'epoca, di fatto stendeva un velo sulle fratture interne alla Commissione[116].

La questione è riemersa altre due volte, nel 1953 e nel 1955, non in rapporto a specifici casi di dissenso ma in termini di principio, circostanza che favorì un più netto delinearsi delle posizioni in conflitto. L'opinione "legittimista" di Alfaro, secondo cui "[i]t was not the Commission's task […] to present to the world the personal views of its members, but […] to submit agreed texts or decisions thereon to the General Assembly", riscosse molte adesioni[117], *nonostante* riducesse l'opinione del singolo esperto al livello di un mero parere personale. Alfaro

[110] *YILC*, 1951, vol. I, p. 385, par. 6.
[111] Ivi, p. 385, parr. 2-4.
[112] Ivi, p. 386, par. 11.
[113] Ivi, par. 19.
[114] Ivi, par. 19.
[115] Ivi, vol. II, p. 128, par. 22, nota 15.
[116] Ivi, vol. I, p. 387, par. 32 (proposta di François) e 56.
[117] *YILC*, 1953, vol. I, p. 70, par. 29.

non si rendeva conto, pervaso com'era da un malinteso *esprit de corps*, che l'Assemblea generale avrebbe potuto reagire con indifferenza non solo a una ma anche a quindici opinioni personali! Il pensiero del giureconsulto panamense era insomma evoluto dal disprezzo per l'ex-collega sovietico a una generale insofferenza nei confronti del dissenso. Più sottile la dialettica del siriano el-Khouri, per il quale un'opinione minoritaria, anche se giusta, doveva essere esclusa perché non aveva persuaso[118]. Decisiva era la retorica, non la scienza.

Contro questa concezione assemblearistica dell'opera di codificazione, Jaroslav Žourek, il più tenace assertore del diritto a manifestare il dissenso, faceva notare che la Commissione non era equiparabile a una "diplomatic conference", né, più in generale, a organi decisionali in senso stretto, istanze giurisdizionali incluse, per cui, se ai giudici della Corte internazionale di giustizia non era vietato manifestare opinioni individuali, ciò doveva essere *a fortiori* consentito ai membri della Commissione[119]. Mentre la proposta di Žourek fu respinta con ampio margine, un'analoga mozione presentata da Hersch Lauterpacht e Radhabinod Pal – in virtù della quale i singoli commissari avrebbero potuto pubblicare una breve nota di dissenso se autorizzati dal Presidente della Commissione (e in ultima istanza dal Bureau) – giunse a un soffio dal sovvertire la regola approvata nel 1951: sei pari e un'astensione[120].

Nel 1955 Žourek ripropose la mozione sostenendo, questa volta, che la prassi consistente nel celare il dissenso era in conflitto con lo Statuto della Commissione, il cui art. 20, lett. *b*, impone di precisare, a commento dei progetti sottoposti all'Assemblea generale, "[t]he extent of agreement on each point in the practice of States and in doctrine", nonché le "[d]ivergencies and disagreements which exist, as well as arguments invoked in favour of one or another solution"[121]. Tra le numerose repliche alla mozione, che perlopiù ignorano l'argomento tratto dallo Statuto, degne di nota sono soprattutto quelle di François – l'inventore della regola del rinvio alle minute – e, sul fronte opposto, quella di Sergej Krylov.

Il dissidente – fece notare François – ha un vantaggio iniquo sull'organo, perché può esprimere la propria opinione in modo circostanziato ed eloquente, mentre l'organo, che è tenuto a cercare una sintesi delle diverse posizioni, può trovarsi costretto a offrire motivazioni non appaganti[122]. Secondo Sir Gerald Fitzmaurice era perciò inopportuno in-

[118] Ivi, p. 71, par.42.
[119] Ivi, par. 48.
[120] Ivi, p. 72, par. 53.
[121] *YILC*, 1955, vol. II, p. 43, parr. 37-38.
[122] Ivi, vol. I, p. 241, par. 58.

cludere, nel rapporto annuale, "a formidable opposition view which would upset its balance"[123]. Per el-Khouri, che a scopi legittimistici evocava addirittura il principio di democrazia[124], "[t]he majority decision had to prevail unquestionably so that the Commission's recommendations should have the maximum authority"[125]. In una Commissione attraversata da pulsioni decisionistiche faceva sempre più presa l'opinione, in queste circostanze espressa da Amado, secondo cui il dissidente dà voce a un "purely personal point of view"[126], una tesi che svuota l'autorità della Commissione proprio mentre cerca di affermarla con foga intimidatoria. L'intervento di Georges Scelle, il quale, cambiata opinione[127], ricordò ai colleghi che "[t]he majority which favoured a resolution of the Commission was not necessarily right"[128], non poteva mutare l'esito dello scrutinio, che vide la seconda "mozione Žourek" soccombere per otto a cinque[129]. E Krylov? A suo avviso, sia il compagno cecoslovacco, latore della proposta, sia i suoi avversari, difendevano opinioni estreme. Quel che importava, in fondo, non era la messa agli atti di eventuali opinioni dissenzienti, quanto piuttosto ottenere che la Commissione, invece di decidere a stretta maggioranza (spesso con l'ausilio di numerose astensioni), si dedicasse alla ricerca di soluzioni capaci di riportare il consenso di tutti i membri[130]. Nella Commissione convivevano dunque due indirizzi politici, corrispondenti al dissidio tra "blocchi" sulla natura della consuetudine – accordo tacito ovvero espressione di tendenze prevalenti nella comunità internazionale? – ed entrambi estranei all'etica dell'*expertise* che in linea di principio avrebbe dovuto informare le attività dell'organo.

È questo specifico contesto – e non cause "tecniche" – ad aver determinato il precoce smantellamento della distinzione tra codificazione e sviluppo progressivo. Il binomio era passato in pochi anni dal significare un rapporto mezzo-fine (la codificazione come possibile strumento dello sviluppo progressivo del diritto internazionale) al denotare una partizione, mai ben definita ma non per questo meno importante, fra trascrizione del diritto esistente e produzione di nuove norme. Già messa a fuoco dal

[123] Ivi, p. 243, par. 6.
[124] Ivi, p. 245, par. 40.
[125] Ivi, p. 244, par. 19.
[126] Ivi, p. 243, par. 16.
[127] *YILC*, 1951, vol. I, p. 386, par. 17.
[128] *YILC*, 1955, vol. I, p. 245, par. 35.
[129] Ivi, p. 246, par. 53.
[130] Ivi, p. 242, par. 65.

Comitato dei Diciassette[131], la fragilità della partizione si rispecchia persino nella disposizione che la consacra, l'art. 15 dello Statuto della Commissione, il quale dichiara di adoperare i due concetti solo "for convenience".

La distinzione diventò ben presto un inutile impaccio. Nel 1956, la Commissione dichiarò che "[i]n preparing its rules on the law of the sea" si era persuasa che, perlomeno in quel settore, "the distinction established in the statute between [the] two activities can hardly be maintained"[132]. Ai sensi dello Statuto, per codificazione si intende, in linea di massima, la formulazione sistematica di regole appartenenti a settori "where there already has been extensive State practice, precedent and doctrine", mentre lo sviluppo progressivo riguarda materie rispetto a cui "the law has not yet been sufficiently developed in the practice of States". Per la Commissione il criterio era reso di fatto inapplicabile dell'emergere, tra i suoi membri, di "wide differences of opinions as to whether a subject is already 'sufficiently developed in practice'"[133].

Nonostante le apparenze, questa presa di posizione rispecchiava la volontà di tenere comunque ferma la distinzione tra codificazione e sviluppo progressivo. Lo si evince dal raffronto tra il testo sopracitato e quello proposto dal Relatore generale François: "*During the eight years of its existence* the Commission has become *more and more convinced* that the *very clear distinction* established in the Statute between these two activities cannot be maintained in practice"[134]. François ironizzava sulla distinzione (non è vero che lo Statuto la traccia con nettezza, per cui quel caricaturale "very clear" fu subito soppresso[135]) e faceva coincidere l'esperienza della sua inutilità pratica con l'*intera storia* della Commissione. La maggioranza dei commissari ritenne opportuno esprimersi in termini più limitati ("[i]n preparing its rules on the law of the sea"), imputando la difficoltà al caso concreto. Probabilmente era François a dire tutta la verità, mentre la Commissione ancora si preoccupava di celarne alcuni aspetti. Quarant'anni più tardi, essa si era così assuefatta all'idea dell'impossibilità di tenere distinti sviluppo progressivo e codificazione che accarezzò l'idea di proporre la formale soppressione del

[131] Committee on the Progressive Development of International Law and Codification, *Report of the Committee*, cit., p. 8, par. 10: "[f]or the codification of international law […] no clear-cut distinction between the formulation of the law as it is and the law as it ought to be could be rigidly maintained in practice".

[132] *YILC*, 1956, vol. II, p. 255, par. 26.

[133] Ivi, p. 255, par. 26.

[134] UN doc. A/CN.4/l.68/Add.1, par. 20, cit. da ROSENNE, *The International Law Commission*, cit., p. 143 s. (corsivo aggiunto).

[135] *YILC*, 1956, vol. I, p. 277, parr. 71-72.

binomio e la conseguente riduzione delle due procedure attualmente contemplate dallo Statuto a una soltanto[136]. Già nel 1973 la Commissione sosteneva che l'unica distinzione sensata fosse "rather between modes of progressive development"[137]. In questo modo si rinuncia implicitamente alla pretesa di sapere riconoscere e trascrivere il diritto esistente, che è invece tutt'uno con la ragion d'essere dell'organo.

Anche Roberto Ago era convinto che la distinzione tra codificazione e sviluppo progressivo fosse "pressoché assurda"[138]. Nel suo pensiero, tuttavia, questo giudizio si inseriva armoniosamente in un'originale concezione del processo di codificazione e del ruolo che la Commissione era chiamata a svolgervi. In un celebre saggio del 1968, Ago rispolverava un tema della cultura giuridica moderna, classico eppure estraneo all'immaginario della scienza internazionalistica: il nesso tra rivoluzione e codificazione. Nel processo di decolonizzazione Ago vedeva, infatti, il più profondo sconvolgimento che la società internazionale avesse esperito sin dalle sue origini[139]. L'unico modo di restituire stabilità e certezza al diritto internazionale, in un'epoca di trasformazioni e conflitti, era dedicarsi con energia alla codificazione, rivolgendo lo sguardo non alla consuetudine, per definizione inadeguata, ma a condizioni ed esigenze attuali[140].

Poiché, tuttavia, nella sfera internazionale non era possibile compiere l'opera in modo "aussi totale et aussi radicale qu'en droit étatique", bisognava agire incrementalmente allo scopo di attingere ciò che Ago chiamava "autorità della codificazione", ossia un livello di consenso tale da conferire al diritto codificato, tipicamente in forma di convenzione, un oggettivo rilievo generale[141]. La Commissione del diritto internazionale doveva servire da centro nevralgico dell'intera operazione, in ragio-

[136] *YILC*, 1996, vol. II/2, pp. 86, 97.

[137] *YILC*, 1973, vol. II, p. 230, par. 167.

[138] AGO, *Le Nazioni Unite per il diritto internazionale*, in *Comunità internazionale*, 1965, p. 503 ss., p. 514.

[139] AGO, *La codification du droit international et les problèmes de sa réalisation*, in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, 1968, p. 93 ss., p. 94.

[140] Ivi, p. 97. Cfr. AGO, *Le Nazioni Unite per il diritto internazionale*, cit., p. 517: "Quali le ragioni […] dell'evoluzione dell'atteggiamento della Commissione del diritto internazionale? La risposta è semplice. La Commissione è oggi convinta che l'opera di codificazione del diritto internazionale che, al momento in cui essa era stata istituita, poteva apparire come un compito delicato e importante, ma da intraprendere in una lunga prospettiva, senza impazienze e senza la necessità di toccare molte materie tradizionalmente rette da norme non scritte, abbia mutato carattere e sia divenuta un'esigenza urgente oltre che imprescindibile".

[141] AGO, *La codification du droit international*, cit., p. 99 s.

ne della sua qualità di organo di esperti, certo, ma soprattutto perché costituiva, di fatto, "presque le modèle réduit d'une conférence générale, car les tendances, les conceptions et les intérêts essentiels qui se retrouveraient dans une conférence sont déjà pratiquement tous représentés en son sein"[142]. I commissari, per essere all'altezza del compito, dovevano essere, più che "tecnici del diritto internazionale", personalità "rappresentative delle diverse concezioni giuridiche, politiche, sociali, filosofiche che dominano nelle diverse regioni del mondo", di modo che i testi prodotti dalla Commissione, oltre che giuridicamente inappuntabili, potessero costituire "già un possibile punto di incontro e, se necessario, di compromesso tra le diverse tendenze"[143]. Ago suggeriva di percorrere sia la via convenzionale sia, a titolo provvisorio, quella dell'adesione informale ai progetti di codificazione, tramite, per esempio, l'adozione dei medesimi da parte dell'Assemblea generale[144]. Egli riteneva, infine, che la codificazione richiedesse il sostegno di "cellule nazionali", ossia di comitati di esperti con il compito di sensibilizzare l'opinione pubblica locale ed esercitare pressioni sugli organi costituzionali affinché ratificassero senza indugio le convenzioni di codificazione. Riaffiora qui il motivo della codificazione come astuzia contro l'egoismo e l'inerzia dei governi, senza tuttavia il tradizionale ausilio della consuetudine. Non si trattava più, come nel secondo dopoguerra, di ricostruire un diritto esistente in forma non scritta bensì di costruirne uno nuovo, all'altezza dell'epoca.

Maturata nel "decennio prodigioso della codificazione"[145], tra gli anni Cinquanta e Sessanta del secolo scorso, la riflessione di Ago ritrae nella sua luce migliore la traslazione della Commissione – e per estensione del processo di codificazione – dal polo dialettico della *veritas* a quello dell'*auctoritas*. Essa rappresenta anche il punto più alto (e più ideale che reale) del "folle volo" della Commissione dalle oscure piste della consuetudine all'irraggiungibile zenit della legislazione[146]. Quando

[142] Ivi, p. 104.

[143] AGO, *Le Nazioni Unite per il diritto internazionale*, cit., p. 514. Cfr. LAUTERPACHT, *Codification and Development of International Law*, in *AJIL*, 1955, p. 16 ss., p. 40: "In an organ which is concerned not only with the restatement of existing law but also with its change and development, qualities of statesmanship and experience may legitimately count for no less than expert knowledge".

[144] AGO, *La codification du droit international*, cit., p. 129.

[145] L'espressione è di ABI-SAAB, *La coutume dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté*, in *Le droit international à l'heure de sa codification*, cit., vol. I, p. 53 ss., p. 54.

[146] Cfr. MCWHINNEY, *"Classical" Sources and the International Law-Making Process of Contemporary International Law*, ivi, p. 350: "as the persuasive authority of the International Law Commission seemed at its highest, its law-making potential seemed to

Ago ne divenne membro, nel 1957, la Commissione aveva già dilapidato buona parte del suo capitale sociale, che era ed è vincolato al possesso e all'esercizio di competenze scientifiche. La svalutazione della dicotomia codificazione/sviluppo progressivo, le velleità legislative, le pulsioni antipluralistiche, tutto ciò non conveniva a un organo creato anche allo scopo di rispecchiare le istanze della comunità scientifica. Altre abitudini, come il frequente ricorso al voto a maggioranza semplice, contribuirono ulteriormente a inibire la conversione dell'organo in microcosmo diplomatico auspicata da Ago. Il tipo di investitura di cui la Commissione beneficiava la rendeva saliente come espressione della comunità scientifica, non nel campo della diplomazia. Il diritto internazionale, infatti, è stato scritto perlopiù altrove.

5. Epilogo

La stizzita replica di Spiropoulos a un collega che trovava insufficiente un testo della Commissione – non è una tesi di dottorato ma un documento ufficiale![147] – potrebbe essere scelta come emblema dell'infatuazione della Commissione per l'autorità. Julius Stone non aveva tutti i torti quando, in quegli stessi anni, scriveva che la Commissione, invece di insistere con il brokeraggio di convenzioni multilaterali, si sarebbe dovuta trasformare in un "International Law Research Center", affiliato alle Nazioni Unite e animato da una "fellowship of scholars dedicated to the advancement of knowledge"[148]. La recente tendenza a occuparsi di temi fondamentali, o "teorici", unita alla rinuncia pressoché completa al trattato come strumento di codificazione, potrebbe indurre a credere che la Commissione, dopo una protratta evoluzione nel quadrante dell'*auctoritas*, stia tornando a planare sul terreno della *veritas*, più congeniale al suo corredo genetico. Si potrebbe perfino pensare che la decisione di affrontare il tema della "identificazione del diritto internazionale consuetudinario" ripari all'oblio del diritto non scritto e delle metodologie della sua rilevazione che ha spesso caratterizzato i lavori della Commissione. È possibile, anche se, per la verità, si può scorgere un pizzico di autorita-

dwindle". V. anche, per la presa d'atto della chiusura del "periodo rivoluzionario", AGO, *Nouvelle réflexions sur la codification du droit international*, in DINSTEIN (ed.), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, 1989, p. 3 ss.

[147] *YILC*, 1951, vol. I, p. 88, par. 115.

[148] STONE, *On the Vocation of the International Law Commission*, in *Columbia Law Review*, 1957, p. 16 ss., pp. 48, 51.

rismo nel modo in cui la Commissione è giunta a definire il canone della consuetudine.

In questo sontuoso affresco, che ha tenuto impegnate le sue maestranze per circa sei anni, compare, in miniatura, la Commissione stessa. Che immagine ne restituisce, questa *mise en abîme*?

Il testo, approvato in via definitiva nel 2018, contiene una parte V intitolata "Significance of certain materials for the identification of customary international law". Nell'inventario sono inclusi i trattati, le risoluzioni adottate da organizzazioni internazionali o da conferenze diplomatiche, le decisioni giudiziarie e, infine, il magistero "of the most highly qualified publicists of the various nations"[149]. Poiché in questo riquadro trova posto l'"output of international bodies engaged in the codification and development of international law"[150], la Commissione avrebbe potuto sistemarcisi. La sua produzione tuttavia – precisa la Commissione in una nota – non può essere comparata a quella dell'Institut de Droit international o dell'ILA (le due istituzioni menzionate a titolo esemplificativo)[151].

La Commissione, insomma, è inclassificabile. A farne un ente *sui generis* è il mandato conferitole dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite (*auctoritas*) ma anche il rigore delle sue procedure e dei suoi procedimenti conoscitivi (*veritas*)[152]. Il rapporto privilegiato con l'Assemblea generale e con gli Stati che vi siedono non predefinisce, insomma, il valore delle sue determinazioni (*auctoritas*), il quale, in ultima analisi, dipende da altri fattori, alcuni dei quali, come la solidità del materiale probatorio, sono estrinseci e oggettivi (*veritas*)[153]. Sembra di rileggere il memorandum con cui il Segretariato delle Nazioni Unite, nel 1947, diede l'abbrivio al Comitato dei Diciassette e quindi, indirettamente, alla Commissione: la stessa oscillazione tra autorità e verità. Un ritorno alle origini? In parte, sì, ma con una differenza. Oggi, scrive la Commissione, conta *sopra tutto* ("above all") la *reazione* degli Stati[154]. Non ci sono più verità da contrapporre, agli Stati e alle loro reazioni, con l'astuzia della codificazione.

[149] Text of the Draft Conclusions on Identification of Customary International Law and Commentaries Thereto, in ILC, *Report on the Work of its Seventy-first Session*, A/73/10 (2018), p. 122 ss., p. 143 ss.

[150] Ivi, p. 151.

[151] Ivi, nota 774.

[152] Ivi, p. 142 s.

[153] *Ibidem*.

[154] *Ibidem*.

LE NAZIONI UNITE E LA CODIFICAZIONE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE PENALE

Micaela FRULLI*

"Codification which constitutes a record of the past rather than a creative use of the existing materials – legal and others – for the purpose of regulating the life of the community is a brake upon progress"
Hersch Lauterpacht (1949)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La prima fase (1947-1974): grandi ambizioni, risultati modesti. – 2.1. I primi progetti di codificazione affidati alla Commissione del diritto internazionale. – 2.2. La Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio. – 2.3. La parcellizzazione progressiva della codificazione del diritto internazionale penale: la formulazione dei Principi di Norimberga. – 2.4. *Segue*: La questione relativa alla creazione di una giurisdizione penale internazionale. – 2.5. *Segue*: Il Progetto di Codice dei crimini e lo stallo provocato dal nodo della definizione del crimine di aggressione. – 3. La seconda fase (1978-1998): dalla lenta ripresa dei lavori della Commissione del diritto internazionale all'accelerazione impressa alla codificazione dalla creazione dei Tribunali penali internazionali *ad hoc*. – 3.1. La svolta impressa alla codificazione del diritto internazionale penale dalla creazione dei Tribunali penali internazionali. – 3.2. La creazione della Corte penale internazionale. – 4. La terza fase (1998-2018): una riflessione critica sul ruolo attuale della Commissione del diritto internazionale nella codificazione del diritto internazionale penale. – 4.1. L'obbligo *aut dedere aut judicare*. – 4.2. Il Progetto di articoli in materia di crimini contro l'umanità. – 5. Brevi note conclusive.

1. Premessa

Nell'approfondire il ruolo delle Nazioni Unite nella codificazione del diritto internazionale penale, ho ritenuto opportuno concentrare l'indagine sui lavori degli organi che si sono dedicati espressamente e consapevolmente alla codificazione della materia, in primo luogo la

* Professoressa associata di Diritto internazionale, Università degli studi di Firenze.

Commissione del diritto internazionale (CDI) e, secondariamente, gli altri numerosi comitati creati in seno all'organizzazione e incaricati di elaborare documenti e stilare rapporti in materia; non rientra dunque nella prospettiva d'analisi scelta il contributo indiretto dato alla codificazione del diritto internazionale penale dalla giurisprudenza dei tribunali penali internazionali. L'operato di questi ultimi resta tuttavia costantemente sullo sfondo di questa breve analisi poiché l'impatto della loro giurisprudenza, in particolare di quella dei tribunali *ad hoc* creati dal Consiglio di sicurezza dell'ONU, sulla codificazione della materia è assai significativo. Il riferimento alla giurisprudenza dei tribunali penali internazionali è necessario anche perché, sin dai primi tentativi di codificazione portati avanti nell'ambito delle Nazioni Unite, si è manifestata una tensione di fondo tra l'idea di intraprendere la strada di una codificazione gestita esclusivamente dai governi, con l'obiettivo di tradurre in norme pattizie le norme consuetudinarie già emerse – come per altri settori tradizionali del diritto internazionale – e quella invece di intraprendere la strada di una codificazione che guardasse anche e soprattutto al contributo della giurisprudenza del Tribunali di Norimberga e Tokyo e che fosse affidata in misura maggiore al lavoro di esperti della disciplina e non solo ai rappresentanti statali, lasciando spazio anche per lo sviluppo progressivo della materia. Come è noto, si sono percorse alla fine entrambe le strade, ma la tensione tra i due approcci ha caratterizzato con alterne vicende tutta la codificazione del diritto internazionale penale nell'ambito dell'ONU.

Ho identificato tre fasi nei lavori di codificazione nell'ambito delle Nazioni Unite (o ai margini dell'ONU), che ripercorrerò per sommi capi con particolare enfasi sulla prima nella quale hanno preso corpo le tensioni che hanno ostacolato e rallentato la codificazione della materia, le stesse tensioni che hanno poi caratterizzato anche le fasi successive.

2. La prima fase (1947-1974): grandi ambizioni, risultati modesti

Nei primissimi anni di vita dell'ONU, la codificazione del diritto internazionale penale occupò un posto centrale nei lavori di vari organi. Già nel dicembre del 1946, l'Assemblea generale adottò due importanti risoluzioni, la 95 (I) e la 96 (I), che possono essere considerate come le prime pietre che pongono le fondamenta dell'edificio del diritto internazionale penale: esse sono infatti alla base dei lavori di codificazione della materia intrapresi in questa prima fase.

Con la risoluzione 95 (I)[1], l'Assemblea generale riaffermò i Principi riconosciuti dallo Statuto e dalla sentenza del Tribunale di Norimberga, appena due mesi dopo la fine del processo, e affidò alla Commissione sullo sviluppo progressivo del diritto internazionale e la sua codificazione[2] il compito di formulare per esteso tali Principi nell'ottica di una codificazione generale dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità o dell'elaborazione di un codice penale internazionale[3]. Nell'idea originaria degli Stati Uniti, alla base di questa proposta, si pensava di tener conto per l'elaborazione dei Principi di Norimberga non solo dello Statuto, ma in larga misura della sentenza; si intendeva cioè guardare a quanto deciso dai giudici sulla base di una descrizione a dir poco scarna delle fattispecie criminose[4]. L'idea di fondo era quella di una codificazione che partisse dalla giurisprudenza.

Con la risoluzione 96 (I), adottata lo stesso giorno, l'Assemblea generale definì il genocidio – che non era inserito come tale nello Statuto di Norimberga, ma che era stato evocato e descritto più volte dai procuratori e nella sentenza[5] – come un crimine che nega il diritto di esistere a interi gruppi umani e la cui repressione è interesse della comunità internazionale[6]. Affidò poi al Consiglio economico e sociale (ECOSOC) il

[1] UN doc. A/RES/1/95, 11 dicembre 1946.

[2] Si tratta dell'organo che precedette la creazione della CDI, composto da rappresentanti di 17 Stati.

[3] "The General Assembly […] *Directs* the Committee on the codification of international law established by the resolution of the General Assembly of 11 December 1946 to treat *as a matter of primary importance* plans for the formulation, in the context of a general codification of offences against the peace and security of mankind, or of an International Criminal Code, of the principles recognized in the Charter of the Nurnberg Tribunal and in the judgment of the Tribunal" (corsivo aggiunto), UN doc. A/RES/1/95, cit., par. 2.

[4] Cfr. *The Charter and Judgment of the Nürnberg Tribunal – History and Analysis: Memorandum submitted by the Secretary-General, Part II e Part III*, UN doc. A/CN.4/5, disponibile nella biblioteca digitale ONU al seguente indirizzo: https://digitallibrary.un.org/record/160809/files/A_CN.4_5-EN.pdf.

[5] Cruciale fu il ruolo del giurista Raphal Lemkin per l'inserimento del genocidio negli atti d'accusa del Tribunale di Norimberga. Lemkin aveva già lavorato su una possibile definizione del crimine, cfr. LEMKIN, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, New York, 1944, in particolare il capitolo IX. Si veda anche EARL, *Prosecuting genocide before the Genocide Convention: Raphael Lemkin and the Nuremberg Trials, 1945–1949*, in *Journal of Genocide Research*, 2013, pp. 317-337.

[6] "Genocide is a denial of the right of existence of entire human groups, as homicide is the denial of the right to live of individual human beings; such denial of the right of existence shocks the conscience of mankind, results in great losses to humanity in the form of cultural and other contributions represented by these human groups, and is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations. Many instances of such crimes of genocide have occurred when racial, religious, political, and other groups

compito di intraprendere lo studio per elaborare una Convenzione per la prevenzione e la repressione di tale crimine. Molti Stati vollero chiarire che, poiché il crimine di genocidio non era stato inserito nello Statuto di Norimberga, si rendeva necessaria non tanto un'opera di codificazione, ma l'elaborazione di una nuova fattispecie criminosa e che quindi il negoziato spettava esclusivamente ai governi, nell'ambito dell'ECOSOC[7].

Nel corso dei lavori che presero l'avvio da queste due risoluzioni si manifestarono in concreto le tensioni appena descritte.

2.1. I primi progetti di codificazione affidati alla Commissione del diritto internazionale

Nel 1947 l'Assemblea generale istituì la CDI, organo composto da esperti[8], e decise di affidarle, non appena fosse stata eletta, il compito di formulare i Principi di diritto internazionale riconosciuti nella Carta di Norimberga e nella sentenza del Tribunale. Al contempo le affidò un nuovo compito: quello di preparare un Progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità, con l'indicazione di precisare quale posto dovessero occupare i Principi di Norimberga nell'ambito di tale Codice[9].

C'era già un cambiamento rispetto all'anno precedente, poiché da un solo progetto di codificazione si era passati a due. La suddivisione dei compiti affidati alla CDI in due diversi progetti, e in particolare l'assegnazione alla Commissione di un Progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità potrebbe essere letta come un segnale positivo, indice della volontà effettiva degli Stati di inserire nell'agenda della codificazione/sviluppo progressivo della materia quell'*International Criminal Code* menzionato nella risoluzione 95 (I) dell'Assemblea generale. Tuttavia, dall'esame dei dibattiti in seno alla VI Commissione dell'Assemblea emerge che la ragione della suddivisione fu di segno opposto: all'origine della separazione dei compiti della CDI in due diversi progetti stavano infatti i dubbi posti da alcuni Stati in merito alla conformità dei Principi di Norimberga al diritto internazionale generale e ancor più l'incertezza riguardo alle conseguenze derivanti

have been destroyed, entirely or in part. The punishment of the crime of genocide is a matter of international concern", UN doc. A/RES/1/96, 11 Dicembre 1946, preambolo.

[7] Per una ricostruzione completa dei lavori preparatori dei vari organi che hanno condotto all'adozione della Convenzione sul genocidio del 1948 si veda ABTAHI, WEBB, *The Genocide Convention. The Travaux Préparatoires*, Leiden, 2008.

[8] UN doc. A/RES/2/174, 21 novembre 1947.

[9] UN doc. A/RES/2/177, 21 novembre 1947.

da un'accettazione formale di tali Principi come regole vincolanti[10]. Alcuni Stati vedevano la CDI come un organo che avrebbe dovuto fare solo un lavoro di carattere speculativo sulla materia; sin dal principio si manifestò una resistenza di fondo a recepire quanto emerso dalla giurisprudenza di Norimberga e prese corpo quella tendenza alla frammentazione dei lavori che negli anni seguenti è poi diventata uno dei tratti distintivi dei tentativi di codificazione del diritto internazionale penale.

Inoltre, alcuni delegati premevano per un rinvio dei lavori su entrambi i progetti, argomentando che sarebbe stato più opportuno attendere la fine del processo di Tokyo e dei processi ancora in corso in Germania e nelle zone occupate dagli Alleati sulla base della legge del Consiglio di controllo alleato n. 10 – che com'è noto riproduceva fedelmente lo Statuto di Norimberga – per poter lavorare sulla base di una più ampia giurisprudenza. Il rinvio è un'altra tendenza che, insieme alla frammentazione, ha caratterizzato da quel momento in poi e per lungo tempo la codificazione del diritto internazionale penale.

2.2. La Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio

Nel frattempo l'Assemblea generale aveva fatto la scelta di affidare lo studio dell'elaborazione di un progetto di convenzione sul crimine di genocidio all'ECOSOC, nonostante all'orizzonte ci fosse già la creazione della futura CDI per occuparsi di codificazione e alcuni Stati vedessero di buon occhio l'idea di affidarle anche questo compito[11]. Per il genocidio si scelse fin da subito la strada del negoziato tra Stati; l'Unione Sovietica e altri Stati chiarirono infatti che all'istituenda CDI non doveva essere affidato altro compito se non quello di elaborare studi preparatori e che per l'elaborazione di nuove norme era invece necessario incaricare direttamente i governi, coadiuvati a loro discrezione da alcuni esperti.

C'era in questo caso un'urgenza politica poiché l'opinione pubblica internazionale, sull'onda dell'emozione suscitata dai processi per gli atroci crimini commessi durante la seconda guerra mondiale, si aspettava che l'ONU adottasse uno strumento di prevenzione e repressione del genocidio e molti governi premevano quindi in questa direzione. L'elaborazione di una Convenzione sul genocidio era vista inoltre da molti come un'opera che non aveva a che fare con la codificazione in

[10] Differenti punti di vista peraltro si manifestano immediatamente anche all'interno della CDI, cfr. *YILC*, 1949, p. 129 ss.

[11] *Sixth Committee Legal Questions Summary Record of Meetings*, UN doc. A/C.6/127, 13 dicembre 1946, *passim*.

senso stretto, ma con la creazione di nuovo diritto, da qui la scelta di affidare il negoziato a un organo composto da delegati statali. La diffidenza nei confronti di un organo composto da esperti evidenzia un'ulteriore linea di tensione nella codificazione del diritto internazionale penale, una tensione che non è solo tra codificazione che guarda alla giurisprudenza e codificazione "tradizionale", ma che si ripropone come dualismo/tensione tra ruolo degli Stati e ruolo degli esperti nella codificazione e nello sviluppo progressivo, che a sua volta caratterizza, con diversi punti di equilibrio, i lavori di codificazione che l'ONU porta avanti in materia di diritto internazionale penale fino ai giorni nostri. Dai dibattiti in VI Commissione si enuclea subito la differenza fra gli Stati che ritenevano che gli esperti dovessero giocare un ruolo importante nell'opera di codificazione e quelli che ritenevano invece che la codificazione dovesse restare saldamente ed esclusivamente nelle mani dei governi, ai quali spettava decidere se e quanto rifarsi alla giurisprudenza e in che misura eventualmente servirsi del contributo degli esperti[12].

Naturalmente il dualismo esperti/rappresentanti dei governi non finì certo con l'affidamento del mandato di preparare un progetto di convenzione all'ECOSOC; quest'ultimo infatti affidò al Segretariato generale il compito di elaborare una prima bozza di testo, per la preparazione del quale furono coinvolti tre autorevoli esperti: Lemkin, Donnedieu de Vabres e Pella[13].

Il testo predisposto come base per i lavori dell'ECOSOC era composto da 24 articoli e vi erano allegati due progetti di statuto per una corte penale internazionale sebbene la risoluzione 96 (I) non ne avesse men-

[12] Emerge a mio parere in maniera chiara che alcuni Stati hanno già in mente di voler dilazionare, per non dire diluire o quasi annullare, la codificazione del diritto internazionale penale e proprio per questo, laddove non hanno una chiara intenzione di contribuire all'elaborazione di norme che possono diventare vincolanti per gli Stati, decidono di affidarne lo studio alla CDI, ben sapendo che secondo loro di studio, appunto, dovrà trattarsi. Si veda ad esempio: *Summary Record of the Drafting Sub-Committee of the Social Committee*, UN doc. E/AC.7/W.14, 24 marzo 1947.

[13] "Donnant suite à la dite résolution du Conseil économique et social, le Secrétaire général a prié le directeur de la division des droits de l'homme de préparer un projet de convention accompagné de commentaires appropriés et il a demandé à trois experts, [sic] savoir M. Donnedieu de Vabres, professeur à la faculté de droit de Paris, son Excellence M. le professeur Pella, président de l'Association internationale de droit pénal et M. le professeur Lemkin, de lui donner le concours de leurs avis autorisés. Les experts ont discuté avec le professeur Humphrey, directeur de la division des droits de l'homme, le professeur Giraud, chef de la section des recherches de la division des droits de l'homme et M. Kliava, représentant du département juridique, un avant-projet de convention", *Commentaire par le Secrétaire Général du Projet de Convention Concernant le Génocide*, *Introduction*, UN doc. A/AC.10/41.

zionato l'eventuale costituzione[14]; esso era corredato di un commentario preparato dai tre esperti consultati. Questi ultimi fecero presente che non aveva senso definire il genocidio come crimine internazionale senza prevedere da un lato l'universalità della giurisdizione penale[15] e dall'altro la creazione di un tribunale penale internazionale che fosse competente a perseguire i responsabili[16]. Il testo fu portato all'attenzione degli Stati, ma ben presto apparve chiaro che la maggior parte di essi era contraria alla creazione immediata di un tribunale penale internazionale[17].

La tensione di fondo e la contrapposizione tra governi ed esperti acquistavano un'ulteriore dimensione concreta. La spaccatura tra i due punti di vista era destinata a tradursi di lì a breve in una separazione tra la codificazione delle norme primarie, la definizione dei crimini, e la codificazione relativa alle norme secondarie, quella relativa ai criteri di giurisdizione e ai meccanismi di attuazione della responsabilità penale individuale. È proprio quest'ultimo lo scoglio sul quale si è arenata per lungo tempo la codificazione del diritto internazionale penale.

Nonostante simili divergenze di opinione, si procedette speditamente verso l'adozione della Convenzione sul genocidio che avvenne il 9 dicembre del 1948. Nel corso dei lavori preparatori fu proposto più volte, viste le divergenze di fondo tra gli Stati, di riferire la bozza di conven-

[14] Erano proposte due alternative, si veda l'art. X del Progetto: "Une alternative est proposée: *1ère formule*: la juridiction pénale prévue à l'article VIII sera la Cour pénale internationale qui aura reçu compétence pour juger les crimes internationaux. *2ème formule*: un tribunal international sera institué pour juger les crimes de génocide (voir annexes)". In allegato al Progetto, due bozze di Statuto.

[15] Cfr Art. VII del Progetto: "Les Hautes Parties contractantes s'engagent à punir les auteurs d'actes visés par la présente Convention se trouvant sur un territoire soumis à son contrôle quel que soit leur nationalité ou le lieu où le crime a été commis.", UN doc. A/AC.10/41.

[16] Art. IX del Progetto: "Les Hautes Parties Contractantes s'engagent à déférer à la juridiction internationale les auteurs de génocide visés par la présente Convention dans les cas suivants: 1° Si elles ne sont pas disposées à les juger elles-mêmes en application de l'article VII et si elles ne les extradent pas en application de l'article VIII; 2° Si les actes de génocide ont été commis par des individus agissant comme organes de l'État ou avec l'encouragement ou la tolérance de l'État " (*ibidem*). All'art. VII era prevista l'estradizione e si affermava che il genocidio non poteva essere considerato reato politico. Nel commentario si legge: "L'État a l'obligation de déférer les actes de génocide à la juridiction internationale. Les actes de génocide ont été commis par des individus comme organes de l'État ou avec l'encouragement ou la tolérance de l'État. Dans ce cas il s'agit de juger des gouvernants d'un État ou des gens qui ont agi d'entente avec ces gouvernants, c'est un cas grave qui particulièrement intéresse au plus haut point l'ensemble de la communauté internationale. C'est la juridiction internationale qui aura le plus d'autorité pour statuer". (UN doc. A/AC.10/41).

[17] Cfr. SHABAS, *Genocide in International Law. The Crime of Crimes*, 2nd ed., Cambridge, 2009, spec. pp. 14-51.

zione alla istituenda CDI[18], ma la proposta fu respinta e si presentò la bozza di convenzione direttamente agli Stati. Il timore prevalente era che la CDI, organo di esperti, elaborasse un progetto non accettabile per gli Stati; molti temevano anche che rimettere il compito alla CDI significasse rinviare e dilazionare l'adozione di una convenzione, che invece per motivi politici era urgente adottare. Emblematica la posizione espressa in VI Commissione dal rappresentante del Venezuela, per il quale non si poteva lasciare il progetto nelle mani degli esperti "since the political significance of the future convention would be greater than its juridical significance"[19]. Nonostante alcuni Stati si rendessero ben conto che l'elaborazione di una Convenzione sul genocidio era strettamente collegata ai compiti già affidati alla CDI, vale a dire quello di formulare i Principi di Norimberga e quello di elaborare un Progetto di Codice dei crimini contro la pace la sicurezza dell'umanità, e che era incoerente mandare avanti i lavori su binari completamente separati, con la risoluzione 180 (II) adottata nel 1947 l'Assemblea generale raccomandò all'ECOSOC di procedere con l'elaborazione di un progetto di convenzione, limitandosi a segnalare che si tenessero in conto i lavori della CDI[20].

La volontà politica di adottare rapidamente la Convenzione sul genocidio prevalse sulle perplessità di alcuni Stati e l'urgenza condusse a non preoccuparsi delle possibilità di una sua attuazione concreta; si sacrificò così la discussione sui criteri di giurisdizione per la repressione del genocidio e sulla creazione di un tribunale penale internazionale, questione quest'ultima che si decise di affidare allo studio della CDI. Una simile scelta, considerate le opinioni espresse sul ruolo della CDI durante i dibattiti in VI Commissione, tradiva già la mancanza di volontà politica degli Stati di procedere speditamente in questa direzione.

[18] Su iniziativa dei Paesi Bassi, cfr. UN doc. A/AC.10/SR.29, pp. 10 e 20-21.

[19] Dichiarazione del Rappresentante del Venezuela in seno alla VI Commissione dell'Assemblea generale: "He was opposed to sending the matter to the International Law Commission, as the members thereof would again be experts and not representatives of the Governments. It was essential to go beyond the technical stage, which had already been covered by the work of the Secretariat, and to deal with the political aspect of the matter", *Summary of the 42nd meeting*, *6 October 1947,* UN doc. A/C.6/SR.42.

[20] L'Assemblea generale: "*Requests* the Economic and Social Council to continue the work it has begun concerning the suppression of the crime of genocide, including the study of the draft convention prepared by the Secretariat, and to proceed with the completion of a convention, taking into account that the International Law Commission, which will be set up in due course in accordance with General Assembly resolution 174(II) of 21 November 1947, has been charged with the formulation of the principles recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal, as well as the preparation of a draft code of offences against peace and security", UN doc A/RES/2/180, 21 novembre 1947.

In particolare, si respinse la proposta di inserire nel testo finale il criterio di universalità della giurisdizione penale e si optò per il criterio della territorialità come unica opzione per gli Stati, lasciando al contempo solo un riferimento generico a un tribunale internazionale competente come alternativa alla repressione del crimine negli ordinamenti interni[21]. Questo, nonostante l'opinione degli esperti e nonostante alcuni delegati statali avessero messo in guardia sul fatto che la Convenzione rischiava di rivelarsi una somma di formule completamente inutili se non si fosse creata al più presto una corte penale internazionale e si fosse lasciato solo nelle mani degli Stati la repressione del crimine commesso nei rispettivi territori[22].

Il Progetto di convenzione sul divieto di genocidio approvato dalla VI Commissione fu inviato all'Assemblea generale che adottò la Convezione aprendola alla firma degli Stati[23]; fu al contempo richiesto alla CDI di studiare la desiderabilità e la fattibilità di un organo internazionale competente a giudicare gli individui accusati di genocidio e di altri crimini internazionali.

La questione della possibile creazione di un tribunale penale internazionale fu separata dalla codificazione dei crimini: si realizzò così quella separazione tra la codificazione delle norme primarie (vale a dire, la parte sostanziale del diritto internazionale penale) e la codificazione relativa alle norme secondarie riguardante i meccanismi di attuazione della responsabilità penale individuale, separazione che costituisce una ulteriore linea di frammentazione che da quel momento in poi ha caratterizzato la codificazione del diritto internazionale penale in ambito ONU.

2.3. La parcellizzazione progressiva della codificazione del diritto internazionale penale: la formulazione dei Principi di Norimberga

La CDI già nel 1948 lavorava alla formulazione dei Principi di Norimberga e al Progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza

[21] Merita inoltre rilevare che nella fase finale del negoziato, su proposta del Venezuela, si decise di omettere anche ogni riferimento alla giurisprudenza del Tribunale di Norimberga, SHANY, *The Road to the Genocide Convention and Beyond*, in GAETA (ed.), *The UN Genocide Convention. A Commentary*, Oxford, 2009, pp. 9-10.

[22] "The representative of France regarded the creation of such a court as the essential purpose of the convention on genocide, since, for the reasons already given, it was impossible to leave to each individual State the responsibility for punishing acts of genocide committed in its own territory. The convention would be a mere accumulation of entirely ineffective formulas, if such a court were not established within a reasonable period" (Chaumont, France, VI Committee, UN doc. A/C.6/SR.95).

[23] UN doc. A/RES/3/260, 9 dicembre 1948.

dell'umanità. Nel 1949 le fu affidato un terzo ulteriore (e separato) compito, quello di elaborare un Progetto di statuto di un tribunale penale internazionale: salivano quindi a tre i progetti in materia di diritto internazionale penale affidati allo studio della Commissione.

Rispetto al primo dei tre progetti, l'elaborazione dei Principi di Norimberga, la CDI dovette decidere se limitarsi a quelli che emergevano direttamente dallo Statuto e dalla sentenza del Tribunale, oppure occuparsi anche di altre categorie di crimini non inserite nello Statuto. La CDI, viste le divergenze di opinione tra i suoi membri, decise di adottare un approccio "minimalista", vale a dire si limitò a riformulare i Principi come estrapolati dallo Statuto e dalla sentenza del Tribunale di Norimberga senza valutare la loro conformità al diritto internazionale o la loro natura di norme consuetudinarie. I lavori sul tema si conclusero molto rapidamente, nel 1950, con l'adozione di sette Principi[24].

La verità è che non c'era accordo neanche tra i membri della CDI sulle questioni di fondo, prima tra tutte la soggettività dell'individuo sul piano del diritto internazionale. Le posizioni dei componenti della Commissione erano molto variegate: ai due estremi stavano George Scelle, convinto assertore della soggettività dell'individuo[25] e fautore di un ruolo ampio della CDI, e Vladimir Korestky che negava la soggettività dell'individuo[26] e spingeva perché la CDI salvaguardasse la tutela della sovranità degli Stati nell'esercizio della giurisdizione penale. La Commissione finì col respingere la proposta di menzionare la soggettività dell'individuo tra i Principi di Norimberga. Ciò significava tuttavia

[24] I Principi di Norimberga con relativo commentario sono riprodotti in *YILC*, 1950, vol. II, par. 97. Per una ricca raccolta di dottrina antica e recente relativa all'impatto del Tribunale e della giurisprudenza di Norimberga sul diritto penale internazionale, cfr. METTRAUX (ed.), *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Oxford, 2008.

[25] Nelle parole di Scelle: "According to the terms of General Assembly resolution 177 (II), the Commission was called upon to formulate the principles recognized by the Charter and judgment of Nuremberg. That implied that, in the opinion of the General Assembly itself, the Charter and judgment had not created but had confirmed principles already existent in positive international law or still in the process of development. Both had to be formulated by the Commission, which had to go even farther. Actually, the principle of individual responsibility was only the application of a more general principle to which Sir Hartley Shawcross had alluded and which was enunciated in the 'reasons adduced' of the judgment, namely that the individual was subject to international law. In his indictment, Sir Hartley Shawcross had pointed out that that principle had already existed in international law and had been recognized by all States. It was therefore appropriate likewise to formulate that very general principle in view of the fact that the principle of individual responsibility was only its application.", *ILC 26th meeting*, 24 maggio 1949, in *YILC*, 1949, p. 186.

[26] Si veda ad esempio la posizione espressa da Korestky, *ILC 9th meeting*, 25 aprile 1949, ivi, p. 73.

non poter riaffermare i Principi come interpretati dal Tribunale di Norimberga, che aveva chiaramente basato le condanne sull'affermazione che gli individui hanno obblighi che trascendono quelli statali[27].

L'ottica riduttiva e minimalista della CDI tuttavia non bastò a eliminare i motivi di contrasto sulla natura dei Principi. Il dibattito fu molto acceso in seno alla CDI[28] e poi in seno alla VI Commissione, tanto è vero che i Principi di Norimberga adottati dalla CDI nel 1950 furono archiviati rapidamente senza essere formalmente approvati dall'Assemblea generale.

La Commissione perse così l'occasione di giocare un ruolo significativo: limitandosi a riprodurre alcune delle regole contenute nello Statuto di Norimberga senza entrare nel merito del loro valore o della loro natura, essa gettò un'ombra sui tentativi successivi di codificazione perché lasciò aperta alla VI Commissione e ad alcuni Stati la possibilità di mantenere le distanze dalla giurisprudenza di Norimberga e di discutere di crimini internazionali come se la loro esistenza fosse dubbia e il diritto internazionale penale dovesse essere oggetto di pura speculazione.

Restavano a quel punto due ambiti di lavoro per la CDI in materia di diritto internazionale penale: il Progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità e il Progetto per la creazione di una corte penale internazionale. La Commissione aveva nel frattempo nominato Ricardo J. Alfaro e Emil Sandström come relatori sulla questione della giurisdizione penale internazionale e Jean Spiropoulos in qualità di Relatore per il Progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità.

[27] Conviene riportare i brani più noti della sentenza nei quali i giudici affermarono con chiarezza: "That international law imposes duties and liabilities upon individuals as well as upon States has long been recognized" e ancora: "Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced", *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Proceedings*, vol. I, Norimberga, 1947, p. 223.

[28] Nel momento in cui la CDI si avviava verso l'adozione dei Principi di Norimberga senza ulteriore discussione, George Scelle fece mettere a verbale il suo disaccordo rispetto all'approccio "minimalista" della Commissione stessa: "Mr. Scelle regretted that he was unable to accept this part of the report on the grounds which he had already stated the previous year—namely, that the report did not enunciate the general legal principles on which the provisions of the Charter and the decisions of the Tribunal were based, and also because the final form of the report appeared not to represent exactly the findings adopted by the Commission during its preliminary discussions and to minimize their scope", *ILC 78th meeting*, 24 luglio 1950, in *YILC*, 1950, vol. I, p. 296.

2.4. Segue*: La questione relativa alla creazione di una giurisdizione penale internazionale*

I due relatori incaricati di esaminare la questione della giurisdizione internazionale[29] presentarono due rapporti di tenore molto differente. Alfaro fece anzitutto presente, nel suo primo rapporto[30], che non era concepibile affrontare la questione della eventuale creazione di un tribunale penale permanente separatamente dal Progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità poiché li considerava due progetti complementari[31]. Egli concludeva che non solo fosse opportuno creare un tribunale penale internazionale, ma che gli Stati avessero quasi un obbligo di farlo[32]. Alfaro riteneva altresì che fosse possibile creare un tribunale internazionale senza pregiudicare la sovranità degli Stati, perché il consenso di questi ultimi sarebbe stato comunque alla base della competenza di tale tribunale, sia nell'ipotesi dell'istituzione di una camera penale da aggiungere della Corte internazionale di giustizia (CIG) modificandone lo Statuto, sia nel caso della creazione di un tribunale autonomo.

Il rapporto di Sandström era di tenore assai più cauto[33]. Anch'egli riteneva che fosse possibile aggiungere una camera penale alla CIG o creare una corte penale internazionale separata, ma era molto più incerto in merito all'opportunità politica di intraprendere questo percorso poiché molti Stati avevano chiaramente sostenuto che l'esercizio della giurisdizione penale doveva restare di loro competenza esclusiva e non essere trasferita, seppur parzialmente, alla comunità internazionale. Sandström sottolineava inoltre che nel caso in cui fosse stata istituita una corte penale internazionale, questa avrebbe potuto funzionare solo con la colla-

[29] La questione fu inserita in agenda con il seguente titolo: "Desirability and possibility of establishing an international judicial organ for the trial of persons charged with genocide or other crimes over which jurisdiction will be conferred upon that organ by international conventions".

[30] UN doc. A/ CN.4/15 Corr. 1, in *YILC*, 1950, vol. II, p. 1 ss.

[31] "In view of the above stated facts and circumstances, it is my belief that the United Nations should consider and decide as inseparable and mutually complementary, the three questions of the international criminal jurisdiction, the formulation of the Nurnberg principles and the elaboration of an International Penal Code", ivi, p. 9.

[32] "The community of States realizes that another war will mean the destruction of civilization. It has not only a right but also a duty to make sure that civilization – both material and moral – is not destroyed. The community of States has the same right every community of individuals has to protect its existence from crime and – provide for its own security through the organization of a permanent system of penal justice", ivi, p. 18.

[33] UN doc. A/CN.4/20, in *YILC*, 1950, vol. II, p. 18 ss.

borazione degli Stati[34], una eventuale mancanza di collaborazione avrebbe impedito il funzionamento della Corte e ne avrebbe minato alla base l'efficacia[35].

Alla luce di questi punti di vista discordanti[36], ripresi nel rapporto della CDI del 1950, l'Assemblea generale ritenne di dover ulteriormente frammentare lo studio della questione, creando un nuovo Comitato di 17 membri rappresentanti dei governi con il compito di presentare uno o più progetti di statuto del futuro tribunale penale internazionale[37]. Sembra

[34] "If, at last, we consider the possibilities of bringing the accused before the Court, provided that it be competent, and of executing the judgements, it must be admitted that there exists no international organization whatsoever for this purpose. In the event of a State refusing to appear before the Court, or to bring before it persons being in its territory, or to execute a judgement, there are no means, in the actual organization of the international community, to have this done. There is of course, at least in theory, a possibility of creating the necessary machinery by amending the Charter, even if it is difficult to see how it would be organized and who would consent to act as the policeman. Still in many cases nothing short of war would be sufficient to guarantee results. In any event the bringing of the accused before the Court and the execution of a judgement would remain uncertain", ivi, p. 21. Queste parole, scritte nel 1950, sembrano anticipare di molti anni le difficoltà poi incontrate dall'attuale CPI nell'assicurarsi la collaborazione da parte degli Stati.

[35] Sandström concludeva: "There are great risks that culprits will not always be brought before the Court. On the whole this will give the impression that the jurisdiction is being exercised in an arbitrary way. Its deterring effect will thus be very doubtful, if any", ivi, p. 22.

[36] Altri avevano espresso chiaramente alcune perplessità, si vedano ad esempio le dichiarazioni di Brierly: "If an international court were established but could not function, it would be not only ineffectual, but it would also create dangerous illusions among the nations", *ILC 42nd meeting*, 8 giugno 1950, in *YILC*, 1950, vol. I, p. 16. E ancora con parole che sembrano premonitrici: "he felt it was impossible to draft a convention under which all States would undertake to bring their nationals accused of crimes before an international tribunal. Even if they did undertake to do so, it was extremely probable that when the time came they would not honour their signatures. And after all, crimes against humanity were committed by individuals not of their own accord, but with the acquiescence of their governments. How then could it be hoped that those governments would agree to the accused persons being summoned before an international tribunal? Would the establishment of such an organ in 1930 have prevented the crimes of genocide perpetrated by Germany? An international criminal court would not be required to judge cases covered by national laws since if a government disapproved of the criminal activities of one of its nationals, is could summon him before a national tribunal. On the other hand, if it approved of his activities, it would not bring him before an international court. To prosecute a criminal without the co-operation of his government, an international court would have to have at its disposal, in the international sphere, a full-scale police organization comparable to that possessed by States on the national scale for the prevention of crimes. It was impossible to reconcile all those factors", ivi, p. 17.

[37] UN doc. A/RES/489, 12 dicembre 1950 in cui l'Assemblea generale: "Decides that a Committee composed of the representatives of the following seventeen Member States, namely, Australia, Brazil, China, Cuba, Denmark, Egypt, France, India, Iran, Isra-

quasi paradossale che si sia chiesto a un organo formato da esperti, la CDI, di rispondere a una questione politica – vale a dire quella relativa all'opportunità di istituire una corte penale internazionale – per poi decidere di affidare invece a un organo politico il compito tecnico di elaborare un progetto di Statuto.

Così facendo, l'Assemblea generale consolidò l'idea di separare la codificazione delle norme primarie da quella delle norme secondarie, trasferendo quest'ultima completamente nelle mani degli Stati e lasciando alla CDI solo la definizione dei crimini. Si verificò il processo inverso rispetto a quanto avvenuto con la Convenzione sul genocidio, nell'ambito della quale gli Stati avevano elaborato la definizione del crimine, sotto l'impulso dell'urgenza politica, stralciando la parte relativa ai meccanismi internazionali per reprimerlo. Diventava sempre più chiaro che la frammentazione del processo di codificazione del diritto internazionale penale veniva usata allo scopo di rinviare *sine die* sia la creazione di un tribunale penale internazionale competente per il genocidio e gli altri crimini internazionali sia le altre questioni controverse.

2.5. Segue*: Il Progetto di Codice dei crimini e lo stallo provocato dal nodo della definizione del crimine di aggressione*

La CDI intanto proseguiva il proprio lavoro sul Progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità: un primo progetto fu presentato, con relativo commentario, nel 1950[38]. Il Relatore Spiropoulos aveva chiarito sin da subito che riteneva inopportuno che la CDI definisse il crimine di aggressione. Tuttavia, a seguito dell'invasione della Corea del sud nel 1950, l'Assemblea generale chiese di inserire la definizione di aggressione nel Progetto di Codice. La CDI non trovò però un accordo sul punto e perse un'altra occasione per giocare un ruolo decisivo nella codificazione della materia. Il secondo rapporto di Spiropoulos rifletteva la mancanza di accordo in seno alla CDI e dava conto dell'impossibilità di elaborare una definizione condivisa di aggressione[39]. L'Assemblea generale decise allora, nel 1952, di creare un ulteriore

el, The Netherlands, Pakistan, Peru, Syria, The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, the United States of America and Uruguay, shall meet in Geneva on 1 August 1951 for the purpose od preparing one or more preliminary draft conventions and proposals relating to the establishment and the statute of an international criminal court", par. 1.

[38] UN doc. A/CN.4/25, 26 aprile 1950, in *YILC*, 1950, vol. II, p. 253 ss.

[39] UN doc. A/CN.4/44, 12 aprile 1951: "Bearing in mind the preceding remarks, our conclusion is that the notion of aggression is a notion *per se*, a primary notion, which, by its very essence is not susceptible of definition […]. A "legal" definition of aggression

Comitato speciale composto da 15 delegati statali e lo incaricò di presentare, nel 1954, una bozza di definizione del crimine di aggressione[40]. Anche la questione di diritto sostanziale più delicata fu dunque sottratta al mandato della Commissione e affidata a un gruppo di lavoro formato da rappresentanti governativi: alla CDI restava solo il Progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità.

Nel giro di pochi anni si realizzò una vera e propria parcellizzazione della codificazione del diritto internazionale penale, con la creazione di tre gruppi di lavoro distinti, con composizione diversa e senza prevedere alcun meccanismo di coordinamento dei lavori. La mancanza di coordinamento e, nello specifico, le difficoltà di elaborare una definizione di aggressione fecero inoltre strada a nuovi rinvii e determinarono uno stallo nei lavori dei vari Comitati e della stessa CDI.

Nel 1953 il Progetto di statuto per la creazione di una corte penale internazionale, preparato dall'apposito Comitato, fu presentato all'Assemblea[41], ma questa ne rinviò l'esame in attesa che venisse terminata la stesura del Progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità in seno alla CDI. Il Progetto di Codice fu adottato in prima lettura nel 1954[42] e presentato anch'esso all'Assemblea generale; quest'ultima ritenne opportuno però rinviare anche l'esame di tale progetto in attesa della definizione del crimine di aggressione, che la stessa Assemblea due anni prima aveva stralciato dal Progetto di Codice e affidato a un apposito Comitato speciale.

Il Comitato speciale incaricato di elaborare la definizione di aggressione non riuscì però a trovare un accordo, né vi riuscirono i due Comitati successivi creati rispettivamente nel 1954[43] e nel 1957[44]. Solo il quarto

would be an artificial construction which, applied to concrete cases, could easily lead to conclusions which might be contrary to the 'natural' notion of aggression, which is the test adopted by international law for the determination of aggression", parr. 165-166 del rapporto, in *YILC*, 1951, vol. II, p. 69.

[40] UN doc. A/RES/688 del 20 dicembre 1952: "Decides to establish a Special Commitee of fifteen members each representing one of the following Member States: Bolivia, Brazil, China, Dominican Republic, France, Iran, Mexico, the Netherlands, Norway, Pakistan, Poland, Syria, Union of the Soviet Socialist Republics, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, United States of America to meet at the United Nations Headquarters in 1953 […] to submit to the General Assembly at its ninth session draft definitions of aggression or draft statements of the notion of aggression", parr. 1-2.

[41] *Report of the 1953 Committee on International Criminal Jurisdiction*, UN doc. A/2645.

[42] *Third Report Relating to a Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind by J. Spiropoulos*, UN doc. A/CN.4/85, 12 aprile 1954, in *YILC*, 1954, vol. II, p. 112 ss.

[43] UN doc. A/RES/895, 4 dicembre 1954.

Comitato speciale riuscì, nel 1974, ad arrivare a una definizione di aggressione, che l'Assemblea generale poi adottò con la risoluzione 3314 (XXIX)[45].

Nel documento adottato tuttavia il riferimento alla dimensione della responsabilità penale individuale era praticamente assente. La parola crimine compariva all'art. 5, par. 2: "A war of aggression is a crime against international peace", ma subito seguita dall'affermazione: "Aggression gives rise to international responsibility", che sembrava rimandare alla responsabilità dello Stato più che alla responsabilità penale individuale.

In definitiva, i lavori di codificazione del diritto penale internazionale avevano subito una battuta d'arresto fatale per attendere l'adozione di un documento che, per quanto importante, rimaneva una risoluzione di carattere non vincolante, che poco aveva a che vedere con la definizione del crimine individuale contro la pace perseguito a Norimberga e che non conteneva riferimento alcuno a meccanismi di repressione penale[46].

In questa prima fase i risultati furono quindi scarsi rispetto alle grandi aspettative inziali. Gli esperti faticarono a giocare un ruolo di rilievo, nonostante la vivacità e la ricchezza del dibattito in seno alla CDI e prevalse invece la volontà degli Stati di dilazionare i progetti nel tempo. Emersero inoltre alcune linee di tensione che poi si sono riprodotte anche nelle fasi successive del processo di codificazione del diritto internazionale penale, sebbene con punti di equilibrio diversi rispetto a questa prima fase.

3. La seconda fase (1978-1998): dalla lenta ripresa dei lavori della Commissione del diritto internazionale all'accelerazione impressa alla codificazione dalla creazione dei Tribunali penali internazionali ad hoc

Una volta adottata la definizione di aggressione, gli altri due progetti lasciati in sospeso avrebbero potuto essere rilanciati nell'ambito dei ri-

[44] UN doc. A/RES/1181, 29 novembre 1957.

[45] UN doc. A/RES/3314, 14 dicembre 1974.

[46] Un riferimento a un tribunale penale internazionale era invece contenuto nella Convenzione contro l'apartheid adottata dall'Assemblea generale nel dicembre del 1973 nella quale l'apartheid era definito come un crimine contro l'umanità e in cui si stabiliva, all'art. V, che coloro che erano sospettati di tale crimine "may be tried by a competent tribunal of any State Party to the Convention which may acquire jurisdiction over the person of the accused or by an international penal tribunal having jurisdiction with respect to those States Parties which shall have accepted its jurisdiction"; ma neanche in quest'ambito si fecero passi avanti concreti per la creazione di tale tribunale.

spettivi organi cui erano stati affidati, ma era passato troppo tempo e l'interesse verso la codificazione del diritto internazionale penale era notevolmente diminuito, anche nell'opinione pubblica. Nel 1978, l'Assemblea generale reinserì all'ordine del giorno la discussione sul Progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità adottato nel 1954, chiedendo agli Stati di formulare le proprie osservazioni sul testo[47], ma pochissimi Stati risposero alle reiterate richieste di commenti e osservazioni[48].

L'opinione prevalente era che il Progetto di Codice del 1954 fosse anacronistico[49]; l'Assemblea decise dunque di chiedere alla CDI di riprendere il lavori allo scopo di elaborare una seconda versione del testo[50]. Del resto nel 1982 la CDI nominò quindi come nuovo Relatore speciale, Doudou Thiam[51]. I lavori sulla versione aggiornata del Progetto di Codice si rivelarono subito problematici; dai rapporti presentati annualmente dal Relatore Thiam emerge chiaramente che erano ancora vive le antiche spaccature tra coloro che avrebbero voluto inserire nel Codice soltanto disposizioni di carattere sostanziale e coloro che invece avrebbero voluto occuparsi anche della repressione dei crimini nonché tra coloro che avrebbero voluto limitarsi a una codificazione in senso stretto e coloro che invece avrebbero voluto procedere allo sviluppo progressivo della materia[52]. Conviene sottolineare inoltre che la Commissione lavorava nel quasi totale disinteresse da parte degli Stati: soltanto in pochissimi formularono le proprie osservazioni sul nuovo Progetto di Codice prima che fosse adottato in prima lettura nel 1991[53], rendendo

[47] UN doc. A/RES/33/97, 16 dicembre 1978.

[48] Si veda anche UN doc. A/RES/33/97, 4 dicembre 1980, con la quale l'Assemblea lanciò un nuovo appello agli Stati.

[49] Si vedano le posizioni degli Stati in UN doc. A/36/416 e il rapporto analitico del Segretario generale, UN doc. A/36/535.

[50] UN doc. A/RES/36/106 dal titolo "Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind", 10 dicembre 1981.

[51] Si vedano anche i seguenti documenti nei quali si fa il punto sulle diverse posizioni degli Stati: UN doc. A/CN.4/358 and Add. 1-4, in *YILC*, 1982, vol. II, part 1, p. 273 e UN doc. A/CN.4/369 and Add. l and 2, in *YILC*, 1983, vol. II, part 1, p. 153.

[52] Si vedano i seguenti rapporti: UN doc. A/CN.4/364, 18 marzo 1983; A/CN.4/377 and Corr.1, 1° febbraio 1984; A/CN.4/387 and Corr.1 and Corr.2, 8 aprile 1985; A/CN.4/398 and Corr. 1-3, 11 marzo 1986; A/CN.4/404 and Corr.1 and Corr.2, 17 marzo 1987; A/CN.4/411 and Corr.1 & 2, 19 febbraio 1988; A/CN.4/419 & Corr.1 and Add.1, 24 febbraio 1989. Tra il 1987 e il 1988 il Progetto fu rinominato "Draft Code of crimes against peace and security of mankind".

[53] Si veda il testo in *Report of the International Law Commission on the work of its forty-third session, 29 April - 19 July 1991*, UN doc. A/46/10, in *YILC*, 1991, vol. II, part 2, p. 94 ss.

molto difficile capire quale fosse il gradimento degli Stati rispetto ai lavori della CDI.

3.1. La svolta impressa alla codificazione del diritto internazionale penale dalla creazione dei Tribunali penali internazionali

Mentre i lavori della CDI proseguivano con fatica, un evento imprevisto, verificatosi nel contesto di uno scenario internazionale in rapido e radicale mutamento, innescò un cambio di marcia. Nel 1989 la delegazione di Trinidad e Tobago chiese all'Assemblea generale di occuparsi della questione del traffico illecito di sostanze stupefacenti e propose la creazione di un tribunale penale internazionale competente a perseguire i responsabili di tale crimine; l'Assemblea approfittò di questa richiesta per invitare la CDI a discutere, nell'ambito del Progetto di Codice dei crimini, anche dell'eventualità di creare tale tribunale[54].

Il Relatore Thiam dedicò al tema una parte del suo ottavo rapporto, ritenendo però opportuno ampliare l'ipotetica competenza del tribunale ai crimini contenuti nel Progetto di Codice.[55] In seno alla CDI prevalse ancora una volta la logica della frammentazione e il dibattito circa l'opportunità di creare una corte penale internazionale fu affidato a un nuovo gruppo di lavoro.[56] Nel giro di due anni il *working group* tenne 16 incontri[57] e nel 1992 presentò alla CDI un rapporto nel quale si sosteneva che l'ipotesi preferibile fosse quella di creare, per mezzo di un trattato multilaterale, un tribunale internazionale, non necessariamente collegato al Progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza

[54] UN doc. A/RES/44/39 del 4 dicembre 1989, dal titolo *International criminal responsibility of individuals and entities engaged in illicit trafficking in narcotic drugs across national frontier and other transnational criminal activities: establishment of an international criminal court with jurisdiction over such crimes*.

[55] UN doc. A/CN.4/430 and Add.1, 8 marzo e 6 aprile 1990, in *YILC*, 1990, vol. II, part 1, p. 36 ss.

[56] *Report of the International Law Commission on the work of its forty-second session, 1 May - 20 July 1990*, UN doc A/45/10, in *YILC*, 1990, vol. II, part 2, p. 11 ss.

[57] "The Working Group held 16 meetings in the course of which it prepared a report to the Commission containing a detailed account of its consideration and analysis of a number of issues related to the possible establishment of an international criminal jurisdiction, as well as a summary of its deliberations and specific recommendations, together with an appendix containing a table of selected proposals for the prosecution/complaints mechanism of an international criminal court", *Report of the International Law Commission on the work of its forty-second session, 4 May - 24 July 1992*, UN doc. A/47/10, in *YILC*, 1992, vol. II, part 2, p. 16.

dell'umanità, ma competente a giudicare anche di crimini oggetto di altre convenzioni[58].

In ogni caso il gruppo di lavoro precisò di avere completato la fase esplorativa/preparatoria e chiese all'Assemblea generale di decidere con quali modalità si dovesse procedere all'elaborazione del Progetto di statuto per la futura corte[59]. L'Assemblea generale chiese, da un lato, agli Stati di formulare le proprie osservazioni sul rapporto della CDI, dall'altro alla Commissione di procedere immediatamente con la preparazione di una bozza di Statuto per un tribunale penale internazionale sulla base del lavoro istruttorio del *working group* e del dibattito svoltosi in VI Commissione[60]. A questo punto, il percorso verso l'elaborazione di una bozza di Statuto si distaccò completamente e definitivamente da quello relativo alla stesura del Progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità, anche se formalmente non fu aperto un altro "topic" nell'agenda della CDI; già nel 1994, sulla base dei lavori del *working group* e delle osservazioni degli Stati, la Commissione riuscì a presentare all'Assemblea generale un *Draft Statute* di 60 articoli con relativo commentario[61]. Nel presentare il Progetto, la CDI chiese all'Assemblea generale di convocare una conferenza di plenipotenziari per esaminare la bozza di Statuto e poi procedere alla stesura di un trattato contenente lo Statuto di una corte penale internazionale.

L'accelerazione improvvisa verso la creazione di un tribunale penale internazionale fu dovuta al mutato clima politico e più specificamente, come è noto, al fatto che il Consiglio di sicurezza aveva frattanto creato, rispettivamente nel 1993 nel 1994, i due Tribunali penali internazionali

[58] *Report of the Working Group on the Question of an International Criminal Jurisdiction*, Annex to the ILC Report, ivi, p. 58.

[59] "There is no disagreement on one essential point. The Working Group believes that the phase of preliminary consideration and analysis called for by the General Assembly in 1989 has been completed. It is now for the General Assembly and for Member States to decide whether the Commission should proceed to the detailed work that will be required in drawing up a statute and associated rules of procedure for an international criminal jurisdiction, on the general basis outlined here, or on some other basis", *Report of the Working Group*, cit., par. 8.

[60] UN doc. A/RES/47/33, 9 febbraio 1992.

[61] *Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session (2 May-22 July 1994)*, UN doc. A/49/10, in *YILM*, 1994, vol. II, part 2, 18 ss.**;** cfr**.** CRAWFORD, *The ILC's Draft Statute for an International Criminal Tribunal*, in *AJIL*, 1994, pp. 140-152; AMBOS, *Establishing an International Criminal Court and an International Criminal Code. Observations from an International Criminal Law Viewpoint*, in *European Journal of International Law*, 1996, pp. 319-344; LATTANZI (ed.), *The International Criminal Court: Comments on the Draft Statute*, Napoli, 1998.

ad hoc per la *ex*-Jugoslavia[62] e per il Ruanda[63] conferendo ad essi giurisdizione su crimine di genocidio, crimini di guerra e crimini contro l'umanità. L'istituzione dei Tribunali *ad hoc* dette un nuovo e forte impulso alla codificazione del diritto internazionale penale e gettò le basi per la creazione di un sistema di giustizia penale internazionale.

La bozza di Statuto presentata nel 1994 segnò anche le sorti, in negativo, del Progetto di Codice dei crimini. La Commissione, a dire il vero, non avrebbe voluto inserire la definizione dei crimini nello Statuto della futura Corte e avrebbe mantenuto ancora separate la codificazione dei crimini e il progetto relativo alla creazione del tribunale penale internazionale. L'art. 20 del *Draft Statute* del 1994 si limitava infatti a elencare i crimini su cui il futuro tribunale avrebbe dovuto esercitare la propria giurisdizione, senza darne alcuna definizione[64]. Nel commentario la Commissione specificò che la definizione dei crimini avrebbe dovuto essere demandata in parte al diritto pattizio e in parte al Progetto di Codice dei crimini[65]; non fu però proposto alcun collegamento tra quest'ultimo e il Progetto di statuto per una corte penale internazionale.

Tuttavia, il Comitato *ad hoc*, aperto a tutti gli Stati e incaricato dall'Assemblea generale di rivedere la bozza di Statuto e di preparare il terreno per organizzare una conferenza diplomatica[66], non accettò il pun-

[62] UN doc. S/RES/827, 25 maggio 1993. Per i primi commenti della dottrina si vedano O'BRIEN, *The International Tribunal for Violations of International Humanitarian Law in the former Yugoslavia*, in *AJIL*, 1993, pp. 639-659; ZACKLIN, SHRAGA, *The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, in *European Journal of International Law*, 1994, pp. 360-380.

[63] UN doc. S/RES/955, 8 Novembre 1994. Per i primi commenti della dottrina si vedano AKHAVAN, *The International Criminal Tribunal For Rwanda: The Politics and Pragmatics of Punishment*, in *AJIL*, 1996, pp. 501-510; ZACKLIN, SHRAGA, *The International Criminal Tribunal for Rwanda*, in *European Journal of International Law*, 1996, pp. 501-518.

[64] "The Court has jurisdiction in accordance with this Statute with respect to the following crimes: (a) The crime of genocide; (b) The crime of aggression; (c) Serious violations of the laws and customs applicable in armed conflict; (d) Crimes against humanity; (e) Crimes, established under or pursuant to the treaty provisions listed in the Annex, which, having regard to the conduct alleged, constitute exceptionally serious crimes of international concern", in *YILC*, 1994, vol. II, part 2, p. 38.

[65] Nelle parole della Commissione: "The Statute is primarily an adjectival and procedural instrument. It is not its function to define new crimes. Nor is it the function of the Statute authoritatively to codify crimes under general international law. With respect to certain of these crimes, this is the purpose of the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, although the Draft Code is not intended to deal with all crimes under general international law. To do so would require a substantial legislative effort. Accordingly the Commission has listed the four crimes without further specification", ivi, p. 38.

[66] Istituito con UN doc. A/RES/49/53, 9 dicembre 1994.

to di vista della Commissione e propose invece di intraprendere la strada della definizione dei crimini[67]. Sulla scorta dei suggerimenti del Comitato *ad hoc*, l'Assemblea generale decise di istituire una Commissione preparatoria, aperta a tutti gli Stati membri dell'ONU, incaricata di elaborare una versione consolidata da sottoporre alla futura Conferenza diplomatica del Progetto di Statuto per una corte penale internazionale[68], che includesse una definizione dei crimini. Al contempo decise sostanzialmente di porre fine ai lavori sul Progetto di Codice dei crimini, chiedendo alla CDI di portarne a termine una seconda lettura[69]. A seguito della richiesta pressante dell'Assemblea generale, nel 1996 la CDI adottò in seconda lettura il Progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità, ma ne ridusse notevolmente la portata includendovi solo cinque categorie di crimini[70].

[67] Il Comitato *ad hoc* propose diversi metodi per definire i crimini. Una possibilità era quella di seguire l'approccio iniziale della CDI e fare riferimento alle (o incorporare le) disposizioni dei trattati pertinenti. Un'altra possibilità era quella di definire i crimini sulla base della Carta di Norimberga e degli Statuti dei due Tribunali *ad hoc*. Un'ultima possibilità era quella di utilizzare il Progetto di Codice dei crimini come punto di partenza. Per quanto riguarda le ragioni alla base della necessità di definire i crimini nello Statuto di una corte penale internazionale, il Comitato sostenne: "As regards the specification of crimes, the view was expressed that a procedural instrument enumerating rather than defining the crimes would not meet the requirements of the principle of legality (*nullum crimen sine lege* and *nulla poena sine lege*) and that the constituent elements of each crime should be specified to avoid any ambiguity and to ensure full respect for the rights of the accused". Cfr. *Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, UN doc. A/50/22, 6 settembre 1995, par. 57.

[68] UN doc. A /RES/50/46, 18 dicembre 1995, in cui l'Assemblea generale:"Decides to establish a preparatory committee open to all States Members of the United Nations or members of specialized agencies or of the International Atomic Energy Agency, to discuss further the major substantive and administrative issues arising out of the draft statute prepared by the International Law Commission and, taking into account the different views expressed during the meetings, to draft texts, with a view to preparing a widely acceptable consolidated text of a convention for an international criminal court as a next step towards consideration by a conference of plenipotentiaries". Sulle varie fasi dei lavori che si susseguono in questi anni si vedano BASSIOUNI, *Negotiating the Treaty of Rome on the Establishment of an International Criminal Court*, in *Cornell International Law Journal*, 1999, p. 443 ss: LATTANZI, SCISO (a cura di), *Dai tribunali penali internazionali ad hoc a una corte permanente: atti del Convegno, Roma 15-16 dicembre 1995*, Napoli, 1996.

[69] L'Assemblea generale "[u]rges the Commission to resume, at its forty-seventh session, the work on the draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind and on State responsibility in such a manner that the second reading of the draft articles of the Code […] may be completed before the end of the present term of office of the members of the Commission", UN doc. A/RES/49/51, 9 dicembre 1994, par. 4.

[70] "The draft Code was adopted with the following statement: With a view to reaching consensus, the Commission has considerably reduced the scope of the Code. On first reading in 1991, the draft Code comprised a list of 12 categories of crimes. Some mem-

La volontà degli Stati era quella di procedere concretamente e speditamente verso l'adozione di un trattato multilaterale istitutivo di una corte penale internazionale; gli Stati intendevano gestire anche la codificazione del diritto sostanziale, che fu infatti riassorbita nell'ambito dei negoziati relativi allo Statuto di una corte penale internazionale. Nel corso delle trattative sulla definizione dei crimini, il contributo della CDI – tradottosi nel frattempo nel Progetto di Codice adottato in seconda lettura nel 1996 – fu definitivamente messo in ombra dal ruolo giocato dalla giurisprudenza dei Tribunali penali internazionali *ad hoc*: è infatti soprattutto da quella che si attinse per la definizione dei crimini inseriti nello Statuto adottato a Roma nel 1998.

3.2. La creazione della Corte penale internazionale

Dato il rapido procedere dei lavori della Commissione preparatoria, l'Assemblea generale convocò a Roma per il 15 giugno 1998 una Conferenza diplomatica incaricata di finalizzare i lavori e adottare il trattato istitutivo della Corte penale internazionale (CPI). Non è questa la sede per ripercorrere gli intensi lavori della Commissione preparatoria tra il 1996 e il 1998, né quelli della Conferenza di Roma. Merita tuttavia sottolineare che il maggior contributo dato dalla CDI in tema di codificazione del diritto internazionale penale è stato proprio il *Draft Statute* del 1994, che ha dato l'impronta strutturale a quella che poi è diventata la CPI, a partire dal concetto di complementarietà tra la giurisdizione della Corte e quella dei tribunali interni degli Stati parte[71].

Per quanto riguarda la definizione dei crimini, la Commissione preparatoria lavorò come se si trattasse di una convenzione di codificazione, sebbene durante i negoziati venisse costantemente ribadito che la definizione dei crimini era riferita esclusivamente alla competenza dell'istituenda Corte. Come già accennato, la Commissione preparatoria aveva come imprescindibile punto di riferimento la già consistente giurispru-

bers have expressed their regrets at the reduced scope of coverage of the Code. The Commission acted in response to the interest of adoption of the Code and of obtaining support by Governments", *Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, 6 May - 26 July 1996*, UN doc. A/51/10, in *YILC*, vol. II, part 2, 1996, p. 15 ss.

[71] Si veda il Commentario della CDI al *Draft Statute* del 1994: "[I]t is thus by the combination of a defined jurisdiction, clear requirements of acceptance of that jurisdiction and principled controls on the exercise of jurisdiction that the statute seeks to ensure, in the words of the preamble, that the court will be complementary to national criminal justice systems in cases where such trial procedures may not be available or may be ineffective", UN doc. A/49/10, *Part Three*, par. 11, in *YILC*, 1994, vol. II, part 2, p. 37.

denza dei Tribunali *ad hoc*. Nonostante ciò, molti erano gli ostacoli nella definizione dei crimini: alcuni di natura tecnica o redazionale, altri di natura politica. Emersero infatti differenze notevoli tra le posizioni degli Stati tanto che nel 1997 fu redatto un elenco delle proposte dei vari governi in merito alla definizione dei crimini che fu significativamente soprannominato "elenco telefonico"[72]. Molte delle proposte avanzate dagli Stati avevano portata restrittiva rispetto alle norme consuetudinarie esistenti; si manifestò nuovamente la tensione tra i fautori di una codificazione della parte sostanziale del diritto internazionale penale che tenesse conto degli sviluppi della giurisprudenza (volta anche allo sviluppo progressivo della materia[73]), e gli assertori di una codificazione tradizionale, di impronta più cauta, più facilmente conciliabile con l'agenda politica di vari Stati[74].

In definitiva, a distanza di cinquant'anni dal processo di Norimberga, si riproponeva la sfida di recepire in strumenti di codificazione negoziati dagli Stati (con l'ausilio di vari organi delle Nazioni Unite) le norme di diritto internazionale penale che erano state sviluppate in via giurisprudenziale. A differenza di quanto accadde allora, nella seconda fase la sfida fu parzialmente vinta; si riuscì infatti a tradurre in norme pattizie la definizione di un buon numero di crimini di guerra e crimini contro l'umanità, seppure con alcune lacune e alcuni compromessi poco soddisfacenti[75]. La definizione del crimine di genocidio fu ripresa, senza alcuna modifica, dalla Convenzione del 1948; rimase invece in sospeso la definizione del crimine individuale di aggressione, che fu inserito nello

[72] BASSIOUNI, *Negotiating*, cit., p. 444.

[73] Un contributo importante fu dato anche dalla *NGOs Coalition for the Interntational Criminal Court* (creata nel 1995), che partecipò attivamente ai negoziati della Commissione preparatoria e della Conferenza diplomatica di Roma, a stretto contatto con i c.d. *Like-Minded States*. Sul ruolo delle ONG si veda per tutti GLASIUS, *The International Criminal Court: A Global Civil Society Achievement,* Oxford, 2007.

[74] Non va dimenticato che alle varie fasi del negoziato parteciparono attivamente anche gli Stati che avevano già manifestato, più o meno apertamente, l'intenzione di non aderire alla futura CPI, tra i quali ad esempio gli Stati Uniti.

[75] Gli Stati cercarono in sostanza un minimo comune denominatore e spesso finirono per trovare l'accordo su definizioni più restrittive di quelle generalmente ritenute parte del diritto internazionale consuetudinario, nonostante alcune importanti disposizioni di portata innovativa, come la previsione dei crimini di guerra nei conflitti armati interni e i c.d. *gender crimes*, introdotti grazie alla giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc*. Per un esame approfondito delle disposizioni dello Statuto di Roma sia consentito fare rinvio solo ad alcune opere di carattere generale: CASSESE (A.), GAETA, JONES (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Oxford, 2000; SCHABAS, *The International Criminal Court: A Commentary*, 2nd ed., Oxford, 2016: TRIFFTERER, AMBOS (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 3rd ed., London, 2016.

Statuto, ma rinviando a un momento successivo il negoziato per la sua definizione.

4. La terza fase (1998-2018): una riflessione critica sul ruolo attuale della Commissione del diritto internazionale nella codificazione del diritto internazionale penale

Una volta istituita la CPI, il cui Statuto entrò in vigore nel 2002, lo spazio per la codificazione del diritto internazionale penale in ambito ONU si ridusse drasticamente.

La definizione del crimine individuale di aggressione, rimasta in sospeso, fu affidata all'Assemblea degli Stati parte allo Statuto della CPI, ma il ritmo del processo di codificazione rallentò notevolmente. Un primo passo avanti verso la definizione del crimine di aggressione fu fatto alla prima conferenza di revisione dello Statuto, tenutasi a Kampala nel 2010, durante la quale gli Stati raggiunsero l'accordo sulla definizione del crimine individuale di aggressione e sulle condizioni per l'esercizio della giurisdizione della Corte su tale crimine[76]. Vale la pena sottolineare che la definizione su cui si è infine trovato l'accordo è ancorata alla risoluzione 3314/1974 adottata dall'Assemblea generale[77], con tutti i limiti

[76] KREß, VON HOLTZENDORFF, *The Kampala Compromise on the Crime of Aggression*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2010, p. 1179 ss.

[77] "Article 8-*bis* Crime of aggression: 1. For the purpose of this Statute, 'crime of aggression' means the planning, preparation, initiation or execution, by a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State, of an act of aggression which, by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations. 2. For the purpose of paragraph 1, 'act of aggression' means the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations. Any of the following acts, regardless of a declaration of war, shall, in accordance with United Nations General Assembly resolution 3314 (XXIX) of 14 December 1974, qualify as an act of aggression: a) The invasion or attack by the armed forces of a State of the territory of another State, or any military occupation, however temporary, resulting from such invasion or attack, or any annexation by the use of force of the territory of another State or part thereof; b) Bombardment by the armed forces of a State against the territory of another State or the use of any weapons by a State against the territory of another State; c) The blockade of the ports or coasts of a State by the armed forces of another State; d) An attack by the armed forces of a State on the land, sea or air forces, or marine and air fleets of another State; e) The use of armed forces of one State which are within the territory of another State with the agreement of the receiving State, in contravention of the conditions provided for in the agreement or any extension of their presence in such territory beyond the termination of the agreement; f) The action of a State in allowing its territory, which it has placed at the disposal of another State, to be used by that other State for perpetrating an act of aggression against a third State; g) The sending by or on

che ciò comporta[78]. Risultano inoltre significativamente più restrittive le condizioni che disciplinano l'esercizio della giurisdizione della CPI sul crimine di aggressione rispetto ai crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra[79]. Non appena raggiunto l'accordo sulla definizione del crimine, l'emendamento fu aperto alla ratifica degli Stati parte e al contempo si decise di rinviare al 2017 la decisione sull'attivazione della competenza della Corte sul crimine di aggressione. Soltanto nel 2018 l'Assemblea degli Stati parte ha concretamente attivato tale possibilità a partire dal 17 luglio 2018[80], dato che nel frattempo l'emendamento era stato ratificato da 37 Stati[81].

Alla CDI sono stati affidati, nello spazio residuo rimasto per la codificazione del diritto internazionale penale, alcuni argomenti di non poco rilievo, che la Commissione sembra tuttavia affrontare con un approccio ancor più minimalista rispetto al passato. I temi collegati al diritto internazionale penale sui quali lavora la CDI sono: l'esistenza e l'eventuale portata di un obbligo *aut dedere aut judicare* (estradare o processare) per i crimini internazionali; un Progetto di articoli sui crimini contro l'umanità, come primo passo verso l'elaborazione di una convenzione in materia, e infine il tema dell'immunità degli organi statali dalla giurisdizione penale straniera, che include anche una parte relativa all'esistenza di eventuali eccezioni all'immunità degli organi in caso di accusa di crimini internazionali.

behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above, or its substantial involvement therein".

[78] Si vedano, solo per citare alcuni lavori recenti: KREß, BARRIGA (eds), *The Crime of Aggression: A Commentary*, Cambridge, 2017; MC DOUGALL, *The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge, 2013; BASSIOUNI, FERENCZ, *The Crime against Peace and Aggression: From Its Origins to the ICC*, in BASSIOUNI (ed.), *International Criminal Law*. vol. 1, *Sources, Subjects, and Contents*, 3rd ed., Leiden, 2008, pp. 207–242.

[79] Si veda quanto stabilito all'art.15-*bis* dello Statuto della CPI. Per un commento, cfr. AKANDE, *Prosecuting Aggression: The Consent Problem and the Role of the Security Council*, *Oxford Legal Research Paper Series* No. 10/2011.

[80] Cfr. la decisione del 14 dicembre 2017: ICC-ASP/16/L.10.

[81] Il numero minimo di ratifiche richieste era 30, restano consistenti limitazioni all'esercizio della giurisdizione dellla Corte sul crimine di aggressione; con il par. 2 della decisione infatti, l'Assemblea degli Stati parte: "Confirms that, in accordance with the Rome Statute, the amendments to the Statute regarding the crime of aggression adopted at the Kampala Review Conference enter into force for those States Parties which have accepted the amendments one year after the deposit of their instruments of ratification or acceptance and that in the case of a State referral or propio motu investigation the Court shall not exercise its jurisdiction regarding a crime of aggression when committed by a national or on the territory of a State Party that has not ratified or accepted these amendments".

4.1. L'obbligo aut dedere aut judicare

Nel 2014 il tema dell'obbligo di estradare o processare[82] fu individuato dalla CDI come argomento di studio e i lavori presero l'avvio con la nomina, nel 2005, di Zdzislaw Galicki in qualità di Relatore speciale. Il Relatore ha presentato tra il 2006 e il 2008 tre rapporti[83] che tuttavia non hanno attratto l'attenzione degli Stati, dal momento che pochissimi hanno fornito le loro osservazioni in merito[84]. La CDI decise allora di creare un gruppo di lavoro sotto la guida di Alain Pellet con l'incarico di stilare un elenco di questioni da chiarire circa la natura e la portata dell'obbligo nel diritto internazionale. Sulla base del *general framework* identificato nel 2009, il Relatore Galicki presentò un quarto rapporto[85], nel quale sosteneva la natura consuetudinaria dell'obbligo di estradare o processare, almeno rispetto al crimine di genocidio, ai crimini di guerra e ai crimini contro l'umanità, proponendo anche l'inserimento di un articolo specifico nel Progetto di articoli con il quale avrebbe dovuto concludersi il lavoro della CDI[86], pur consapevole del fatto che molti Stati ave-

[82] La CDI si era già occupata dell'obbligo di estradare o processare nell'ambito dei lavori sul Progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità. Già nel 1987 era comparso nel rapporto del Relatore speciale il *Draft Article 4*, nel quale si stabiliva l'obbligo *aut dedere aut iudicare* in riferimento ai crimini elencati nel Progetto (UN doc. A/CN.4/404, 17 marzo 1987, in *YILC*, 1987, vol. II, part 1, p. 3). Nel testo del Progetto adottato nel 1996, gli articoli 8, 9 e 10 sono dedicati a giurisdizione ed estradizione; in particolare l'art. 9 riproduce l'obbligo *aut dedere aut iudicare* in questa formula: "*Article 9. Obligation to extradite or prosecute*. Without prejudice to the jurisdiction of an international criminal court, the State Party in the territory of which an individual alleged to have committed a crime set out in article 17,18,19 or 20 is found shall extradite or prosecute that individual", cfr. UN doc. A/51/10, in *YILC*, 1996, vol. II, part 2, pp. 30-31.

[83] Cfr. UN doc.: A/CN.4/571, 7 giugno 2006; A/CN.4/585 and Corr.1, 11 giugno 2007 e A/CN.4/603, 10 giugno 2008.

[84] *Comments and observations received from Governments*, cfr. UN doc.: A/CN.4/579 and Add. 1-4, marzo-aprile 2007; A/CN.4/599, 30 maggio 2008, A/CN.4/612, 29 marzo 2009.

[85] Un doc. A/CN.4/648, 31 maggio 2011.

[86] "Article 4 International custom as a source of the obligation *aut dedere aut iudicare* 1. Each State is obliged either to extradite or to prosecute an alleged offender if such an obligation is deriving from the customary norm of international law. 2. Such an obligation may derive, in particular, from customary norms of international law concerning [serious violations of international humanitarian law, genocide, crimes against humanity and war crimes]. 3. The obligation to extradite or prosecute shall derive from the peremptory norm of general international law accepted and recognized by the international community of States (jus cogens), either in the form of international treaty or international custom, criminalizing any one of acts listed in paragraph 2.", ivi, par.95; nel commentario il Relatore fa ampio riferimento alla ricostruzione della natura consuetudinaria

vano manifestato le proprie perplessità nei dibattiti svoltisi in seno alla VI Commissione.

Nel 2011 fu ricostituito un *working group* sotto la guida di Kriangsak Kittichaisaree: il gruppo in sostanza si sostituì al Relatore speciale. Galicki infatti non era più membro della CDI e nessun altro relatore fu nominato come suo successore. Il gruppo di lavoro preparò nel 2013 un rapporto nel quale affrontava la questione anche attraverso un'analisi approfondita[87] della sentenza della CIG nel caso *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal*), del 20 luglio 2012[88].

Nel 2014 il gruppo di lavoro ha presentato un rapporto finale a seguito del quale, alla luce della mancanza di accordo tra i membri della CDI e tra gli Stati che hanno dibattuto la questione in VI Commissione, ha esso stesso proposto di chiudere i lavori e di abbandonare il tentativo di mettere a punto un Progetto di articoli. La portata del rapporto finale è molto limitata: la CDI non ha preso una posizione significativa sull'esistenza di una regola consuetudinaria che riconosce l'obbligo di estradare o processare; il rapporto si è limitato a constatare l'esistenza di un simile obbligo in molti trattati e ad a evidenziare le discrepanza tra le varie formulazioni e le lacune ancora esistenti[89].

4.2. Il Progetto di articoli in materia di crimini contro l'umanità

La dottrina da lungo tempo aveva sottolineato la mancanza di una convenzione dedicata ai crimini contro l'umanità e aveva suggerito che gli Stati ne promuovessero la stesura[90], in particolar modo dopo la creazione dei Tribunali *ad hoc* e della CPI[91]. Tuttavia, l'iniziativa di spingere per l'adozione di una trattato sulla prevenzione e repressione dei crimini contro l'umanità fu presa da un gruppo di esperti, riuniti nella *Crimes Against Humanity Initiative*, che promossero una serie di incontri e conferenze per arrivare nel 2011 alla formulazione di una *Proposed Conven-*

dell'obbligo fatta dal Belgio di fronte alla CIG nel 2009 nel caso *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal*), cfr. parr. 82-83.

[87] UN doc. A/CN.4/L.829, 22 luglio 2013.

[88] La documentazione relativa al caso e la sentenza sono disponibili sul sito della CIG all'indirizzo https://www.icj-cij.org/en/case/144.

[89] UN doc. A/CN.4/L.844, 5 giugno 2014.

[90] Cfr. BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity: The Need for a Specialized Convention*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 1994, p. 457 ss.

[91] Cfr. SADAT (ed.), *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, Cambridge, 2011; BERGSMO, TIANYING (eds), *On the Proposed Crimes against Humanity Convention*, Bruxelles, 2014.

tion on Crimes against Humanity[92]. Interessante è sottolineare, in questo caso, il ruolo di primo piano degli esperti, un ruolo giocato tuttavia completamente al di fuori del quadro dell'ONU e di ogni altro assetto istituzionale.

In ogni caso, la *Proposed Convention* contribuì a far maturare in seno alla CDI la decisione di occuparsi di questo tema e ha rappresentato il punto di partenza per i lavori della Commissione che nel 2013, su proposta di Sean Murphy, ha inserito l'argomento nella propria agenda[93], dandosi l'obiettivo esplicito "to draft articles for what would become a Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Humanity"[94]. La CDI, nel descrivere il piano di lavoro, indicava anche che la futura convenzione avrebbe dovuto contenere l'obbligo per gli Stati parte di criminalizzare i crimini contro l'umanità negli ordinamenti interni e l'obbligo di esercitare la giurisdizione nei confronti dei sospettati presenti sul proprio territorio o di estradarli (*aut dedere aut iudicare*)[95]. A seguito del dibattito svoltosi in VI Commissione, nel 2014 la CDI nominò Murphy quale Relatore speciale[96]; nel giro di tre anni, sulla base dei tre rapporti presentati dal Relatore speciale[97], la CDI ha adottato nel 2017,

[92] La *Crimes Against Humanity Initiative* (CAHI) fu lanciata nel 2008 da Leila Nadya Sadat e dal Whitney R. Harris World Law Institute, con l'obiettivo di preparare il terreno per l'elaborazione di una convenzione internazionale sulla prevenzione e la punizione dei crimini contro l'umanità e, se possibile, di arrivare a stendere una bozza di convenzione. La CAHI ha organizzato diverse riunioni e conferenze di esperti e ha pubblicato una proposta di Convenzione sulla prevenzione e la punizione dei crimini contro l'umanità, accompagnata dal volume *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, cit. *supra*. Per il sito della CAHI si veda: http://law.wustl.edu/WashU Law/crimesagainsthumanity. I membri del Comitato direttivo della CAHI sono, oltre a Leila Nadya Sadat; M. Cherif Bassiouni (fino al 2018); Hans Corell; Richard Goldstone; Juan Méndez; William Schabas; Christine Van den Wyngaert.

[93] UN doc. A/68/10, parr. 169-170.

[94] Ivi, par. 3, Annex B.

[95] Ivi, par. 8 Annex B: "There are several possible elements of a Crimes against Humanity Convention, which would need to be studied carefully by the Commission in the course of its work. The key elements that would appear necessary are to: Define the offence of 'crimes against humanity' for purposes of the Convention as it is defined in Article 7 of the Rome Statute; Require the Parties to criminalize the offence in their national legislation, not just with respect to acts on its territory or by its nationals, but also with respect to acts by non-nationals committed abroad who then turns up in the Party's territory; Require robust inter-State cooperation by the Parties for investigation, prosecution, and punishment of the offence, including through mutual legal assistance and extradition, and recognition of evidence; and Impose an aut dedere aut judicare obligation when an alleged offender is present in a Party's territory".

[96] UN doc. A/69/10, par. 277.

[97] UN doc. A/CN.4/680, 17 febbraio 2015; A/CN.4/690, 21 gennaio 2016; A/CN.4/704, 23 gennaio 2017.

in prima lettura, il Progetto di articoli sui crimini contro l'umanità[98], poi immediatamente portato all'attenzione degli Stati.

Il Relatore speciale, pur avendo come punto di riferimento la *Proposed Convention*, ha elaborato un Progetto di articoli assai più breve, che consiste in soli 15 articoli, e che è stato presentato come strumento complementare alle convenzioni già esistenti.

L'approccio della CDI pare essere, ancora una volta, minimalista. Basti in questa sede riferirsi all'esempio della definizione dei crimini contro l'umanità, contenuta nell'art. 2 del Progetto. La definizione riproduce *verbatim* l'art. 7 dello Statuto della CPI, con l'intento dichiarato di evitare critiche sul punto da parte degli Stati. Si è deciso di privilegiare una definizione già contenuta in un trattato ratificato da oltre 120 Stati, limitandosi a aggiungere una clausola residuale nella quale si afferma che tale definizione non pregiudica definizioni più ampie previste in altre convenzioni o nel diritto interno. Tuttavia, non si può fare a meno di considerare riduttiva la strategia scelta dal Relatore e dalla CDI: l'art. 7 dello Statuto della CPI infatti è stato oggetto di numerose critiche ed è dubbio che corrisponda integralmente al diritto consuetudinario. Un aspetto particolarmente critico, ad esempio, che è stato considerato come regressivo rispetto al diritto consuetudinario, è quello che vincola il crimine di persecuzione a uno degli altri crimini elencati all'art. 7 oppure a un crimine di guerra o a un atto di genocidio, come se la persecuzione di per sé non fosse sufficiente per l'esercizio della giurisdizione da parte della Corte. La disposizione è frutto di un infelice compromesso raggiunto durante la Conferenza di Roma, ed è un peccato che a distanza di venti anni non si sia colta l'occasione per rilanciare una riflessione su questa come su altre parti della definizione dei crimini contro l'umanità. Tra l'altro, essendo trascorsi appunto venti anni dall'adozione dello Statuto di Roma e essendovi stati nel frattempo significativi sviluppi giurisprudenziali, la CDI avrebbe potuto aprire un confronto con gli Stati per verificare la loro posizione su alcuni di questi sviluppi. Per fare un altro esempio, si pensi al matrimonio forzato, non previsto tra i crimini contro l'umanità nell'art. 7 dello Statuto della CPI, né nell'art. 7 dello Statuto della Corte speciale per la Sierra Leone, ma riconosciuto da quest'ultima come crimine contro l'umanità a fronte di una pratica sistematica, purtroppo non confinata ai casi oggetto di giudizio di fronte a quel tribunale[99].

[98] UN doc. A/72/10, 11 settembre 2017, pp. 9-127, testo adottato in prima lettura con allegato il commentario.

[99] Per l'esame della giurisprudenza della Corte Speciale per la Sierra Leone sul matrimonio forzato, sia consentito rinviare a FRULLI, *Advancing International Criminal*

5. Brevi note conclusive

Lo sguardo complessivo appena dato all'opera di codificazione del diritto internazionale penale in ambito ONU consente di formulare alcune brevi riflessioni sui risultati raggiunti, sulle difficoltà incontrate e sul ruolo della CDI. Nonostante il diritto internazionale penale sia una materia particolare, che non può prescindere da un contributo importante della giurisprudenza, gli Stati hanno sempre cercato di mantenere il controllo totale del processo di codificazione e di non lasciare troppo spazio all'influenza degli sviluppi della giurisprudenza dei tribunali penali internazionali, che pure in alcuni momenti ha giocato un ruolo significativo. Ciò si è tradotto, a mio parere, anche in una certa diffidenza, se così si può dire, nei confronti del ruolo degli esperti nella codificazione. Gli esperti, dal canto loro, hanno interpretato il proprio ruolo in seno alla CDI in maniera progressivamente sempre più riduttiva rispetto alla codificazione del diritto internazionale penale. Si è visto come spesso si sia ceduto, in seno alla stessa CDI e non solo nell'Assemblea generale, alla tendenza a frammentare i lavori senza coordinare poi l'operato dei vari relatori speciali o *working groups*. La CDI sembra aver percepito il proprio compito come sempre più limitato e si è rassegnata, negli ultimi anni, a un ruolo di quasi completa subordinazione agli Stati, perdendo in buona parte lo slancio speculativo che aveva caratterizzato i suoi lavori nelle fasi precedenti.

Da questo punto di vista non si può che constatare una "regressione" rispetto alle prime fasi; un riferimento ai lavori della CDI sul tema dell'immunità degli organi statali dalla giurisdizione straniera e dell'eventuale eccezione per crimini internazionali mi pare darne conferma. Anche in questo caso, i lavori della Commissione mostrano una mancanza di coordinamento tra i vari gruppi di lavoro e relatori che hanno affrontato o stanno affrontando il tema. Non vi è alcun coordinamento, ad esempio, tra i rapporti del Relatore speciale sul Progetto di articoli sui crimini contro l'umanità, appena descritti, e quelli della Relatrice speciale sull'immunità degli organi statali dalla giurisdizione penale. Su quest'ultimo argomento la CDI, nonostante gli sforzi della Relatrice speciale Concepción Escobar Hernández, sembra aver aderito in maniera quasi completamente acritica all'atteggiamento estremamente cauto della maggioranza degli Stati che in larga parte mostrano grande resistenza sul tema delle eventuali eccezioni alle immunità degli organi per crimini in-

Law: The Special Court for Sierra Leone Recognizes Forced Marriage as a 'New' Crime Against Humanity, in *Journal of International Criminal Justice*, 2008, p. 1033 ss.

ternazionali. Nell'ultima sessione di lavoro la Relatrice, sulla scorta del dibattito in seno alla CDI e delle osservazioni degli Stati, ha proposto un *draft article* che non prende neanche in considerazione la possibilità di una eventuale eccezione alle immunità personali nel caso di individuo-organo sospettato di gravi crimini internazionali[100]. Sul punto la CDI sembra aver cambiato radicalmente atteggiamento nel corso degli anni. Nel quadro dei lavori sul Progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità, la CDI aveva sostenuto che le immunità *ratione personae* non avrebbero dovuto essere invocate da un organo statale di fronte all'accusa di aver commesso un crimine incluso nell'ambito del progetto. La CDI aveva giustamente rilevato che sarebbe stato paradossale stabilire l'irrilevanza della posizione ufficiale (ovvero una deroga all'immunità funzionale, che è di natura sostanziale) di fronte ad accuse di aver commesso un crimine internazionale, per poi consentire ad alcuni funzionari statali di evitare le conseguenze della responsabilità invocando immunità di natura procedurale[101].

Se è vero che anche la prassi recente va in quella direzione e la CDI deve necessariamente prenderne atto, essa avrebbe potuto tuttavia discutere a fondo dell'eccezione alle immunità personali presente nello Statuto della CPI, delineando gli sviluppi occorsi in materia per quanto riguarda i Tribunali penali internazionali, e portare l'attenzione sui problemi causati al funzionamento di questi ultimi dal mancato rispetto degli obblighi di cooperazione, sui quali gli Stati hanno fatto finora prevalere gli obblighi di rispettare le immunità personali rifiutandosi di eseguire in mandato d'arresto nei confronti del Presidente del Sudan Al Bashir. In breve, la CDI sembra essersi adagiata in una posizione completamente subordinata a quella degli Stati, rinunciando *a priori* a svolgere anche solo un ruolo di studio approfondito dei problemi e delle possibili soluzioni e di stimolo alla riflessione critica da parte di questi ultimi.

[100] UN doc. A/CN.4/722, Annex, 12 giugno 2018.

[101] Secondo la CDI: "As further recognized by the Nuremberg Tribunal in its Judgment, the author of a crime under international law cannot invoke his official position to escape punishment in appropriate proceedings. The absence of any procedural immunity with respect to prosecution or punishment in appropriate judicial proceedings is an essential corollary of the absence of any substantive immunity or defence. *It would be paradoxical to prevent an individual from invoking his official position to avoid responsibility for a crime only to permit him to invoke this same consideration to avoid the consequences of this responsibility*": *YILC*, 1996, vol II, part 2, p. 27 (corsivo aggiunto).

LA CODIFICAZIONE NEL SISTEMA OMC

Ilaria ESPA*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Vecchia e nuova "codificazione" nel sistema OMC: presupposti e meccanismi. – 3. *Segue*: gli accordi di "codificazione" nel sistema OMC. – 3.1 L'Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la soluzione delle controversie. – 3.2 L'Accordo sugli aspetti commerciali della proprietà intellettuale. – 4. *Segue*: il futuro della "codificazione" nel sistema OMC nell'era del preferenzialismo: alcune considerazioni di natura sistemica. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

La codificazione così come tradizionalmente intesa nel diritto internazionale gioca un ruolo circoscritto nel sistema dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC)[1]. Com'è noto, il diritto OMC non si è sviluppato a partire da norme di diritto internazionale consuetudinario.[2] La stessa Commissione del diritto internazionale, nel suo Progetto di ar-

* Assistant Professor, Università della Svizzera italiana, Lugano, Svizzera e Senior Research Fellow, World Trade Institute, Università di Berna, Svizzera.

[1] Non è questa la sede per una disamina esaustiva e critica del significato di codificazione nel diritto internazionale. Il presente lavoro si limita a rinviare ai precedenti contributi contenuti in questo volume, rifacendosi alla nozione classica di codificazione pacificamente accettata nel diritto internazionale secondo cui il concetto di codificazione è incentrato su due aspetti fondamentali, inevitabilmente interconnessi: da un lato, tale nozione richiama il processo di formulazione e sistematizzazione in forma scritta di regole di diritto internazionale generale (non scritte) già esistenti (e, solo residualmente, di regole di diritto internazionale di natura convenzionale); dall'altro, ingloba in sé, nella sua accezione più ampia, l'attività di sviluppo progressivo del diritto internazionale al fine di arrivare ad una trattazione coerente ed esaustiva della materia oggetto di codificazione. Si veda, per tutti, WATTS, *Codification and Progressive Development of International Law*, in *Max Plank Encyclopedia of Public International Law*, dicembre 2006.

[2] Per una trattazione esauriente delle fonti del diritto OMC alla luce di un *excursus* storico dettagliato sull'Organizzazione, si vedano, per tutti, VAN DEN BOSSCHE, ZDOUC, *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, Cambridge, 2017, p. 43 ss.

ticoli sulle clausole della nazione più favorita del 1978[3], ha specificato come neppure il più tipico e antico standard di trattamento, riconosciuto sin dall'epoca medioevale nei trattati bilaterali di natura commerciale[4] – e divenuto, in epoca più recente, uno dei caposaldi dell'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio (*General Agreement on Tariffs and Trade*: di seguito Accordo GATT) del 1947 prima e del sistema commerciale multilaterale poi[5] – possa considerarsi una regola di diritto internazionale generale[6]. Lo stesso è vero per gli altri standard di trattamento su cui il diritto del commercio internazionale si fonda (si pensi, ad esempio, al principio del trattamento nazionale), pacificamente intesi come di natura esclusivamente pattizia.

[3] *Draft Articles on Most-Favoured-Nation Clauses* in *Report of the International Law Commission on the Work of its fourty second session*, UN doc A/33/10.

[4] Per un'eccellente e al contempo succinta ricognizione delle origini storiche della clausola della nazione più favorita si veda DE MESTRAL, *The Principle of Most-Favoured Treatment*, in COTTIER, NADAKAVUKAREN SCHEFER (eds), *Encyclopedia of International Economic Law*, Cheltenham, 2017, pp. 166-168.

[5] La clausola della nazione più favorita è uno dei principi fondamentali del sistema OMC ed è riconosciuta, per quanto attiene allo scambio delle merci, all'art. I:1 dell'Accordo GATT: "With respect to customs duties and charges of any kind imposed on or in connection with importation or exportation or imposed on the international transfer of payments for imports or exports, and with respect to the method of levying such duties and charges, and with respect to all rules and formalities in connection with importation and exportation, and with respect to all matters referred to in paragraphs 2 and 4 of Article III, any advantage, favour, privilege or immunity granted by any contracting party to any product originating in or destined for any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the like product originating in or destined for the territories of all other contracting parties".

[6] L'argomentazione centrale della Commissione è che uno Stato ha il diritto di vedersi accordare tale standard di trattamento se e fintanto che questo sia stato stabilito sulla base di un apposito accordo internazionale. Si veda in particolare l'art. 7 del Progetto di articoli della Commissione, rubricato *Legal basis of most-favoured-nation treatment*: "Nothing in the present articles shall imply that a State is entitled to be accorded most-favoured-nation treatment by another State otherwise than on the basis of an international obligation undertaken by the latter State." Nel commentario all'art. 7 (par. 1), la Commissione specifica inoltre che la natura contrattuale della clausola deriva dal principio di sovranità degli Stati, in virtù del quale essi mantengono il diritto "to grant special favours to some States and not to be bound by customary law to extent the same favours to others". In altri termini, esistono tante clausole della nazione più favorita quanti sono gli accordi internazionali che le prevedono e l'art. I GATT non è che una delle tante versioni esistenti della clausola della nazione più favorita quandanche sia formulata in termini ampi e omnicomprensivi; la clausola della nazione più favorita accolta nell'Accordo GATT è infatti incondizionata (non basata cioè sulla reciprocità) e ha lo scopo di "multilateralizzare" le concessioni degli (attuali) 164 Stati membri. Si veda, *inter alia*, DAVEY, *Unconditional Most-Favoured-Nation Treatment*, in COTTIER, NADAKAVUKAREN SCHEFER, *Encyclopedia*, cit., pp. 168-171. Dello stesso autore sul tema si veda anche *Non-Discrimination in the World Trade Organization: The Rules and the Exceptions*, Leiden, 2012.

La codificazione nel sistema commerciale multilaterale è stata finora pressoché squisitamente affrontata con riguardo al suo versante "esterno", vale a dire valutando in che misura la codificazione operata *al di fuori del sistema OMC* venga in rilievo all'interno del sistema con riferimento a due fenomeni distinti ma interconnessi. Da un lato, si registra l'apertura del diritto OMC a norme di codificazione del diritto internazionale generale "esterne" al sistema, sia come parametro interpretativo degli accordi OMC sia a titolo di diritto applicabile, per mezzo di una copiosa prassi giurisprudenziale[7]. Dall'altro, emerge la tendenza degli organi di soluzione delle controversie OMC (siamo quindi sempre sul piano della giurisprudenza) a contribuire allo sviluppo progressivo di norme di diritto internazionale generale, ancora una volta "esterne" al sistema[8].

[7] Sul primo fronte, è ormai pacifico che, in forza dell'esplicito richiamo alle norme di diritto internazionale consuetudinario in materia di interpretazione dei trattati contenuto all'art. 3.2 dell'Intesa sulla soluzione delle controversie, gli accordi contemplati devono essere interpretati secondo i canoni dettati dagli artt. 31-33 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, 1513 *UNTS* 293 (di seguito Convenzione di Vienna). Si veda, per tutti, VAN DAMME, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford, 2009. Parimenti, sembra ormai consolidata la prassi degli organi contenziosi dell'OMC di accertare anche sul piano sostanziale il contenuto del diritto OMC alla luce di norme di diritto internazionale consuetudinario rilevanti per il tramite del principio di integrazione sistemica di cui all'art. 31, par. 3, lett. *c)* della Convenzione di Vienna. Si pensi, ad esempio, alla pronuncia resa nel caso *China – Rare Earths*, ove il *panel* ha riconosciuto che la nozione di "conservazione" accolta all'art. XX GATT, lett. *g*), deve essere interpretata alla luce del principio della sovranità permanente delle risorse naturali. V. *China – Rare Earths*, WTO doc. WT/DS431/R, WT/DS432/R, WT/DS433/R del 26 marzo 2014, par. 7.459 (per un'analisi dettagliata del rapporto del *panel* e di come tale rapporto si iscriva nella più generale tendenza degli organi contenziosi OMC a riconoscere l'importanza delle esigenze legate alla tutela dell'ambiente e al perseguimento di uno sviluppo sostenibile sia consentito di rinviare a ESPA, *Export Restrictions on Critical Minerals and Metals: Testing the Adequacy of WTO Disciplines*, Cambridge, 2015, pp. 214-221 e pp. 235-240). Per un'eccellente e completa disamina del ruolo del diritto internazionale consuetudinario nel sistema OMC sotto entrambi i profili, si veda ADINOLFI (G.), *Il diritto non scritto nel sistema OMC*, in PALCHETTI (a cura di), *L'incidenza del diritto non scritto nel diritto internazionale ed europeo, XX Convegno SIDI Macerata, 5-6 giugno 2015*, Napoli, 2016, p. 75 ss.

[8] Si pensi, ad esempio, al contributo della giurisprudenza OMC relativamente all'interpretazione dell'art. 31, par. 3, lett. *b)* della Convenzione di Vienna nel senso che la "prassi successivamente seguita" nell'applicazione di un accordo contemplato sia ampia, a tutela della generalità degli Stati membri. V. *EC – Chicken Cuts*, WTO doc. WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R del 27 settembre 2005: "it is not necessary to show that all signatories to a treaty must have engaged in a particular practice in order for it to qualify as subsequent practice under Article 31(3)(b) […]. Nevertheless, practice by some, but not all parties is obviously not of the same order as practice by only one, or very few parties. To our mind, it would be difficult to establish a 'concordant, common

Il presente lavoro si propone invece di indagare il versante "interno" del rapporto tra codificazione e sistema OMC, ossia il fronte della "codificazione" del diritto del commercio internazionale. Benché su questo versante non sia possibile parlare propriamente di codificazione in senso classico per i motivi di cui si è già riferito, il presente contributo mira, da un lato, a dimostrare come anche nel diritto OMC esistano degli accordi che presentano degli elementi, ancorché anomali e/o non compiutamente realizzati, di codificazione, tanto sotto il profilo della sistematizzazione di regole e pratiche "interne" esistenti, quanto sotto il profilo dello sviluppo progressivo di tali norme e procedure; dall'altro, propone una riflessione su quale possa e/o debba essere il futuro della codificazione nel sistema OMC nell'attuale fase di sviluppo normativo del diritto del commercio internazionale, sempre più incentrata sul preferenzialismo a discapito di soluzioni multilaterali. In ultima analisi, lo scopo di questo lavoro è mettere in luce come, al di là degli aspetti più squisitamente formali che attengono alla definizione classica di codificazione nel diritto internazionale, i meccanismi alla base dell'evoluzione del diritto del commercio internazionale aderiscono a una nozione forse atipica di codificazione, ma di fatto ad essa affine quanto al suo scopo ultimo, cioè a dire il consolidamento di un sistema integrato di regole al passo coi tempi.

2. Vecchia e nuova "codificazione" nel sistema OMC: presupposti e meccanismi

Com'è noto, il diritto OMC è il risultato di un'intensa attività di produzione normativa di tipo convenzionale che ha portato alla conclusione di una serie di accordi specializzati di natura sostanziale[9] e proce-

and discernible pattern' on the basis of acts or pronouncement of one, or very few parties to a multilateral treaty, such as the WTO Agreement" (par. 258).

[9] Si tratta di tredici accordi relativi agli scambi di beni (incluso l'Accordo GATT), contenuti all'Allegato 1A del Trattato istitutivo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, dell'Accordo generale sugli scambi di servizi (*General Agreement on Trade in Services* – GATS), contenuto all'Allegato 1B, e dell'Accordo sugli aspetti commerciali dei diritti di proprietà intellettuale (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* – di seguito Accordo TRIPS), contenuto all'Allegato 1C. I testi di tali accordi sono integralmente riportati nel volume *The Legal Texts. The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, Cambridge, 1999 (di seguito *the Legal Texts*).

durale[10] a compimento del sesto e più ambizioso *round* negoziale avviato durante la cosiddetta era del GATT, l'Uruguay Round.[11] Questa fase di sviluppo normativo del diritto del commercio internazionale contemporaneo è coincisa con la nascita dell'OMC[12] e con la definizione di un sistema di accordi (i cosiddetti Accordi di Marrakech) imperniato su tre pilastri (merci, servizi e proprietà intellettuale) e basato sulla logica dell'impegno globale (o *single undertaking*)[13] e sulla procedura del *consensus* tipica delle organizzazioni *members-driven*.[14]

Benché gli Accordi di Marrakech non possano dirsi il risultato di un processo di codificazione classicamente inteso nel diritto internazionale, alcuni di essi presentano, seppure per motivi diversi, elementi atti a caratterizzarli come accordi di codificazione nell'accezione "interna" di cui si è detto. Si tratta in particolare di due accordi OMC: l'Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la soluzione delle controversie (di seguito Intesa sulla soluzione delle controversie) e l'Accordo sugli aspetti commerciali della proprietà intellettuale (di seguito Accordo TRIPS). L'Intesa rappresenta il primo e forse unico accordo OMC di codificazione "interna" in senso tradizionale nel sistema commerciale multilaterale: di natura procedurale, l'accordo sistematizza e rinforza le norme e le procedure in materia di soluzione delle controversie sviluppatesi prag-

[10] Si tratta dell'Intesa sulla soluzione delle controversie, contenuta all'Allegato 2 del Trattato istitutivo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, e dell'Accordo per l'esame periodico delle politiche commerciali degli Stati membri (*Trade Policy Review Mechanism* – TPRM), contenuto all'Allegato 3. Per i testi di tali accordi, v. *The Legal Texts*.

[11] L'Uruguay Round (1986-1994) è stato avviato con la dichiarazione ministeriale di Punta del Este: v. GATT doc. MIN.DEC del 20 settembre 1986. Per un resoconto dettagliato dei risultati raggiunti nei *round* negoziali precedenti e per un'analisi critica delle innovazioni raggiunte a completamento dell'Uruguay Round, v. VAN DEN BOSSCHE, ZDOUC, *The Law and Policy*, cit., pp. 84-88.

[12] V. Trattato istitutivo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio in *The Legal Texts*. Com'è noto, l'OMC è nata ben cinquant'anni dopo il fallimento del progetto di costituzione di un'organizzazione internazionale del commercio (*International Trade Organization* – di seguito ITO) portato avanti nel secondo dopoguerra. VAN DEN BOSSCHE, ZDOUC, *The Law and Policy*, cit., pp. 82-84.

[13] In base alla logica del *single undertaking*, gli Stati membri dell'OMC accettano gli obblighi derivanti da tutti gli accordi allegati al Trattato istitutivo dell'OMC (Allegati 1A-C, 2 e 3). V. ADINOLFI (G.), *op. cit*., pp. 85-86 e bibliografia ivi citata.

[14] Per *consensus* si intende quel sistema di approvazione delle delibere che non presuppone una procedura formale di votazione per cui un atto si considera approvato se nessuno degli Stati membri pone obiezioni. Per un'analisi delle implicazioni del carattere *member-driven* dell'OMC, si veda PETERSMANN, *"Member-Driven" WTO Governance and 'Constitutional Justice': Judicial Dilemmas in GATT/WTO Dispute Settlement*, in *Journal of International Economic Law*, 2018, p. 103 ss.

maticamente nell'arco dei cinquant'anni di vita dell'Accordo GATT[15]. L'Accordo TRIPS è invece un accordo OMC di natura materiale la cui conclusione ha costituito una delle maggiori novità introdotte dall'Uruguay Round per due fondamentali motivi: il primo è che la materia era rimasta fino ad allora esclusa dalla sfera di azione dell'Accordo GATT e degli altri strumenti normativi adottati nel corso dei cinque *round* negoziali che avevano preceduto l'Uruguay Round a motivo della fondamentale opposizione dei Paesi in via di sviluppo (PVS)[16]; il secondo è che, proprio in ragione delle divergenze nell'approccio alla regolamentazione dei diritti di proprietà intellettuale, la materia era stata per lungo tempo disciplinata da leggi nazionali e da accordi bilaterali per poi venire regolata, a partire dalla fine del XIX secolo, da convenzioni internazionali di tipo settoriale[17]. In tale prospettiva, l'Accordo TRIPS rappresenta l'altra faccia della codificazione "interna" nel sistema commerciale multilaterale. La sua caratteristica più rilevante in questo senso risiede infatti nella circostanza che l'Accordo incorpora l'*acquis* di tali convenzioni accorpando in un unico strumento di diritto OMC l'intera materia dei diritti di proprietà intellettuale rilevante ai fine della regolamentazione degli scambi internazionali e contribuendo quindi a diffondere tali norme pattizie, così come sistematizzate, verso una loro "universalizzazione" nell'ambito del neonato sistema commerciale multilaterale[18].

Se gli accordi OMC di codificazione "interna", con tutti i limiti insiti in tale nozione, sono dunque figli della prima fase di sviluppo norma-

[15] Com'è noto, l'Accordo GATT era privo di una struttura istituzionale, essendo stato concepito come parte integrante di un progetto molto più ambizioso che avrebbe dovuto prevedere la costituzione di un'Organizzazione internazionale del commercio. A seguito del fallimento del progetto ITO, l'Accordo GATT venne infatti adottato nella forma di un Protocollo provvisorio. Si veda VAN DEN BOSSCHE, ZDOUC, *The Law and Policy*, cit., p. 83.

[16] Per una disamina succinta ma completa dell'ambivalenza dei PVS nei confronti della prospettiva di negoziare un accordo multilaterale in materia di diritti di proprietà intellettuale, si vedano CORNISH, LIDDEL, *The Origins and Structure of the TRIP Agreement*, in ULLRICH, HILTY, LAMPING, DREXL (eds), *TRIPS plus 2.0*, Cham, 2016, pp. 22-23. Per un'analisi più completa delle difficoltà insite nella gestione dell'Accordo TRIPS, v. EVANS, *Lawmaking under the Trade Constitution: A Study in Legislating by the World Trade Organization*, The Hague, 2000, pp. 107-130.

[17] Si pensi, ad esempio, alla Convenzione di Parigi sulla protezione delle proprietà industriale conclusa già nel 1883 e alla Convenzione di Berna sulla protezione dei lavori artistici e letterari del 1886. Inizialmente a *membership* limitata (la Convenzione di Parigi, ad esempio, era stata inizialmente ratificata da 17 Stati parte), tali trattati contano ora un'ampia *membership* (rispettivamente, 177 e 176 Stati parte).

[18] Si ricordi che l'Accordo TRIPS è un accordo multilaterale ricompreso, quindi, nella logica dell'impegno unico.

tivo del sistema OMC, non sembra invece che tale sistema, così come attualmente configurato, possa lasciare spazio alla conclusione di nuovi accordi simili su questo fronte. Questo perché, da un lato, il sistema OMC sembra aver da tempo esaurito la sua iniziale spinta propulsiva sul piano normativo. Com'è noto, l'attuale ciclo di negoziazioni, avviato nel lontano 2001 in occasione della Conferenza Ministeriale di Doha sulla base di un'agenda più che ambiziosa, ha vissuto molteplici fasi di stallo e ancora non si è concluso nonostante la progressiva cannibalizzazione del programma di lavoro originale e la decisione di abbandonare l'approccio del *single undertaking* nel 2011[19]. Ad eccezione dell'Accordo sull'agevolazione degli scambi, entrato in vigore il 22 febbraio 2017[20], la generale perdita di slancio dell'attività di produzione normativa nel sistema OMC ha peraltro portato alcuni membri dell'Organizzazione ad avviare negoziazioni cosiddette *piecemeal* allo scopo di concludere accordi *plu-ri*laterali di natura settoriale in materie tecniche, dal commercio elettronico alle piccole e medie imprese[21]. Dall'altro lato, di fronte ai modesti risultati sul fronte della produzione normativa a livello multilaterale, è ormai un fatto che il sistema commerciale multilaterale si trovi a convivere con una rete sempre più fitta di accordi commerciali preferenziali conclusi tra due o più Stati a "integrazione" del diritto OMC. Tali accordi sono interessanti, nell'ottica qui adottata, nella misura in cui essi rical-

[19] Una panoramica completa delle diverse fasi dei negoziati è rinvenibile in VAN DEN BOSSCHE, ZDOUC, *The Law and Policy*, cit., pp. 91-101 e bibliografia ivi citata.

[20] L'Accordo sull'agevolazione degli scambi è stato incluso all'allegato 1A al pari degli altri accordi multilaterali in materia di scambio di merci (v. WTO doc. WT/L/940 del 28 novembre 2014). Tale accordo, tuttavia, viene definito un accordo "*soft*" a confronto con gli altri accordi OMC: v. COTTIER, *The Common Law of International Trade and the Future of the World Trade Organization*, in *Journal of International Economic Law*, 2015, p. 3. Per una disamina su quale sia il futuro dell'OMC sul lato della produzione normativa nel senso di un maggiore investimento nelle negoziazioni di strumenti *soft* si veda inoltre MATSUSHITA, *A View on the Future Roles of the WTO: Should There be More Soft Law in the WTO?*, in *Journal of International Economic Law*, 2014, p. 701 ss.

[21] Com'è noto, nel sistema OMC gli accordi plurilaterali sono quegli accordi che, al contrario degli accordi multilaterali, non sono soggetti alla logica dell'impegno globale (un esempio classico è costituito dall'Accordo sugli appalti pubblici, la cui versione aggiornata è entrata in vigore il 6 aprile 2014; un altro esempio recente è il cosiddetto Accordo ITA II – *Agreement on Expansion in Trade in Information Technology Products* – del 2015). Maggiori informazioni sulle iniziative plurilaterali lanciate in occasione della Conferenza ministeriale di Buenos Aires nel dicembre 2017 sono rinvenibili in WTO docs. WT/MIN(17)/58-61, del 13 dicembre 2017. Per una critica nel senso che le più recenti iniziative plurilaterali, per quanto votate a superare pragmaticamente lo stallo normativo in seno all'OMC, finiscono per minare il multilateralismo, si veda INSIDE US TRADE'S, "WTO members at odds over plurilateral initiatives, worried about Appellate Body crisis", 10 dicembre 2018.

cano largamente il diritto OMC e contribuiscono quindi a diffonderlo al di là del sistema commerciale multilaterale creando i presupposti per quello che è stato opportunamente chiamato un "*common law of international trade*"[22]. In altre parole, se si guarda al panorama degli accordi OMC e degli accordi preferenziali nella sua interezza è possibile intravedere come, al di là della frammentazione apparente prodotta dal preferenzialismo, si vadano configurando sempre più marcatamente tratti comuni suscettibili di poter essere sintetizzati (impropriamente, "codificati") e "universalizzati": quanto di più vicino, nell'attuale fase di sviluppo del diritto del commercio internazionale, al concetto di codificazione "interna" oggetto di indagine di questo lavoro.

3. Segue: *gli accordi di "codificazione" nel sistema OMC*

Gli accordi OMC di "codificazione" nella sua accezione interna sono, come specificato *supra*, figli della prima fase di sviluppo normativo del diritto OMC. In essi prevale quindi, anche se in modo diverso, l'aspetto formale della sistematizzazione benché declinata in termini anomali rispetto al processo di codificazione classico così come inteso nel diritto internazionale. Il primo accordo di "vecchia" codificazione, l'Intesa sulla soluzione delle controversie, è un accordo di natura procedurale sviluppatosi a partire dalla prassi GATT durante i cinquant'anni di vita dell'accordo e mosso dalla necessità di sistematizzare (codificare, appunto) tali norme e procedure in modo organico nell'ambito della neonata OMC. Il secondo accordo di "vecchia" codificazione, l'Accordo TRIPS, è invece un accordo di natura sostanziale in cui l'aspetto della sistematizzazione rileva nella misura in cui esso disciplina per la prima volta in un unico strumento internazionale l'intera materia dei diritti di proprietà intellettuale, incorporando numerose norme sostanziali contenute nelle convenzioni internazionali settoriali esistenti e universalizzando la disciplina dei vari settori (dai brevetti ai marchi, dai diritti d'autore alle indicazioni geografiche) attraverso l'imposizione di standard minimi di tutela.

3.1. L'Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la soluzione delle controversie

L'Intesa sulla soluzione delle controversie è generalmente considerata come una delle più significative novità apportate a coronamento

[22] COTTIER, *The Common Law of International Trade*, cit., p. 6.

dell'Uruguay Round[23]; eppure si tratta in effetti del primo e pressoché unico accordo di codificazione "interna" nel senso più tradizionale possibile nel sistema multilaterale degli scambi. L'accordo non è stato infatti negoziato *ex novo*, ma richiama, sistematizza e sviluppa largamente tutte quelle norme e procedure che le parti contraenti, nel corso dei cinquant'anni di vita del GATT, avevano messo a punto, molto pragmaticamente, a partire unicamente dal combinato disposto di due articoli alquanto scarni del GATT: l'art. XXII e l'art. XXIII. Il primo, rubricato "Consultazioni", regolava la fase precontenziosa affidandola alla negoziazione diplomatica tra le parti[24]; il secondo, rubricato "Protezione delle concessioni e dei vantaggi", disciplinava la fase contenziosa accentrandola nella mani delle parti contraenti, vale a dire l'organo politico plenario del GATT, cui veniva data facoltà di esaminare le controversie, presentare eventuali raccomandazioni e autorizzare, ove appropriato, la sospensione di concessioni o obblighi nei confronti dello Stato inadempiente[25].

[23] In questo senso si vedano VAN DEN BOSSCHE, ZDOUC, *The Law and Policy*, cit., p. 167.

[24] Art. XXII: "1. Each contracting party shall accord sympathetic consideration to, and shall afford adequate opportunity for consultation regarding, such representations as may be made by another contracting party with respect to any matter affecting the operation of this Agreement. 2. The contracting parties may, at the request of a contracting party, consult with any contracting party or parties in respect of any matter for which it has not been possible to find a satisfactory solution through consultation under paragraph 1".

[25] Art. XXIII: "1. If any contracting party should consider that any benefit accruing to it directly or indirectly under this Agreement is being nullified or impaired or that the attainment of any objective of the Agreement is being impeded as the result of (a) the failure of another contracting party to carry out its obligations under this Agreement, or (b) the application by another contracting party of any measure, whether or not it conflicts with the provisions of this Agreement, or (c) the existence of any other situation, the contracting party may, with a view to the satisfactory adjustment of the matter, make written representations or proposals to the other contracting party or parties which it considers to be concerned. Any contracting party thus approached shall give sympathetic consideration to the representations or proposals made to it. 2. If no satisfactory adjustment is effected between the contracting parties concerned within a reasonable time, or if the difficulty is of the type described in paragraph 1 (c) of this Article, the matter may be referred to the Contracting Parties. The contracting parties shall promptly investigate any matter so referred to them and shall make appropriate recommendations to the contracting parties which they consider to be concerned, or give a ruling on the matter, as appropriate. The contracting parties may consult with contracting parties, with the Economic and Social Council of the United Nations and with any appropriate inter-governmental organization in cases where they consider such consultation necessary. If the contracting parties consider that the circumstances are serious enough to justify such action, they may authorize a contracting party or parties to suspend the application to any other contracting party or parties of such concessions or other obligations under this Agreement as

Intorno a queste due disposizioni si è nel tempo sviluppata per prassi una fitta rete di sofisticate norme e procedure in materia di soluzione delle controversie[26]. Così, se inizialmente le prime dispute GATT venivano decise dal *Chairman* del Consiglio GATT, successivamente veniva instaurata la pratica di costituire cosiddetti *working groups* composti da rappresentanti di tutte le parti interessate, ivi comprese le parti in causa, per poi prevedere invece la costituzione *ad hoc* di *panels* di tre o cinque esperti indipendenti col mandato di redigere un rapporto indipendente da sottoporre all'approvazione per *consensus* del Consiglio GATT[27]. Man mano che tali norme e procedure venivano a definirsi, questi sviluppi sono sfociati in una serie di decisioni interne di codificazione, nella loro doppia veste di elaborazione e sviluppo progressivo. Tali decisioni hanno infatti gradualmente consolidato le procedure in materia di soluzione delle controversie GATT e apportato miglioramenti al meccanismo: (1) la decisione del 5 aprile 1966 sulle procedure *ex* art. XXIII GATT, incentrata sulle controversie in cui una delle parti fosse un Paese meno sviluppato, regolava tutte le fasi del contenzioso, dall'esercizio dei buoni uffici da parte del Segretario generale alla costituzione di un *panel* ad opera delle parti contraenti o del Consiglio GATT, alla fase di esecuzione – anche coattiva – delle raccomandazioni del *panel*[28]; (2) l'*Understanding* su notifica, consultazioni, soluzione delle controversie e vigilanza del 29 novembre 1979[29] conteneva, oltre a una serie di paragrafi in materia di soluzione delle controversie, un apposito Allegato dedicato alla prassi GATT in materia di soluzione delle controversie esplici-

they determine to be appropriate in the circumstances. If the application to any contracting party of any concession or other obligation is in fact suspended, that contracting party shall then be free, not later than sixty days after such action is taken, to give written notice to the Executive Secretary to the Contracting Parties of its intention to withdraw from this Agreement and such withdrawal shall take effect upon the sixtieth day following the day on which such notice is received by him".

[26] Sulla progressiva evoluzione del sistema di soluzione delle controversie GATT si vedano: PETERSMANN, *International Trade Law and the GATT/WTO Legal System 1948-1996: An Introduction*, in PETERSMANN (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Legal System 1948-1996*, The Hague, 1997; PETERSMANN, *The dispute settlement system of the World Trade Organization and the evolution of the GATT dispute settlement system since 1948*, in *Common Market Law Review,* 1994, p. 1157 ss.; CANAL-FORGUES, OSTRIHANSKY, *New developments in the GATT dispute settlement procedures*, in *Journal of World Trade*, 1990, p. 67 ss.

[27] V. PETERSMANN, *International Trade Law and the GATT/WTO Legal System*, cit., pp. 34-35.

[28] V. *Decision on "Procedures under Article XXIII"*, 5 aprile 1966, GATT doc. BISD 14S/18.

[29] V. *Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance*, 28 novembre 1979, GATT doc. L/4907 .

tamente caratterizzata come consuetudinaria ("*customary practice"*), che spaziava dalla costituzione dei *panels* ai compiti delle parti contraenti in materia di vigilanza sull'esecuzione dei loro rapporti[30]; (3) le decisioni in materia di soluzione delle controversie del 29 novembre 1982 e del 30 novembre 1984 sviluppavano ulteriormente le regole relative alla procedura dinnanzi ai *panels* e alla fase di esecuzione[31]; (4) infine, la decisione del 12 aprile 1989 in materia di miglioramenti al sistema di regole e procedure in materia di soluzione delle controversie GATT, il cui testo è già molto simile al testo dell'Intesa sulla soluzione delle controversie che verrà approvata a completamento dell'Uruguay Round[32].

Guardando al quadro risultante dall'insieme di queste decisioni, è interessante notare come nel tempo siano andate a definirsi tanto le peculiarità del sistema quanto la pressoché totalità delle questioni procedurali implicate nell'attuale meccanismo di soluzione delle controversie. Sul primo fronte, la compresenza di elementi giuridici e diplomatici, che costituisce uno dei caratteri emblematici del sistema, è stata composta dando la preferenza alla ricerca di una soluzione reciprocamente accettabile per le parti in causa attraverso i meccanismi tipici della logica diplomatica[33]. Sul secondo fronte, il testo dell'Intesa sulla soluzione delle controversie ha ripreso tutti gli elementi procedurali più rilevanti che si erano delineati nella prassi quali: le modalità di istituzione e composizione dei *panel*, la definizione delle loro competenze e funzioni, la regolamenta-

[30] Ivi, Allegato *Agreed Description of the Customary Practice of the GATT in the Field of Dispute Settlement (Article XXIII:2)*.

[31] V. *Decision on "Dispute Settlement Procedures"*, contenuta nella *Dichiarazione ministeriale*, 29 novembre 1982, GATT doc. BISD 29S/13 e *Decision on "Dispute Settlement Procedures"*, 30 novembre 1984, GATT doc. BISD 31S/9.

[32] *Decision on "Improvements to the GATT Dispute Settlement Rules and Procedures"*, 12 aprile 1989, GATT doc. BISD 36S/61 .

[33] Com'è noto, nel sistema attuale è fatta salva la possibilità per le parti in causa di ricorrere in qualunque momento ai buoni uffici del Direttore generale, alla conciliazione o alla mediazione (v. art. 5 dell'Intesa sulla soluzione delle controversie). Tale specificità rientra più in generale nello spirito di cui all'art. 3.7 dell'Intesa secondo cui "[…] The aim of the dispute settlement mechanism is to secure a positive solution to a dispute. A solution mutually acceptable to the parties to a dispute and consistent with the covered agreement is clearly to be preferred […]", cui viene dato seguito anche attraverso altri caratteri tipici del sistema di natura procedurale quali, ad esempio, la possibilità per le parti di accordarsi sui termini relativi alla fase di esecuzione o sulla determinazione delle misure compensative in deroga a quanto previsto dall'Intesa. Rileva peraltro ai nostri fini ricordare che, per quanto concerne in particolare la prestazione dei buoni offici da parte del Segretario generale, tale possibilità era stata inizialmente formulata per la prima volta con riferimento alle contrapposizioni tra Paesi sviluppati e PVS che non fossero state risolte per il tramite delle consultazioni tra le parti ai sensi della decisione del 5 aprile 1966 sulle procedure *ex* art. XXIII GATT (v. parr. 1-3) e solo successivamente è stata estesa a tutte le dispute (v. art. 5.6 dell'Intesa sulla soluzione delle controversie).

zione della procedura dinnanzi al *panel* (ad esempio, la calendarizzazione dei lavori, la presentazione delle comunicazioni scritte e l'organizzazione delle riunione di merito con le parti, gli obblighi di riservatezza, i diritti dei terzi, la presentazione della relazione interinale prima del rapporto finale), l'esecuzione delle relative determinazioni (l'introduzione e la progressiva definizione della nozione di "periodo ragionevole", la preferenza per la negoziazione tra le parti di una compensazione reciprocamente accettabile in caso di mancata esecuzione da parte dello Stato soccombente, la disciplina multilaterale in materia di *retaliation* e *cross-retaliation*), fino alle disposizioni in materia di trattamento speciale e differenziato per i PVS oltreché la progressiva scansione dei termini relativi alle varie fasi della procedura[34].

In definitiva, l'Intesa sulla soluzione delle controversie del 1994 non ha quindi fatto altro che ricondurre a una cornice unica, e sotto l'egida di un nuovo organo chiamato ad amministrarla, l'Organo di risoluzione delle controversie (*Dispute Settlement Body* o DSB),[35] il sistema così come configurato in *bits and pieces*, rendendolo di portata generale e integrandolo in modo compiuto con il *corpus* di accordi oggetto del pacchetto negoziale unico, nel solco della tradizione della "codificazione" classica. A riconferma di ciò, rileva in particolare il disposto dell'art. 3.1 dell'Intesa sulla soluzione delle controversie, che recita: "Members affirm their adherence to the principles for the management of disputes heretofore applied under Articles XXII and XXIII of GATT 1947, and the rules and procedures as further elaborated and modified herein".

L'Intesa sulla soluzione delle controversie introduce effettivamente due significative novità rispetto alla prassi precedente: la prima è il superamento della stretta logica del *consensus* (diventato *consensus* negativo o invertito) per l'adozione dei *report*[36]; la seconda è la previsione di un

[34] Com'è noto, il sistema di soluzione delle controversie OMC si caratterizza per essere articolato in fasi successive, necessarie od eventuali, la cui durata è sempre puntualmente definita negli articoli rilevanti dell'Intesa sulla soluzione delle controversie. Per una disamina completa ed esaustiva dei precisi momenti in cui si sostanzia la procedura OMC, si rinvia a ODDENINO, *La ricerca di una tutela effettiva dei valori non commerciali nelle controversie dell'OMC*, in COMBA (a cura di), *Neoliberismo internazionale e Global economic governance. Sviluppi istituzionali e nuovi strumenti*, Torino, 2013, pp. 268-270.

[35] Il DSB è diretta espressione del Consiglio generale, l'organo esecutivo dell'OMC composto dai rappresentanti di tutti gli Stati membri a livello diplomatico (art. IV:2 dell'Accordo istitutivo dell'OMC). V. VAN DEN BOSSCHE, ZDOUC, *The Law and Policy*, cit., pp. 132-134 e pp. 209-212.

[36] Com'é noto, il rovesciamento del *consensus* in *consensus* invertito conferisce carattere quasi-arbitrale al meccanismo di soluzione delle controversie OMC nella misura in cui i *report*, tanto dei *panels* quanto dell'Organo d'appello, si intendono approvati a

secondo grado di giudizio facente capo all'Organo di Appello[37]. Nell'ottica qui adottata, tuttavia, questi miglioramenti non tradiscono la natura dell'Intesa quale accordo di codificazione interna bensì la esaltano nella misura in cui essi possono inquadrarsi nell'ottica di uno "sviluppo progressivo" delle norme e delle procedure di soluzione delle controversie necessario a garantire la coerenza e il consolidamento del meccanismo e il perseguimento del suo scopo ultimo, ossia la garanzia dell'equilibrio fra diritti e obblighi degli Stati membri[38].

3.2. L'Accordo sugli aspetti commerciali della proprietà intellettuale

Se l'Intesa sulla soluzione delle controversie è l'unico tra gli accordi OMC che, per i motivi suddetti, possa dirsi un accordo di codificazione nel senso più classico possibile pur nella sua accezione interna, l'Accordo TRIPS acquisisce rilevanza ai fini del presente discorso se si assume una chiave di lettura atipica: com'è noto, la materia dei diritti di proprietà intellettuale è stata tradizionalmente considerata aliena alla regolamentazione degli scambi di beni oggetto dell'Accordo GATT e la conclusione stessa dell'Accordo TRIPS ha costituito una novità assoluta nel panorama del diritto del commercio internazionale[39]. In altri termini, l'Accordo TRIPS non riposa sul consolidamento e sullo sviluppo progressivo di norme e procedure GATT com'era il caso dell'Intesa sulla soluzione delle controversie; al contrario, nell'ambito del diritto del commercio internazionale esso è stato negoziato *ex novo*, lungamente e a seguito di aspri conflitti tra Paesi industrializzati, tipicamente attenti alla protezione dei diritti di proprietà intellettuale sul piano nazionale, e PVS.[40]

Fatte queste premesse, l'Accordo TRIPS rimane interessante da ana-

meno che non vengano respinti all'unanimità. Per maggiori dettagli, si veda *ivi*, p. 278 e pp. 284-5. Si veda inoltre ODDENINO, *La tutela effettiva*, cit., pp. 266-267 e p. 271. Lo stesso autore descrive il sistema come un "meccanismo, obbligatorio e sostanzialmente automatico, di soluzione delle controversie commerciali fra Stati membri" (ivi, p. 266).

[37] L'introduzione di un Organo di appello, alquanto inusuale nel panorama delle giurisdizioni internazionali, rappresenta il fiore all'occhiello del sistema e ha fortemente contribuito al successo del meccanismo, non a caso definito come il *jewel in the crown* dell'OMC prima che la recente crisi dell'Organo d'appello gettasse un'ombra sul suo destino. Per un esame completo e dettagliato del lavoro dell'Organo di appello, si rinvia a BARONCINI, *Il funzionamento dell'organo d'appello dell'OMC: bilancio e prospettive*, San Lazzaro di Savena, 2017.

[38] V. art. 3.2 dell'Intesa sulla soluzione delle controversie.

[39] V. EVANS, *Lawmaking under the Trade Constitution*, cit., p. 112.

[40] Ivi, pp. 110-118.

lizzare sotto alcuni profili in un'ottica di codificazione "interna". Il primo profilo rilevante consiste nel fatto che l'Accordo TRIPS accorpa in un unico strumento internazionale la materia dei diritti di proprietà intellettuale[41], regolata sino a quel momento da una serie di convenzioni internazionali settoriali amministrate dall'Organizzazione Mondiale per la Proprietà Intellettuale (*World Intellectual Property Organization* o WIPO)[42], a loro volta risultato di un lavoro di sintesi di un vasto numero di accordi bilaterali sempre settoriali[43]. Nel farlo, l'Accordo TRIPS inaugura un approccio normativo basato sull'imposizione di standard minimi di tutela, tanto sostanziale quanto amministrativa e processuale[44], per mezzo di due canali fondamentali: da un lato, l'incorporazione, mediante esplicito rinvio, di numerose disposizioni di natura sostanziale contenute nelle Convenzioni WIPO[45]; dall'altro, anche nell'ottica di uno sviluppo progressivo della materia, la "codificazione" di una certa prassi giurisprudenziale e di un certo numero di procedure sviluppatesi nel corso dell'amministrazione di alcune di tali convenzioni oltreché nell'alveo delle esperienze nazionali, realizzando sapientemente un amalgama dei

[41] Com'è noto, l'Accordo TRIPS disciplina in modo dettagliato una vasta gamma di diritti sui beni immateriali: i diritti d'autore (artt. 9-14), i marchi (artt. 15-21), le indicazioni geografiche (artt. 22-24), i disegni industriali (artt. 25-26), i brevetti (artt. 27-34), le topografie di prodotti a semiconduttori (artt. 35-38) e le informazioni segrete (art. 39).

[42] Attualmente l'Organizzazione amministra 26 convenzioni internazionali in materia di diritti di proprietà intellettuale. Per maggiori informazioni, si rinvia al portale ufficiale dell'Organizzazione: https://www.wipo.int/treaties/en.

[43] V. COTTIER, *The Common Law of International Trade*, cit., p. 8.

[44] In base a questo approccio, è richiesto che gli Stati introducano nei loro ordinamenti normative che si allineano ai livelli di tutela minimi previsti dall'Accordo TRIPS, fatta salva la possibilità di prevedere normative più favorevoli. Questo tanto sul piano delle disposizioni di natura sostanziale (ad esempio, in materia di brevetti, è stabilito l'obbligo di garantire la brevettabilità delle invenzioni in tutti i settori tecnologici e si stabiliscono con precisione i diritti di esclusiva esercitabili dal titolare) quanto con riferimento all'obbligo di predisporre "efficaci strumenti di tutela giurisdizionale dei beni immateriali, in modo da garantire l'azionabilità di procedimenti civili, penali ed amministrativi nei confronti dei soggetti imitatori, nonché misure di protezione doganale alle frontiere volte a bloccare l'importazione di merci contraffatte". V. BONADIO, *Sistema brevettuale 'TRIPS' e risorse genetiche: Esigenze Commerciali e interessi pubblici*, Napoli, 2008, p. 16.

[45] Si tratta in particolare della Convenzione di Parigi per la protezione della proprietà industriale del 1883, così come modificata dall'Atto di Stoccolma del 1967; della Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche del 1886, così come modificata dall'Atto di Parigi del 1971; della Convenzione internazionale relativa alla protezione degli artisti, interpreti, esecutori, dei produttori di fonogrammi e degli organismi di radiodiffusione del 1961 e del Trattato sulla proprietà intellettuale in materia di semiconduttori del 1989. Per un'analisi esaustiva su quali disposizioni di tali Convenzioni siano incorporate nell'Accordo TRIPS, v. VAN DEN BOSSCHE, ZDOUC, *The Law and Policy*, cit., pp. 1002-1003.

caratteri tipici andatisi a standardizzare nel tempo a livello nazionale, regionale e internazionale[46]. In definitiva, l'Accordo TRIPS è quindi un accordo di codificazione "interna" di norme e procedure in materia di diritti di proprietà intellettuale "esterne" al sistema OMC e rappresenta, in questo senso, l'altra faccia della codificazione interna rispetto a quella realizzata dall'Intesa sulla soluzione delle controversie.

Immediatamente collegato a questo, nell'ottica qui adottata rileva inoltre un altro aspetto: l'Accordo TRIPS, oltre a realizzare un importante processo di unificazione normativa che sfocerà in un'armonizzazione senza precedenti della materia, si caratterizza per "globalizzare" la protezione dei diritti di proprietà intellettuale, sistematizzati alla maniera di cui *supra*, imponendo a tutti gli Stati membri del sistema OMC il rispetto degli standard minimi *ivi* previsti. In altri termini, e come è stato giustamente messo in luce, essendo l'Accordo parte integrante del *single undertaking*, "all contracting parties would have to adhere to the Paris and Berne Conventions at a time when a number of nations had not signed one or both of the agreements"[47]. C'è qui un aspetto di diffusione delle norme pattizie nel senso di una loro "universalizzazione" nell'ambito del sistema multilaterale degli scambi che in un certo senso è speculare al meccanismo della codificazione "interna" così come definito in questo lavoro.

4. Segue: *Il futuro della "codificazione" nel sistema OMC nell'era del preferenzialismo: alcune considerazioni di natura sistemica*

Nell'attuale fase di sviluppo normativo del diritto del commercio internazionale, sembra non esserci più spazio per accordi OMC di codificazione "interna" nell'accezione sinora discussa. Com'è noto, il sistema multilaterale degli scambi sta vivendo una fase di profonda crisi caratterizzata, da un lato, dallo stallo dei negoziati di Doha e da un progressivo

[46] Con riferimento alla tutela dei marchi, per esempio, Taubman, Wager e Watal notano: "the Paris Convention is silent on a number of key aspects of trademark protection. Accordingly, the trademark section of the TRIPS Agreement contains a comprehensive definition of trademarks and a description of the rights conferred by registered trademarks, as well as provisions on limitations and on the term of protection. The TRIPS Agreement also adds some significant substantive provisions regarding service marks and the protection of well-known marks. These provisions codify and concretize to some extent jurisprudence and general practice that had already been developed under the Paris Convention and relevant national laws". V. TAUBMAN, WAGER, WATAL (eds), *A Handbook of the TRIPS Agreement*, Cambridge, 2012, p. 57.

[47] EVANS, *Law Making Under the Trade Constitution*, cit., p. 117.

slittamento verso la conclusione di accordi plurilaterali di natura settoriale[48] e, dall'altro, dal crescente ricorso all'opzione degli accordi preferenziali (bilaterali, regionali o mega-regionali) da parte degli Stati membri dell'OMC[49].

L'emergere del preferenzialismo ha in particolare contribuito secondo buona parte della dottrina a gettare un'ombra sull'Organizzazione e a rendere progressivamente meno rilevante il suo sistema di diritto[50]. L'argomento centrale proposto sembra far leva sul fatto che tale sistema verrebbe a essere "superato" dalla carica innovativa espressa dagli accordi preferenziali di nuova generazione, sempre più "approfonditi" e, quindi, fonte di un numero crescente di regole più avanzate rispetto a quelle OMC[51]. D'altra parte, di fronte alla proliferazione degli accordi preferenziali, il rischio paventato a più riprese è quello di una frammentazione del diritto del commercio internazionale, a sua volta potenzialmente foriera di un deterioramento della *governance* globale in materia commerciale[52]. L'attuale crisi del sistema multilaterale degli scambi, per-

[48] V. COTTIER, *The Common Law of International Trade*, cit., pp. 17-18.

[49] Sempre più spesso gli accordi preferenziali c.d. di nuova generazione sono, come si suol dire, "approfonditi" (più tecnicamente in lingua inglese, "*deep*") nella misura in cui contengono regole più avanzate e/o stringenti rispetto a quelle OMC (c.d. clausole OMC-plus o OMC-extra). Per una disamina completa si rinvia a HORN, MAVROIDIS, SAPIR, *Beyond the WTO? An Anatomy of EU and US Preferential Trade Agreements*, in *The World Economy*, 2010, p. 1565 ss.

[50] V., *inter alia*, WILKINSON, *WTO: Crisis and the Governance of Global Trade*, London, 2006; AGUR, *The US Trade Deficit, the Decline of the WTO and the Rise of Regionalism*, in *Global Economy Journal*, 2008, p. 1 ss; LOW, *Preferentialism in Trade Relations: Challenges for the World Trade Organization*. ADBI Working Paper 478, Tokyo: Asian Development Bank Institute, 2014; PAUWELYN, ALSHNER, *Forget About the WTO: The Network of Relations between Preferential Trade Agreements (PTAs) and "Double PTAs"*, in ELSIG, DÜR (eds), *Trade Cooperation: The Purpose, Design and Effects of Preferential Trade Agreements*, Cambridge, 2015, pp. 497-532; KARAS, *Multilateralism under Stress*, Brookings, 2017; MCDOUGALL, *Crisis in the WTO: Restoring the WTO Dispute Settlement Function*, Centre for International Governance Innovation (CIGI) Paper No. 194, 2018, pp. 2-4.

[51] Nelle parole di PAUWELYN, ALSHNER, *Forget about the WTO*, cit., p. 532,: "the rules of tomorrow are made in deep PTAs by a limited group of countries that are centrally placed in the network. Hence, we should expect a relatively homogenous process of WTO-extra norm creation and diffusion". Tra gli attori maggiormente attivi sul fronte della negoziazione di accordi preferenziali troviamo l'Unione europea: si veda, ad esempio, MELO ARAUJO, *The EU Deep Trade Agenda*, Oxford, 2016.

[52] Lo stesso Pascal Lamy, allora Segretario generale dell'OMC, nel 2007 esprimeva così la sua preoccupazione: "it would be fair to say that proliferation [of PTAs] is breeding concern – concern about incoherence, confusion, exponential increase of costs for business, unpredictability and even unfairness in trade relations" (discorso pronunciato in apertura al convegno sul tema "*Multilateralising Regionalism"* tenutosi a Ginevra nel 2007).

lomeno a detta dei più, ridurrebbe poi ulteriormente le *chances* che i risultati raggiunti sul fronte preferenziale vengano "multilaterizzati" in seno all'OMC in un futuro prossimo[53].

Alla luce di questi sviluppi, quale potrebbe o dovrebbe essere il futuro della codificazione nel diritto del commercio internazionale? Altrimenti detto, cosa potrebbe o dovrebbe significare la codificazione oggi per il sistema OMC? Ponendoci nell'ottica interna qui adottata, l'avvento del preferenzialismo rileva soprattutto ove si consideri che la conclusione di un numero sempre maggiore di accordi di tipo preferenziale di fatto contribuisce a realizzare una progressiva diffusione delle regole del commercio internazionale al di fuori del sistema OMC sul piano pattizio. Benché tali accordi spesso integrino e/o superino le regole OMC con le c.d. clausole "OMC-extra" e "OMC-plus"[54], essi non sostituiscono l'OMC né potrebbero sostituirla poiché non possono leggersi senza riferirsi al diritto OMC: si fondano sugli stessi valori e sugli stessi principi fondamentali, riprendono il *corpus* di regole OMC e ne ricalcano spesso la stessa struttura, rinviano talune volte ai precedenti giurisprudenziali OMC[55]. In questo senso, contribuiscono a propagare il diritto OMC al di

[53] È interessante invece notare come eminenti esperti del settore abbiamo rilevato le debolezze intrinseche a una visione squisitamente incentrata sugli sviluppi più recenti emersi in seno al sistema commerciale multilaterale: "The existence of international trade law does not depend upon the successes or failures of new disciplines and trade liberalization, any more than we would, for example, assess the overall importance of tort or contract law on the basis of controversial amendments proposed in legislation. The practice of narrowly linking the international standing and prestige of institutions and agreements to current affairs and daily business is not accurate and short-sighted" (COTTIER, *The Common Law of International Trade*, cit., p. 5), cosìcche "[i]t is only when comparing different historical stages that we fully grasp the contemporary existence, importance, and true weight of the multilateral system as a global public good operating every day" (ivi).

[54] Un esempio classico è quello delle regole OMC-plus contenute nei capitoli in materia di ostacoli tecnici agli scambi (*Technical Barriers to Trade* o TBT) o di misure sanitarie e fitosanitarie (*Sanitary and Phytosanitary Measures* o SPS). Per una visione generale, si rinvia a HORN, MAVROIDIS, SAPIR, *Beyond the WTO?*, cit., pp. 1565-1588. Tra i contributi più recenti, si segnalano inoltre, *inter alia*, VILLALTA PUIG, *Nature and Enforceability of WTO-plus SPS and TBT Provisions in Canad''s PTAs: From NAFTA to CETA*, in *World Trade Review*, 2016, p. 51 ss. e RIGOD, *TBT-plus Rules in Preferential Trade Agreements*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2013, p. 247 ss.

[55] Nelle parole di Thomas Cottier: "The philosophical foundations of most trade agreements within and outside the WTO belong to the same family. They are based upon the ideas of progressive liberalization of market access, transparency, and non-discrimination emanating from the 1947 GATT. They are all committed to realizing comparative advantages and to fostering welfare by enhancing inclusiveness and openness. They stress the importance of protection of property rights. They seek to create level playing fields and fair conditions of competition between foreign and domestic products. They emanate from the fundamental principles of division of labour. They share a

là del sistema multilaterale, arrivando nei fatti a configurare quello che è stato molto opportunamente definito a "*common law of international trade*"[56].

È in questa chiave che, se si guarda al panorama degli accordi OMC e degli accordi preferenziali nella sua interezza, è già possibile intravedere come, al di là della frammentazione apparente prodotta dal preferenzialismo, si vadano configurando sempre più marcatamente tratti comuni suscettibili di poter essere sintetizzati e "universalizzati" ("codificati", se vogliamo dire impropriamente)[57]. Si tratta in definitiva di una situazione che, benché formalmente agli antipodi rispetto alla nozione classica di codificazione, di fatto è ad essa affine nella misura in cui crea i presupposti per un processo progressivo di integrazione e consolidamento di

common understanding of tariffs, non-tariff measures, trade remedies, services, and intellectual property. The same is true for legitimate policy goals and the definition of policy space. Provisions on exceptions to the rules and principles expounded generally respond to similar or comparable motives and criteria based upon reason. The principles of necessity or, inherently or explicitly, of proportionality and least restrictive measures are common to all. They share common concepts such as ordre public, or public health, and are subject to disciplines on abuse of rights, protection of good faith, and the exclusion of arbitrary and disguised restrictions and arbitrary discrimination. […] Finally, all these agreements are embedded in general public international law, its sources and principles, and the law of treaties. They equally relate to other fields of international law, such as human rights protection, environmental law, and the law relating to natural resources", (COTTIER, *The Common Law of International Trade*, cit., pp. 6-7).

[56] Ivi, p. 6. In questa visione, peraltro, accordi OMC e accordi preferenziali sono legati a doppio filo in quella che viene definita una "dialectical relationship". Più nello specifico: "Multilateral and preferential rules are also closely interwoven in a temporal or horizontal manner. […] All these agreements, forming part of the global trading system, thus stimulate each other and induce progress by borrowing from each other". V. COTTIER, SIEBER GASSER, WERMELINGER, *The Dialectical Relationship of Preferential and Multilateral Trade Agreements*, in ELSIG, DÜR (eds), *Trade Cooperation*, cit., pp. 465-496.

[57] Ancora una volta è Thomas Cottier a fornire una chiave di lettura funzionale all'ottica qui adottata: "The world will thus see an increasing number of agreements and varied provisions, yet they will largely be committed to the same subject matter and goals. The days of almost exclusively resorting on the global level to WTO agreements as the mainstays of the system are in the past. […] The configuration encourages a comparative approach, and work towards synthetizing common future standards in the process of multilateralization". (COTTIER, *The Common Law of International Trade*, cit., p. 8). Nella visione di Cottier, la comunità accademica dovrebbe svolgere un ruolo di primo piano in questa particolare congiuntura ("Political fragmentation must be counteracted by intellectual coherence and the search for and identification of common principles and rules", ivi, p. 6; si vedano inoltre pp. 9-12). Particolarmente interessante nell'ambito del presente lavoro è infine notare che, sempre a detta dell'autore, "The situation is comparable to the role of modern Roman law when the foundations of modern commercial law were formed by scholars" (ivi, pp. 8-9).

regole sempre più avanzate "riconducendole a sistema"[58]. In ultima analisi, i meccanismi alla base dell'evoluzione del diritto del commercio internazionale aderiscono quindi ad una nozione di codificazione forse atipica, ma senz'altro funzionale alla realizzazione del suo scopo ultimo, cioè a dire il consolidamento di un sistema integrato di regole al passo coi tempi.

5. Conclusioni

Il presente lavoro ha inteso dimostrare come il fenomeno della codificazione nel sistema OMC (come tradizionalmente tale termine viene inteso nel diritto internazionale) sia difficile ma non impossibile.

Certamente la nozione classica di codificazione si presta più facilmente ad essere impiegata con riferimento al versante qui definito "esterno" della relazione tra codificazione e sistema OMC.

Quanto al versante "interno", il presente contributo ha distinto tra "vecchia" e "nuova" codificazione, premettendo che in ambedue i casi tale nozione è stata utilizzata in chiave più o meno atipica. Rientrano nella prima fattispecie i due accordi OMC definiti di codificazione interna: l'Intesa sulla soluzione delle controversie e l'Accordo TRIPS. Il primo è di fatto l'unico esempio di accordo di codificazione nel senso più tradizionale possibile nel sistema OMC, essendo un accordo di natura procedurale mosso dalla necessità di sistematizzare (e sviluppare) le norme e le procedure in materia di soluzione delle controversie evolutesi per prassi durante i cinquant'anni di vita dell'Accordo GATT (in altri termini, le norme e le procedure "interne" GATT) nell'ambito della neonata OMC. Il secondo è un accordo di natura sostanziale in cui parimenti è prevalente l'aspetto della sistematizzazione ancorché realizzata attraverso un processo codificazione "interna" di norme e procedure in materia di diritti di proprietà intellettuale "esterne" al sistema OMC – dalle numerose disposizioni delle convenzioni settoriali WIPO esplicitamente incorporate mediante rinvio a una certa prassi giurisprudenziale e un certo numero di procedure sviluppatesi nel corso dell'amministrazione di alcune di tali convenzioni, oltreché nell'alveo delle esperienze nazionali. In altri termini, l'accordo TRIPS rappresenta l'altra faccia della "vecchia" codificazione interna nella misura in cui, da un lato, costituisce un amalgama dei caratteri tipici della regolamentazione dei diritti di pro-

[58] In questo senso ritorna il concetto di "*dialectical relationship*" evocato da COTTIER, SIEBER-GASSER, WERMINGLER, *The Dialectical Relationship*, cit., pp. 465-496.

prietà intellettuale andatisi consolidando nel tempo a livello nazionale, regionale e internazionale e, dall'altro, "universalizza" tali caratteri attraverso un processo di unificazione normativa basato sull'approccio degli standard minimi di tutela.

Infine, l'analisi qui svolta ha messo in luce come, nell'attuale fase di esponenziale crescita del preferenzialismo, l'impossibilità congiunturale di concludere accordi OMC di codificazione interna non preluda necessariamente a una frammentazione del regime del commercio internazionale. Al contrario, il presente lavoro ha inteso dimostrare come si stia gradualmente configurando un sistema di "common law of international trade" in cui i valori, i principi fondamentali e le regole del sistema OMC vengono a propagarsi al di fuori del sistema attraverso una rete integrata di accordi i cui tratti comuni possono essere sintetizzati. In questo senso, il futuro della codificazione nel sistema OMC prescinde dal realizzarsi o meno di una multilateralizzazione dei risultati raggiunti per via preferenziale ove si abbandoni una prospettiva squisitamente formalistica[59]. È infatti lo scopo ultimo della nozione classica di codificazione a essere soddisfatto nell'attuale assetto del sistema del commercio internazionale: il progressivo consolidamento di regole avanzate entro un sistema normativo coerente e integrato.

[59] Peraltro, come sottolineato da Joost Pauwelyn e Wolfgang Alshner, siamo ancora lontani dal raggiungere *"*a more sophisticated understanding of how PTAs […] can be a stepping stone or stumbling block for multilateralism*"* (PAUWELYN, ALSCHNER, *Forget about the WTO*, cit., p. 36).

THE ROLE OF INTERNATIONAL ORGANISATIONS REGARDING THE CODIFICATION OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Hans VAN LOON*

SUMMARY: 1. Introduction: codification – unification – progressive development – cross-border cooperation. – 1.1. Codification. – 1.2. Unification. – 1.3. Progressive development. – 1.4. Cross-border cooperation. – 2. The role of the Hague Conference and the EU in bridging legal diversity. – 2.1. The Hague Conference. – 2.2. The European Union. – 3. The interaction of public and private international law in this bridging effort. – 3.1. The Hague Conference. – 3.2. The European Union. – 4. Consequences for the codification of private international law at the national level by EU Member States. – 4.1. A three-tier legislative process. – 4.2. High level expertise needed at all three tiers. – 4.3. Determining the proper tier – global, EU, domestic – on which to legislate in private international law matters.

1. Introduction: codification – unification – progressive development – cross-border cooperation

1.1. Codification

Within the overall theme of our conference, "La codificazione nell'ordinamento internazionale ed europeo", I have been asked to address the role of international organisations regarding the codification of private international law (PIL). Assuming that my "Hague" experience is not alien to this invitation[1], I will be focussing my presentation on the role of the Hague Conference on Private International Law[2]. However, at

* Member of the Institut de Droit International. Former Secretary General of the Hague Conference on Private International Law (1996-2013).

[1] Cf. POCAR, VAN LOON, *The 120th Anniversary of The Hague Conference on Private International Law*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 517 ff.

[2] Of course, this does not detract from the legislative activity of other global and regional organisations, such as UNCITRAL, UNIDROIT, the Council of Europe and, in

this Conference of the Italian Society of International *and EU Law*, our discussions cannot ignore the legislative part of the European Union in the field of PIL, given its increasing interaction, especially during the last two decades, with that of the Hague Conference.

After a few introductory remarks, this contribution will address three subthemes:

1) The role of the Hague Conference and the EU in bridging legal diversity;

2) The interaction of public and private international law in this bridging effort, and its

3) Consequences for the codification of PIL at the national level by EU Member States.

Each of these sub-themes would justify a far more extensive discussion than is possible within the context of this contribution, so what follows is inevitably sketchy and incomplete.

In the light of our overall theme, "The role of international organisations regarding the *codification* of private international law", it is interesting to note that the term "codification" does not appear in the statute of the Hague Conference. Nor does it appear in the statutes of its sister organisations International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) and The United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL).

The 1951 Statute of the Hague Conference defines the purpose of the Conference as: "to work for the *progressive unification* of the rules of private international law"[3]. This echoes the 1941 Statute of UNIDROIT – the International Institute for the *Unification* (*not* Codification) of Private Law. UNIDROIT's task is "to examine ways of harmonising and coordinating the private law of States and of groups of States, and to prepare gradually for the adoption by the various States of uniform rules of private law"[4]. Likewise, the 1966 UN resolution which set up the UN Commission on International Trade Law defines UNCITRAL's task as "the promotion and the *progressive* harmonization and *unification* of the

the context of the Organization of American States, the CIDIP conferences, which may extend into the field of PIL.

[3] Article 1. For the text, status of signatures, ratifications and accessions, and further details concerning all instruments and documents of the Hague Conference, see www.hcch.net.

[4] Article 1. See https://www.unidroit.org/about-unidroit/institutional-documents/statute.

law of international trade"[5]. So, all three private-law formulating intergovernmental bodies have as their mandate "unification" rather than "codification".

By contrast, the mandate of the International Law Commission (ILC, established in 1947), based on Article 13, para. 1, of the UN Charter, is the "promotion of the *progressive* development of international law and its *codification*", it being understood that the Commission shall concern itself primarily with public international law, but is not precluded from entering the field of PIL. So far, the ILC has not engaged itself with PIL. Its primary concern is *public* international law – assumed to be *one* for the world as a whole (only because of its presumed unity, the issue of its fragmentation could arise!)[6] – which was, and in many respects still is, essentially a customary system of law. And because customary law often comes with ambiguity and lack of precision, its *codification* is needed to provide certainty and specificity to its unwritten rules and principles[7].

1.2. Unification

Private law, on the other hand, not only private substantive law but also PIL, contrary to public international law, is generally not one, but diverse, and, at least in continental law systems, largely codified – but, precisely, in a way that varies from one jurisdiction to another. The challenge here is less one of unwritten rules calling for "codification". Rather, there is a need to bridge the *diversity* of (codified) systems. In the absence thereof, a judgment rendered in one country may be just a piece of paper in another, and a contract or marriage or will valid in one country, may be invalid or even non-existent in another (as Tobias Asser,

[5] United Nations General Assembly, resolution 2205 (XXI), 17 December 1966. The term "codification" appears only in Article 8, *c*), of this resolution: "The Commission shall further the progressive harmonisation and unification of the law of international trade by […] promoting the codification and wider acceptance of international trade terms, provisions, customs and practices". Here, as in the context of the ILC, codification is seen as the way to provide certainty and predictability to existing customary practices.

[6] *Report of the Study Group of the International Law Commission on Fragmentation of International Law: Difficulites arising from the diversification and expansion of international law*, finalised by Martti Koskenniemi, UN doc. A/CN.4/L.702, para. 8 ff.

[7] Cf. WATTS, *The International Law Commission 1949-1998*, vol. I, Oxford, 1999.

founder of the Hague Conference lamented[8]). Thus, the primary need here is one of *bridging legal diversity*.

As we know, such bridging of legal diversity can be done at two levels: at the level of substantive private and commercial law, the "uniform law" approach (implicitly referring to *substantive* law) – UNIDROIT and UNCITRAL work mainly on that level – or at the level of PIL, ordering diversity without touching substantive law. But because private international law approaches, in turn, also diverge as between different national legal systems, there is a further *need for transnational legal ordering of* PIL, which is, mainly, the role of the Hague Conference. I use the word "mainly" because, due in part to improved cooperation between the organisations, the techniques are less compartmentalised today than they used to be in the past[9].

1.3. Progressive development

UNIDROIT, UNCITRAL and the Hague Conference have in common that all three are called upon to "*progressively*" (or "gradually") *develop* the law. In fact, their activities are increasingly guided by what, at any given moment, are perceived common needs[10]. They thus tend to proceed topic-by-topic, rather than by an abstract overall programme to prepare a comprehensive, complete system – a code – of PIL[11].

The work of these law-making organisations is also "progressive" in another sense, namely that each organisation builds on its previous work (and on that of other organisations), which generally leads to a progression in the quality and effectiveness of work. The long history of the Hague Conference, during which many Hague Conventions have been revisited, sometimes more than once, offers many examples of such progress.

[8] Thus, Asser in his valedictory speech at the University of Amsterdam 1893, *Toen en Nu*, Haarlem, 1893, p. 27.

[9] For example, in 2003 the Hague Conference, through a Questionnaire in relation to the law applicable to insolvency proceedings, contributed to UNCITRAL's work on insolvency,

[10] It may be noted that, despite its different mandate aimed at the codification of public international law, the work of the ILC has in fact developed in a similar way.

[11] Within the EU, legislative activity in the field of PIL has reached a high level, which has led the European Parliament to call for a codification of PIL, see http://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-area-of-justice-and-fundamental-rights/file-adoption-of-a-european-code-on-private-international-law. So far, however, this has not resulted in a Commission initiative.

Compare for example, the Hague Conventions on civil procedure, on protection of children, and on maintenance obligations. For each of these, we now have reached the *third* generation of multilateral treaties:

- the 1905 *Convention relative à la procedure civile* was revised by the 1954 Convention with the same title[12], which in turn was revised in three stages through the 1965 Service Convention, the 1970 Evidence Convention and the 1980 Access to Justice Convention.
- The 1902 *Convention pour régler la tutelle des mineurs* was first revised – in part under the influence of of the *Case concerning the application of the 1902 Convention between Netherlands and Sweden* before the International Court of Justice[13] – by the 1961 *Convention concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs*, and then by the 1996 Convention on the International Protection of Children.
- The 1956 and 1958 Conventions on the law applicable and the recognition and enforcement of decisions on maintenance obligations towards children, were revised by the two 1973 Conventions which also covered maintenance obligations regarding adults; the latter were then revised by the 2007 Convention on the international recovery of child support and other forms of family maintenance, which also includes provisions on administrative cooperation thereby revising those of the 1956 New York United Nations Convention on the Recovery Abroad of Maintenance, and its 2007 Protocol on applicable law.

1.4. Cross-border cooperation

In the course of this progressive development, what started initially as *unification* of rules of PIL, has been increasingly complemented by machinery for direct cross border *cooperation* between administrations, in particular through the Central Authority device, and more recently also by direct cross-border *communication* among judges in different

[12] It is true that the revision of the 1905 (which itself replaced its 1896 predecessor) was mainly of a technical nature, due to the uncertain effect of the Second World War on existing multilateral treaties.

[13] ICJ, judgement of 28 November 1958, *Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants (Netherlands* v. *Sweden)*, in *I.C.J. Reports 1958*, p. 55. See VAN LOON, DE DYCKER, *The Role of the International Court of Justice in the Development of Private International Law*, in *Mededelingen van de Koninklijke Vereniging voor internationaal Recht, 140, One Century Peace Palace, from Past to Present*, 2013, p. 73 (at p. 87), also accessible at https://www.knvir.org/wp-content/uploads/2014/02/preadvies-2013.pdf.

countries. The 1996 Hague Convention on the International Protection of Children[14] is perhaps the most mature fruit of this development: it establishes rules on jurisdiction of courts and authorities, including on cross-border transfer of jurisdiction, on applicable law, on recognition and enforcement, and on cooperation among Central Authorities. The operation of this Convention, in conjunction with the 1980 Hague Child Abduction Convention, is thus supported by a living global network of co-operating administrative authorities, and, in a further development, by a global network of liaison judges, the International Hague Network of Judges[15]. So, it is not without reason that the Hague Conference calls itself "The World Organisation for Cross-Border *Cooperation* in Civil and Commercial Matters"[16].

Likewise, the overarching term used in the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) Title V, Chapter 3, for the work of the EU in the field of PIL is "judicial cooperation in civil matters", which under Article 81 includes, almost in a subordinate role, "the approximation of the laws and regulations of the Member States" (avoiding both the terms "unification" and "codification"!). Over the past twenty years, the EU has progressively bridged a great portion of diversity of PIL rules among its Members.

The EU has been able to progress at an accelerated speed for three main reasons:

i) foremost, the immediate, direct effect of its regulations and directives, which avoids the cumbersome ratification process of treaties and facilitates speedy recasting of existing instruments;

ii) it could build on the work of the Hague Conference, and

iii) its limited membership and corresponding more limited diversity of PIL rules of the legal systems of its Member States.

[14] As well as the 2000 Convention on the International Protection of Adults, which largely follows the pattern of the 1996 Convention.

[15] Cf. KREEGER, *The International Hague Judicial Network – A Progressing Work*, in *Family Law Quarterly*, 2014, p. 221 ff.

[16] In fact, the Hague Conference's multilateral treatymaking work itself, in its different stages (selecting the topic, circulating questionnaires, discussing, negotiating, drafting, and adopting an instrument), is a matter of continuing cooperation, see *Report of the Secretary General on the Review of the Multilateral Treaty-Making Process*, UN doc. A/35/312, 1980, Nos. 17, 18. Cooperation thus takes multiple forms: legislative, administrative, and judicial cooperation, cf. VAN LOON, *The Increasing Significance of International Cooperation for the Unification of Private International Law*, in CENTRUM VOOR BUITENLANDS RECHT EN INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT, UNIVERSITEIT VAN AMSTERDAM (ed.), *Forty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Deventer, 1990, p. 101 ff.

Against this background we may now examine more closely the bridge-building function of the Hague Conference and that of the EU.

2. The role of the Hague Conference and the EU in bridging legal diversity

2.1. The Hague Conference

The bridge-building ambition of the Hague Conference is, on the one hand, more modest than that of its sister organisations UNIDROIT and UNCITRAL since its aim is not to unify substantive law but only PIL. On the other hand, given its prominent and extensive work in the sensitive fields of civil procedure and family (and family property) law, firmly rooted in the legal and social fabric of societies and cultures, bridging legal diversity presents multiple and complex challenges to the Conference. Examples of such diversity include:

1) civil or continental law v. common law;

2) the law of the USA v. other legal systems, including those of the common law;

3) religious v. secular law;

4) legal systems of developed v. developing countries[17].

1) Civil or continental law v. common law

Bridging the divide between civil or continental law and common law has been a challenge for the Conference since its resurrection after the Second World War. An enormous amount of cross-legal dialogue and intellectual energy has been invested in developing instruments that have been:

- very successful in terms of global ratification, such as those on administrative and judicial cooperation, the 1961 Hague Apostille, 1965 Service and 1970 Evidence Conventions and the Children's Conventions, the 1980 Child Abduction, 1993 Adoption, 1996 Child Protection, and 2007 Child Support Conventions – all in force for Italy –, or
- quite successful such as the 1961 Forms of Wills Convention – not ratified by Italy –, or

[17] Cf. VAN LOON, *Legal Diversity in a Flat, Crowded World: the Role of the Hague Conference*, in *Revue hellénique de droit international*, 2009, p. 494 ff.; also published in *International Journal of Legal Information*, 2011, p. 172 ff.

- moderately successful, such as the 1970 Divorce and 1985 Trusts Convention – both in force for Italy –, or
- instruments that, although not widely ratified, have influenced EU legislation, such as the 1978 Hague Matrimonial Property and 1989 Successions Conventions – not in force for Italy – which, however, have inspired EU regulations which are in force for Italy[18], or, finally,
- have had an influence on PIL doctrine, such as the 1978 Marriage Convention[19] – not ratified by Italy.

The most telling example of a bridge-building instrument between civil and common law systems is perhaps the 1985 Hague Trusts Convention. The trust with its typical trustee-beneficiary relationship and its special proprietary effects is widely used in the common law world, but largely unknown in civil law countries. Is it possible to enable the trustee-beneficiary relationship and its proprietary consequences to have effect in civil law countries? The Convention provides a legal environment for this, creating legal space for, and recognition of, the trust without compromising the legal fabric of civil law countries. As a PIL instrument, it does not aim to introduce the trust into substantive domestic law. Yet, surprisingly, that has been an unintended spin-off effect of the trust in Italy, giving rise to the *trust interno*[20]. By contrast, in the Netherlands, for example, that spin-off effect has been countered by a clear rule in the Civil Code which closes the door to the trust in Dutch civil law[21].

More fundamentally, the need to reconcile the connecting factors of nationality in most civil law systems and domicile in the common law has strongly contributed to the rise of habitual residence, first in Hague

[18] Regulations (EU) 1103/2016 on enhanced cooperation in matters of matrimonial property regimes (Chapter III), and (EU) 1104/2016 on enhanced cooperation in matters of the property consequences of registered partnerships (Chapter III); both applying as of 29 January 2019; regulation (EU) 650/2012 on succession (also influenced by the 1961 Hague Forms of Wills Convention and the 1973 Hague Convention concerning the International Administration of the Estates of Deceased Persons).

[19] The 1978 Marriage Convention which provides that a "marriage validly entered into under the law of the State of celebration […] shall be considered as such in all Contracting States" (Article 9), without subjecting the validity to a choice of law test by the recognising State is often referred to as an early application of the "méthode de la reconnaissance". See, e.g., LAGARDE (sous la direction de), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, 2013.

[20] See BROWN, *Italy: The Trust Interno*, in HAYTON (ed.) *The International Trust*, 3 rd ed., 2011, p. 787 ff.

[21] Article 3:84, para. 3: "A juridical act performed with the intention to transfer property merely to provide security for a debt or performed without the intention of bringing the property into the patrimony (capital) of the acquirer, is no valid legal basis for a transfer of that property".

Conventions, and then also generally in European, Inter-American, and domestic law all over the world (including, for example, in the recent Chinese code on PIL). The emergence of party autonomy beyond the field of commercial law may also be in part ascribed to this need[22].

With "Brexit", if it materializes, this bridge-building function of the Hague Conference will only increase: the dominance of civil law in the EU will grow further, bridge-building within the EU between civil and common law will further decrease, and shift to other fora such as the Hague Conference.

2) The law of the USA v. other legal systems, including those of the common law

Within the common law, the US occupies a special position. A telling illustration is offered by the insertion at the request – not of civil law countries as one might think, but – of the UK, of Article 23 in the 1971 Hague Evidence Convention: The UK realised, at the last moment of the negotiations on that Convention, that, although discovery formed part of the English system of civil procedure, discovery methods in US federal and state civil procedures – leading to so called "fishing expeditions" – went way beyond the discovery methods of UK law. This led the UK delegation to propose the following reservation: "A Contracting State may at the time of signature, ratification or accession, declare that it will not execute Letters of Request issued for the purpose of obtaining pre-trial discovery of documents as known in common law countries".

Another example are punitive and treble damages. Civil and common law countries alike insisted on protection against excessive damages as may be awarded by US judgements, first in the Choice of Court Convention[23], and now also in the current draft for a global Enforcement of Judgements Convention, through a provision permitting refusal of the recognition and enforcement of judgements according non-compensatory damage[24].

[22] The introduction of habitual residence and of party autonomy are some of the early innovations introduced by post-Second World War Hague Conventions, see VAN LOON, *The Global Horizon of Private international Law*, Inaugural Lecture, in *Collected Courses*, 2016, vol. 380, p. 9 ff., Nos 8-17.

[23] Article 11 Damages: "1) Recognition or enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the judgment awards damages, including exemplary or punitive damages, that do not compensate a party for actual loss or harm suffered. 2) The court addressed shall take into account whether and to what extent the damages awarded by the court of origin serve to cover costs and expenses relating to the proceedings".

[24] In identical terms: Article 10 of the 2018 draft Convention.

On the other hand, the mechanism of transfer of jurisdiction from one US State to another has inspired rules on transfer of jurisdiction in both the 1996 Protection of Children Convention[25] – which in turn inspired the EU Brussels II-*bis* regulation[26] – and the 2000 Protection of Adults Convention[27].

A major problem remains the difference in approach between the US and most other – both civil and common law – countries, regarding international jurisdiction of the courts. In the US judicial jurisdiction, ultimately, is a constitutional question of due process regarding the defendant, therefore focussed on the relation between the court and the *defendant*; whereas in Europe, and generally outside of the US, the focus is on the relation between the court and the *cause of action*. For the US, a forum jurisdiction based on the sole quality of consumer, employee or child support creditor is an impossibility. This explains, e.g., why the 2007 Hague Child Support Convention has no rules on direct jurisdiction, but the EU Maintenance regulation does provide for such rules.

3) Religious v. secular law

Egypt (since 1961) and Israel (since 1964) belong to the early members of the Hague Conference since it was established as a permanent organisation in the 1950's. The 1970 Hague Divorce Convention, in force for Italy – with a reservation[28] which it now may wish to reconsider – applies to judicial divorces and separations, but also to repudiations under Jewish or Islamic law, provided they follow "judicial or other proceedings"[29]. The more recent 1996 Child Protection Convention makes special provision for the recognition of *kafala* arrangements – a form of provision of care under Islamic law that is functionally equivalent to adoption[30]. Again (as with the Trust Convention regarding trusts) the purpose of the 1996 Convention is not to introduce *kafala* into the domestic laws of States parties, but merely to facilitate its recognition by

[25] Articles 8 and 9.
[26] Article15.
[27] Article 8.
[28] "The Italian Government reserves the right, in accordance with article 19, paragraph 1, to refuse to recognize a divorce or legal separation between two spouses who, at the time of the divorce or legal separation were nationals of Italy, and of no other State, and a law other than that indicated by the rules of private international law of Italy was applied, unless the result reached is the same as that which would have been reached by applying the law indicated by those rules."
[29] Article 1, para. 1.
[30] Article 3, *e*), see also Article 33.

States which do not provide for *kafala* in their laws. Yet, I understand, this has been an issue in Italy, and a reason why Italy was the last of the 28 EU Member States to join the Convention.

4) Legal systems of developed v. developing countries

During the last three decades an increasing number of developing countries have taken part in the work of the Hague Conference. Their legal, social and economic infrastructures are often limited in comparison to more affluent (post-)industrial countries, and the Conference has had to find ways to accommodate for these differences. It has done so in various ways:

i) The 1993 Hague Adoption Convention provides that any intercountry adoption of any child under the Convention is the joint responsibility of the State of origin and the receiving State[31]. This enables States to give effect to their obligations under the 1989 UN Convention on the Rights of the Child (CRC), including to the *subsidiarity principle*: reuniting children with their birth family or, if that is not possible, finding an alternative family for children in their own country has priority over intercountry adoption[32]. The primary responsibility to determine if adoption abroad is the right solution for a child rests, naturally, on the shoulders of country of origin of the child. But most countries of origin of adopted children are developing countries, and many of them need assistance to be able to fully assume this responsibility. Therefore, the Hague Conference, with the support of other organisations, including International Children's Emergency Fund (UNICEF) and International Social Service, has set up a programme of judicial studies and technical assistance to help many of these countries to implement the Convention.

ii) On the other hand, in the negotiations on the 2007 Hague Child Support Convention, a solution was found *within* the Convention, for the limited capabilities of certain countries like China, to provide free legal aid or to recognise and enforce foreign decisions. As a result, the 2007 Convention establishes two classes of procedures, a very generous legal aid and very efficient system of recognition and enforcement of maintenance decisions, which suits more well-off countries[33], and a somewhat less generous legal aid and somewhat less efficient enforcement system which suits China and other developing countries[34].

[31] Article 17, *c*).
[32] Preamble and Article 4, *b*); cf. Article 21, *b*), CRC.
[33] Articles 15 and 23, respectively.
[34] Articles 16 and 24, respectively.

2.2. The European Union

In the European Union (EU), due to its more limited membership, bridge-building functions 2), 3) and 4)[35] play no, or just a very small role in its PIL. The USA is not a Member, so there was no need for the EU to deal with discovery in its Evidence regulation, nor with punitive damages in the Brussels I regulation. Religious influence on the law is likewise less prominent than in the Hague Conference. The Court of Justice of the European Union (CJEU) has ruled that the Rome III regulation on the law applicable to divorces does not apply to a divorce resulting from a unilateral declaration made by one of the spouses even if made before a religious court[36]. Similarly, the Brussels II-*bis* regulation does not mention *kafala*, although it heavily builds on the 1996 Hague Convention which, as we saw, does provide for the recognition of *kafala*. Religion does play a role, however, in the admission of same-sex/non-marital relationships, and this explains e.g., why there are now two regulations on family property regimes, one for married spouses, and one for non-married/same-sex couples[37]. As regards the divide between developed and developing countries, this is of course far less of a challenge than in the context of the Hague Conference.

On the other hand, like in the Conference, bridging the divide between civil and the common law *has* been a challenge for the EU. But contrary to the Hague Conference where both systems keep each other in balance, the common law is in a minority position in the EU. That has not helped increase the appetite of some common law private international lawyers for the PIL work of the EU[38]. "Brexit" is likely to reduce the position of the common law even further.

The fact that EU legislative PIL work takes place among a smaller circle of States and forms an integral part of the Union legal order, makes it possible to unify certain PIL rules beyond the limits applying to the Hague Conference. A good example is the abolishment of exequatur of judgments from other Member States, as foreseen in the Brussels I-*bis* regulation and now also being examined for Brussels II-*bis*. That would

[35] See above, para. 2.1.

[36] CJEU, judgement of 20 December 2017, *Soha Sahyouni* v. *Raja Mamisch*, case C- 372/16.

[37] See fn. 18 above.

[38] See, HARTLEY, *The European Union and the Systematic Dismantling of the Common Law of Conflict of Laws*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, p. 813 ff.

not be possible in the context of the ongoing negotiations on a global Hague recognition and enforcement Convention.

3. The interaction of public and private international law in this bridging effort

Growing interdependence between societies, economies and cultures reinforces the need to build bridges in response to legal diversity around the world. Since the fall of the Iron Curtain and the invention of the world wide web, both in 1989, contemporary globalisation has given a huge boost to legislative activity in the field of PIL around the globe. As Symeon Symeonides has shown in his well-known book *Codifying Choice of Law around the World*[39], there has been a lot of "emulation, borrowing, and transplantation"[40], and convergence in that process. In addition, *PIL increasingly interacts with other areas of the law, including public (international) law*, at global, regional and national levels.

3.1. The Hague Conference

The interaction of the work of the Conference and international *human rights* law in particular, is of growing importance. That is quite obvious in the case of the four modern Hague Children's Conventions, on Child Abduction, Adoption, Protection of Children and Child Support, all of which are in force for Italy. The CRC in various of its Articles deals with cross-border situations. Article 11 contains an implicit reference to the Hague Child Abduction Convention, Articles 21 and 35 have had an influence on the Hague Adoption Convention, and Article 27, para. 4, on the Hague Child Support Convention. The 2000 Optional Protocol to the CRC on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography refers to the 1980, 1993 and 1996 Hague Children's Conventions. The Hague Conventions thus give nuts and bolts to the UN Convention in cross-border situations. Indeed, the Committee on the Rights of the Child which monitors the Conven-

[39] SYMEONIDES, *Codifying Choice of Law around the World*, Oxford, 2014.
[40] Ivi, p. 75.

tion, frequently recommends ratification of the Hague Conventions to States parties to the CRC[41].

But there is potential for far *more interaction between PIL and human rights*, in other areas of civil law protecting persons and families, and of civil procedure. The CRC is exceptional among human rights instruments regarding the extent to which it deals with several cross-border issues. By contrast, other, older human rights instruments, with some exceptions[42], tend to focus on human rights within one legal order only. Take the right to marry and found a family guaranteed by the UN Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) (Article 23) and the European Convention on Human Rights (Article 12). No mention is made of the international aspects of marriage and its effects. Yet, should it not follow in a mobile world that when a marriage is validly concluded in one country, it should in principle be considered valid in other countries? Amazingly, the 1978 Hague Convention on the Celebration and Validity of Marriages – a forward-looking instrument which deals with this issue – has been ratified by three countries only: the Netherlands, Luxembourg, and Australia.

It would seem that there lies a task here for the UN Human Rights Committee: to consider the cross-border implications of the right to marry, the certainty and predictability that is necessary to uphold that right in cross-border situations. This might extend to other aspects, such as the recognition of validly established divorces – regulated by the 1970 Hague Divorce Convention – which may have an impact on the right to a (second) marriage. These issues might also be considered under the angle of Article 17 of the ICCPR, which prohibits arbitrary and unlawful interference with privacy, family, and home.

Similarly, Article 14 of the ICCPR, according to which "All persons shall be equal before the courts and tribunals", including in civil and commercial matters, has cross-border aspects covered by the Hague Service, Evidence and Access to Justice Convention. Italy is a party to Service and Evidence Conventions and has signed but not yet ratified the Access to Justice Convention.

[41] See VAN LOON, *Protecting Children across Borders: The Interaction between the CRC and the Hague Children's Conventions*, in LIEFAARD, SLOTH-NIELSEN (eds), *25 Years of the UN Convention on the Rights of the Child*, The Hague, 2016, p. 31 ff.

[42] E.g., the UN Convention of 28 July 1951 Relating to the Status of Refugees, and its Protocol of 31 January 1967, and the UN International Convention of 18 December 1990 on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families.

And so on: the 2008 UN Convention on Persons with Disabilities has cross-border implications, some of which are covered by the Hague Convention on Protection of Adults. Italy is a party to the UN Convention, and has signed, but not ratified the Hague Convention.

And beyond all this there are the emerging human rights implications of transnational *social and environmental corporate responsibility*, which deserve attention, for example in the context of the 2015 Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts. Through its Article 11 on overriding mandatory rules and public policy, not just national but also international human rights norms may impact on party autonomy[43].

3.2. The European Union

In the context of the EU PIL is clearly embedded in the overall fabric of EU law. Not only, as we saw, is "judicial cooperation in civil and commercial matters" itself explicitly a constitutional objective of the EU; that cooperation also *interacts with other policy objectives*.

The cross-border aspect of the *protection of consumers*, *workers*, *insured persons*, *and children* have all been regulated in EU law. Jurisdiction of courts and authorities as well as recognition and enforcement of decisions in matters relating to insurance, and consumer and employment contracts, by the Brussels I regulation, and in matters regarding children in the Brussels II-*bis* and Maintenance regulations; the applicable law aspects in consumer, employment and insurance matters by the Rome I regulation, and regarding children in the Hague Child Protection Convention and the Hague Protocol on Maintenance Obligations.

Beyond these regulations, the CJEU has upheld the freedom of movement of EU citizens at the expense of conflicting PIL rules in the field of family names[44], and, more generally, i.e. not limited to EU citizens, the European Court of Human Rights has ruled that Article 8 of the European Convention on Human Rights may imply the recognition of a

[43] See VAN LOON, *The Global Horizon*, above, p. 59.

[44] CJEU, judgement of 2 October 2003, *Garcia Avello*, case C-148/02; judgement of 14 October 2008, *Grunkin Paul*, case C-353/06; judgement of 22 December 2010, *Sayn-Wittgenstein*, case C-208/09; judgement of 12 May 2011, *Runevič-Vardyn and Wardyn*, case C-391/09; judgement of 2 June 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, case C-438/14; judgement of 8 June 2017, *Freitag*, case C-541/15. Cf. also, in respect of the freedom of establishment of companies, judgement of 5 November 2002, *Überseering*, case C-208/00.

legal status obtained abroad in accordance with the local law (an adoption[45], a parent-child relationship in surrogacy cases[46]).

In the area of torts, Article 7, para. 1, of the Rome II regulation, which gives the plaintiff in the case of *environmental damage* the choice to opt for the law of the place where the damage occurred, seeks to give effect to the TFEU's environmental policy[47].

Harmony between EU policy objectives and PIL is not always self-evident. In the field of migration, for example, there is a clear need to better align EU regulations dealing with refugee and asylum-seeking children to the Brussels II-*bis* regulation. Here again, human rights law – the CRC, the European Convention on Human Rights, the EU Charter – supports such an alignment[48].

In conclusion: PIL is increasingly embedded in a wider global and regional legal architecture, with which it interacts. That applies, in particular to global and regional human rights law. The actual and potential interaction between PIL and human rights offers a rich field for further exploration, and for dialogue between public international lawyers, human rights lawyers in particular, and PIL lawyers.

4. Consequences for the codification of private international law at the national level by EU Member States

4.1. A three-tier legislative process

Italy is considering reviewing its 1995 Statute on private international law. This will take place in a context in which the legislative role of international organisations regarding PIL has increased far beyond what could be expected in the 1990's, in particular with respect to the role of the EU since the coming into force of the Treaty of Amsterdam

[45] See ECrtHR, judgement of 28 June 2007, *Wagner and J.M.W.L.* v. *Luxembourg*, App. No. 76240/01.

[46] See ECrtHR, judgement of 26 June 2014, *Mennesson* v. *France* and *Labassee* v. *France*, Applications Nos. 65192/11 and 65941/11.

[47] Cf. recital 25, referring to TFEU, Article 174.

[48] Cf. the studies by CORNELOUP (ed.) for the JURI Committee, *Private International Law in a Context of increasing international Mobility: Challenges and Potential*, Brussels, 2017, and CORNELOUP, VERHELLEN (eds), *Children On the move: A Private International Law Perspective*, Brussels, 2017.

(1999)[49]. Indeed, one could say, for good reason, that *any national codification effort by an EU country today will necessarily be part of an ongoing three-tiered legislative process, with a global, a European and a national layer*.

The *dominant tier* is formed by EU law. So, Article 2 of the *legge 218/1995*, which rightly gives prominence to international conventions, and rightly incorporates them by reference and not by including their content, should in its future incarnation also stipulate that prominence is given to *EU legislation*, as has been done, e.g., in the recent (or recently amended) *Belgian*[50], *Dutch*[51] and *German*[52] statutes on private international law[53].

International Conventions, then, are the *second tier*. Their effect on domestic PIL codifications may also be influenced by the EU, as the legislative powers of the EU entail external powers, so that in certain areas the Member States are no longer free to join PIL instruments independently. An example is offered by the 1996 Child Protection Convention. The EU has "authorised" its members to join this Convention, and Italy did so in 2015. Recent Hague Conventions enable the EU to join the instrument in its own right. That is the case with the 2005 Choice of

[49] See VAN LOON, *The transnational context: impact of the global Hague and regional European instruments*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2015, p. 743 ff.

[50] Belgian Code of Private International Law (2004), Article 2: "The present statute regulates in an international situation the jurisdiction of Belgian courts, the designation of the applicable law and the conditions for the effect in Belgium of foreign judgments and authentic instruments in civil and commercial matters without prejudice to the application of international treaties, the laws of the European Union or provisions of special statutes".

[51] Dutch Civil Code, Book 10 (2011), Article 1: "The provisions of the present Book and of other statutory regulations of private international law do not affect international and community legislation that is binding for the Netherlands".

[52] German Introductory Act to the Civil Code (EGBGB, as amended 2015), Article 3*:* "Unless 1. immediately applicable rules of the European Union in their respective pertaining version, particularly *a*) the Regulation (EC) No. 864/2007 […] (Rome II), *b*) the Regulation (EC) No. 593/2008 […] (Rome I), *c*) article 15 of the Regulation 4/2009 [Maintenance Regulation] *d*) the Regulation (EU) No. 1259/2010 [Rome III] *e*) the Regulation (EU) No 650/2012 [Succession Regulation], *f)* the Regulation (EU) 2016/1103 [Matrimonial Property regimes] and *g)* the Regulation (EU) 2016/1104 [property consequences of partnerships], or 2. rules in international conventions, insofar as they have become directly applicable in national law, are relevant, the applicable law is to be determined, where the facts of a case have a connection with a foreign country, by the provisions of this chapter (private international law)".

[53] It should be noted that, while the Belgian statute includes rules on jurisdiction, applicable law and recognition and enforcement of judgements, the Dutch Book 10 and the German EGBGB deal with applicable law only.

Court Convention, and the 2007 Child Support Convention, as a result of which all of them now apply in Italy.

There remain a few Hague Conventions on topics which currently are (probably) still beyond EU competence: the 1978 Marriage Convention, the 1980 Access to Justice Convention (which Italy signed in 1988) and the 2000 Protection of Adults Convention (signed by Italy in 2008). It would be highly recommendable that Italy, in the context of the reform of the *legge 218/1995*, consider ratifying these useful instruments.

The *third tier*, domestic PIL rules, used to be often part of statutes on substantive civil law, respectively on civil procedure (concerning jurisdiction and recognition and enforcement), written for situations with an *élément d'extranité*. Nowadays, domestic PIL, for EU members, almost becomes a default law for the diminishing number of issues not covered by EU and global law.

4.2. High level expertise needed at all three tiers

If one realises the full implications of this conclusion, participation of any EU country, including Italy, in the formation of EU and global PIL legislation at the highest possible PIL expert level, becomes a real must: it is essentially EU and global law that will keep forging PIL for EU members including Italy.

Currently, representation in important EU negotiations on PIL instruments is too often left to non-private international law experts. At the Hague Conference, EU members coordinate their positions in order to be able to speak with one voice, and this diminishes the immediate impact of representatives of EU members on the negotiations. Nevertheless, the input of PIL expertise of Member States remains crucially important. In this connection, the contributions of Prof. Fausto Pocar, who has often represented Italy at meetings of the Hague Conference, and very effectively so, may be mentioned with honour and gratitude.

4.3. Determining the proper tier – global, EU, domestic – on which to legislate in private international law matters

High level, and well-coordinated, quality participation by EU Member States in Hague and EU PIL work is also important to *determine the proper tier* for legislation on any given PIL topic. In principle, global issues should be dealt with at the global level, and only if that does not work, at the regional level. A good example is the balance found between EU and Hague work on maintenance. The Hague Conference, at

the global level, was able to deal with recognition and enforcement of judgments and Central Authority cooperation in the 2007 Child Support Convention, and with applicable law in the 2007 Protocol, but not with original judicial jurisdiction[54]. The EU Maintenance regulation fills the gap, at the regional level, for jurisdiction and refers for applicable law to the Hague Protocol.

With regard to cross-border protection of children, matters are more complicated. The 1996 Hague Child Protection Convention deals with issues of applicable law in its Chapter III. These issues are not covered by the Brussels II-*bis* regulation, but, although the regulation does not state this expressly, the assumption is that the rules of Chapter III of the 1996 Convention will be applied to fill the gap. On the other hand, issues of jurisdiction, recognition and enforcement of decisions, and Central Authority cooperation, are split: Brussels II-*bis* deals with such issues in intra-EU situations and situations involving non-EU countries not covered by the Hague Convention; the Hague Convention regulates situations involving relations between EU Member States and States parties to the Hague Convention, and relations between non-EU Hague Convention States.

A last example: there is probably no more integrated global market than that for securities held by an intermediary. The 2006 Hague Convention on intermediated securities is in force for the US, Switzerland, and Mauritius, but not for the EU, which seems to persist in its preference for a choice of law rule based on localisation of securities, as if they were still based on paper, over the Convention rule that takes into account the dematerialised nature of modern securities. This results in conflicting PIL rules in this highly integrated global securities market, which is clearly a dysfunctional outcome.

Continuing globalisation will lead to increasing the global dimensions of PIL issues, just to name a few: the issue of cross-border commercial surrogacy, access and treatment of foreign law by courts and administrations, cross-border civil litigation in environmental and climate change cases. Therefore, private international lawyers will increasingly be invited to combine their focus on private relationships and transactions with a view of the larger global and European picture. That will also bring together lawyers specialising in private international law, and those concentrating on public international law and European law –

[54] See above, para. 2.1, under 2.

which is, after all, a venerable tradition in Italy and a key objective of the Italian Society of International Law and European Union Law.

PROTAGONISTI E MODELLI DI UNA RICODIFICAZIONE DEL DIRITTO MATERIALE UNIFORME

Lidia SANDRINI*

SOMMARIO: 1. L'interdipendenza tra i fenomeni dell'organizzazione internazionale e della codificazione del diritto materiale uniforme e gli effetti che ne derivano: dalla codificazione alla ricodificazione. – 2. I protagonisti della ricodificazione: l'UNCITRAL, il suo mandato e le attività volte alla sua realizzazione. La promozione di una più ampia partecipazione. – 3. *Segue:* il coordinamento con le organizzazioni attive nella unificazione del diritto materiale. – 4 *Segue:* l'attività informativa e di promozione di una interpretazione e applicazione uniforme. – 5. La convergenza di intenti alla luce dei risultati conseguiti. – 6. Lo sviluppo di nuovi modelli normativi: la scelta in favore di strumenti non vincolanti. – 7. *Segue*: … e di soluzioni flessibili per quelli vincolanti. – 8. Le questioni aperte e le prospettive future.

1. L'interdipendenza tra i fenomeni dell'organizzazione internazionale e della codificazione del diritto materiale uniforme e gli effetti che ne derivano: dalla codificazione alla ricodificazione

La correlazione tra i fenomeni dell'organizzazione internazionale e dell'unificazione[1] del diritto privato materiale attraverso la codificazione intergovernativa appare già a un primo sguardo evidente in ragione della

* Professoressa associata di Diritto internazionale, Università degli Studi di Milano.

[1] Trattandosi del ruolo delle organizzazioni internazionali nel complesso del processo di integrazione giuridica con riguardo al diritto privato materiale, l'espressione "unificazione" viene qui intesa in senso ampio, comprensivo di fenomeni differenti. Peraltro, pur ammettendosi pressoché unanimemente che i fenomeni dell'unificazione, dell'uniformazione e dell'armonizzazione armonizzazione siano distinti, le differenze non sono univocamente individuate; v., anche per ulteriori riferimenti, BARIATTI, *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova, 1986, pp. 1-5; più di recente, KAMDEM, *Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique*, in *Uniform Law Review*, 2008, p. 709 ss.; GEBAUER, *Unification and Harmonization of Laws*, in *MPEPIL*, agosto 2009, spec. par. C; FERRARI, *Uniform substantive law and private international law*, in BASEDOW, RÜHL, FERRARI, DE MIGUEL ASENSIO (eds), *Encyclopedia of Private international law*, Northampton, 2017 (d'ora innanzi *Encyclopedia*), p. 1172 ss.

loro contemporaneità. L'esigenza di detta unificazione, emersa già sul finire dell'Ottocento, viene avvertita con maggiore urgenza nel secondo dopoguerra in ragione di fattori economici, tecnologici e politico-giuridici favorevoli a una progressiva liberalizzazione degli scambi internazionali. È proprio nel medesimo periodo, come noto, che la cooperazione istituzionalizzata si afferma quale modalità privilegiata di conduzione delle relazioni internazionali multilaterali[2]. Ne consegue la moltiplicazione delle organizzazioni internazionali, incluse quelle dotate di competenze generali quanto all'unificazione del diritto privato, come l'*International Institute for the Unification of Private Law*[3] (UNIDROIT), o invece specifiche, nell'ambito di attribuzioni settoriali[4], e, in seno a esse, l'elaborazione di numerose convenzioni di diritto materiale uniforme o che vedono la presenza di norme uniformi nell'ambito di una regolamentazione avente un più ampio oggetto.

La rilevata concomitanza sotto il profilo temporale tra i due fenomeni non è peraltro meramente occasionata dalla necessaria natura multilaterale, se non addirittura dalla vocazione universale, della cooperazione internazionale in questo settore del diritto e dalla nascita di sedi precostituite presso le quali concentrare un'attività negoziale altrimenti svolta in conferenze internazionali *ad hoc*. Come del resto avvenuto già in precedenza, con la nascita delle prime unioni amministrative, sono le specificità della materia a imporre agli Stati le modalità attraverso le quali perseguire i propri obiettivi: il lavoro di studio e ricerca, soprattutto

[2] V. già AGO, *Considerazioni su alcuni sviluppi dell'organizzazione internazionale*, in *La Comunità internazionale*, 1952, p. 527 ss., spec. pp. 530-532, per un raffronto tra primo e secondo dopoguerra; per uno sguardo che si estende alla situazione attuale, v. ZANGHÌ, *Diritto delle organizzazioni internazionali*, 3a ed., Torino, 2013, p. 5 ss.; MARTINO, *Origine del fenomeno e sua evoluzione*, in AA.VV., *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Milano, 2018, p. 33 ss., a p. 51 ss.

[3] V. l'art. 1 dello Statuto, reperibile, nella versione aggiornata con gli emendamenti entrati in vigore nel 1993, sul sito Internet dell'Organizzazione (www.unidroit.org, visitato il 25 settembre 2018), come tutti i documenti della stessa cui si farà riferimento. Per una introduzione all'Organizzazione e alle sue attività, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, v. KRONKE, *UNIDROIT*, in *Encyclopedia*, cit., p. 1766 ss.; PETERS, *UNIDROIT*, in *MPEPIL*, giugno 2017.

[4] Per una elencazione delle principali organizzazioni internazionali, governative e non governative, attive già nei primi anni del secondo dopoguerra nell'ambito della unificazione del diritto materiale e delle attività da queste svolte, con particolare riferimento al diritto commerciale, v. UN doc. A/6396 (d'ora innanzi, *The Schmitthoff Study*), parr. 26-189, reperibile, come tutti i documenti delle Nazioni Unite cui si farà riferimento, all'indirizzo http://www.un.org. Più in generale, sul ruolo delle organizzazioni intergovernative e di altri enti internazionali nel commercio internazionale v. MARRELLA, *Manuale di diritto del commercio internazionale*, Padova, 2017, p. 56 ss.

sul versante della comparazione giuridica, preliminare all'elaborazione di norme uniformi di diritto materiale[5] può infatti essere condotto solo con l'ausilio di organismi muniti di mezzi idonei a garantirne la qualità e la continuità, che presentino, appunto, un certo grado di istituzionalizzazione. D'altra parte, anche la codificazione non governativa degli usi del commercio internazionale, cui nel medesimo periodo procedono autonomamente gli operatori del settore[6], viene intrapresa da associazioni dotate di un congruo apparato istituzionale.

La centralità del ruolo delle organizzazioni internazionali nel dare vita a un processo di codificazione del diritto materiale uniforme non può quindi essere revocata in dubbio né necessita di essere posta in risalto. Meritano invece più attenzione gli effetti che l'interdipendenza tra i due fenomeni, normativo e istituzionale, ha prodotto rispetto allo sviluppo del processo di codificazione. La proliferazione delle organizzazioni internazionali e la coesistenza di una pluralità dei centri di produzione normativa, fattori di impulso nell'opera di unificazione internazionale del diritto privato materiale, non hanno infatti mancato di rivelare, per altro verso, profili di criticità[7]. Il numero di enti attivi nel settore – ciascuno con le proprie peculiarità per quanto attiene alla partecipazione più o meno ampia degli Stati, alle competenze attribuite e alle modalità di funzionamento – compone un panorama variegato che trova una corrispondenza speculare nel quadro normativo che ne promana: accanto a trattati di amplissimo successo se ne trovano altri ai quali partecipa solo un numero limitato di Stati, perlopiù riconducibili all'area geo-politica dei Paesi occidentali, e altri ancora mai entrati in vigore, difettando il numero di ratifiche sufficiente; in un sistema che rimane lacunoso, si determinano nondimeno sovrapposizioni negli ambiti di applicazione delle varie convenzioni; infine, progetti intrapresi vengono abbandonati, spesso per una carenza di risorse acuita dalla loro dispersione.

Da una diversa prospettiva, il riconoscimento in capo alle organizzazioni internazionali di competenze quanto alla unificazione del diritto materiale non determina l'attribuzione alle stesse di poteri normativi

[5] Significative le parole di MONACO, *L'Unification du Droit dans le Cadre d'UNIDROIT (1926-1986)*, in *Uniform Law Review*, 1986, p. 46 ss., spec. p. 47, che rileva come "il ne peut y avoir de tentative d'unification en l'absence de comparaison préalable".

[6] Si pensi alla elaborazione dei primi Incoterms da parte della Camera di commercio internazionale (ICC) nel 1936, a seguito degli studi condotti a partire dal 1920 (cfr. *Incoterms® rules history*, https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/incoterms-rules-history, visitato il 25 settembre 2018).

[7] V. *The Schmitthoff Study*, cit., spec. par. 208 ss.

propri, se non nell'ambito del fenomeno, del tutto peculiare, di integrazione europea. La scelta, come per il diritto internazionale privato, ricade invece sulla stipulazione di accordi internazionali e l'utilizzo del trattato, con le rigidità che ne conseguono per quanto attiene alla successione delle norme nel tempo, ben presto si appalesa quale ulteriore fattore di frammentazione del quadro giuridico. Invero, non pare aver assunto centralità, nel raffronto tra unificazione materiale e metodo conflittuale[8], la questione della più rapida obsolescenza delle norme di diritto materiale uniforme, che pure proprio tale comparazione consente di mettere in luce. Mentre, infatti, l'invecchiamento delle norme strumentali può essere in parte mitigato grazie al più agile adeguamento alle nuove esigenze delle legislazioni nazionali cui esse rinviano (e, se del caso, può trovare un primo correttivo nelle clausole di flessibilità o, temporaneamente, laddove dia adito a risultati incompatibili con la necessità di coerenza dell'ordinamento interno, anche attraverso il ricorso ai tradizionali limiti dell'ordine pubblico e delle norme di applicazione necessaria), un pronto intervento di modifica e aggiornamento si impone rispetto a quelle materiali che, meno duttili, risentono in maniera immediata degli effetti che i mutamenti economici, politici e tecnologici producono nei rapporti privatistici. Di qui un susseguirsi di convenzioni di modificazioni e/o protocolli aggiuntivi che dà vita a mosaici complessi nei quali al vantaggio della modernizzazione del testo di un trattato si accompagna la perdita di uniformità della disciplina; esemplare, a tale riguardo, è la formazione progressiva del c.d. "sistema Varsavia", in materia di trasporto aereo,

[8] Come noto, da tale raffronto ha originato un dibattito che ha visto la dottrina dividersi tra i fautori dell'uno o dell'altro metodo e i sostenitori della complementarità fra i due; tra i molti, con varietà di opinioni, anche per ulteriori indicazioni v. MALINTOPPI, *Les rapports entre droit uniforme et droit international privé*, in *Collected Courses*, 1965, vol. 116, p. 1 ss., spec., nell'introduzione, p. 10 ss.; DAVID, *The Methods of Unification*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1968, p. 13 ss., spec. pp. 17-19; BARIATTI, *L'interpretazione*, cit., p. 18 ss., con ampi riferimenti anche alla dottrina e alla giurisprudenza italiane; DE BOER, *The Relation between Uniform Substantive Law and Private International Law*, in HARTKAMP, HESSELINK, HONDIUS, DU PERRON, VRANKEN (eds), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen/Boston/Dordrecht/London, 1994, p. 51 ss.; più recentemente, BOELE-WOELKI, *Unifying and Harmonizing Substantive Law and the Role of Conflict of Laws*, in *Collected Courses*, 2010, vol. 340, p. 355 ss.; OPERTTI BÁDAN, *Conflit de lois et droit uniforme dans le droit international privé contemporain: dilemme ou convergence? Conférence inaugurale, session de droit international privé, 2012*, ivi, 2013, vol. 359, p. 9 ss.; KRONKE, *Transnational Commercial Law and Conflict of Laws: Institutional Co-operation and Substantive Complementarity*, ivi, 2014, vol. 369, p. 9 ss.; KONO, *Efficiency in Private International Law*, ivi, p. 361 ss., spec. p. 419 ss.

scaturito dai successivi interventi correttivi della disciplina originariamente posta dalla Convenzione del 1929[9].

Questi sviluppi si pongono in stridente contrasto con il fine di certezza giuridica perseguito attraverso la codificazione internazionale del diritto materiale[10] e inducono a dubitare che il dispendio di energie e risorse, da parte degli Stati, sia effettivamente commisurato ai risultati conseguiti. La conseguenza non è tuttavia l'abbandono dell'idea di una unificazione – la cui utilità si avverte semmai ancor di più in ragione della crescita nel flusso degli scambi commerciali internazionali e dei positivi effetti che a tale incremento si riconducono sul piano dello sviluppo economico a livello globale – ma, già dagli anni Sessanta del secolo scorso, l'avvio di una riflessione sull'operato delle organizzazioni che vi procedono e sulle tecniche normative utilizzate, intesa a individuare nuove modalità attraverso le quali dar vita a un processo di "ricodificazione" del diritto materiale uniforme.

2. I protagonisti della ricodificazione: l'UNCITRAL, il suo mandato e le attività volte alla sua realizzazione. La promozione di una più ampia partecipazione

Frutto di tale ripensamento è nel 1966 l'istituzione, nell'ambito delle Nazioni Unite, di un nuovo, ulteriore organismo, la Commissione per il diritto commerciale internazionale (UNCITRAL)[11]. Tale scelta, che po-

[9] Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, Varsavia, 12 ottobre 1929. La versione originaria è stata emendata e integrata a più riprese: dal Protocollo dell'Aja del 28 settembre 1955, dalla Convenzione di Guadalajara del 18 settembre 1961, dal Protocollo di Città del Guatemala dell'8 marzo 1971 nonché dai quattro Protocolli aggiuntivi di Montreal del 25 settembre 1975, che hanno dato origine al menzionato "sistema", non ricondotto ad unità nemmeno dalla Convention for the unification of certain rules for international carriage by air, Montreal, 28 maggio 1999. V., in proposito, MILDE, *Liability in international carriage by air: the new Montreal Convention*, in *Uniform Law Review*, 1999, p. 835 ss.; BOCCHESE, *Sui problemi interpretativi sollevati dall'art. 55 della convenzione di Montreal del 1999 sul trasporto aereo internazionale*, in *Diritto dei trasporti*, 2008, p. 363 ss.; VON ZIEGLER, MONTANARO, *Air Law (uniform law)*, in *Encyclopedia*, cit., p. 39 ss.

[10] Finalità essenziale al conseguimento di obiettivi economici; cfr. LOQUIN, *Règles matérielles du commerce international et droit économique*, in *Revue internationale de droit économique*, 2010, p. 81 ss., spec. p. 90 ss.

[11] UN doc. A/RES/2205, 17 dicembre 1966, *Establishment of the United Nations Commission on International Trade Law*, reperibile come tutti i documenti riguardanti l'UNCITRAL cui si farà riferimento nel prosieguo (siano essi documenti propri della Commissione o invece di altri organi dell'ONU, ma relativi all'attività di questa) sul sito

trebbe apparire a prima vista paradossale, si comprende meglio alla luce dei compiti attribuiti alla Commissione. Sebbene, infatti, negli anni essa si sia affermata anche quale centro di produzione normativa, tale attività figura solo al terzo posto tra quelle attribuite alla sua competenza, segnatamente dopo il coordinamento delle organizzazioni internazionali attive nel medesimo settore e la promozione di una più ampia partecipazione agli strumenti normativi già in essere[12].

Dalla fine degli anni Sessanta del secolo scorso l'UNCITRAL si è quindi posta quale protagonista del progetto di dar vita a un sistema armonioso di diritto materiale uniforme, in particolare, del commercio internazionale, in primo luogo promuovendo il coinvolgimento attivo di un più ampio e variegato novero di Paesi nell'opera di codificazione. Difatti, in un contesto caratterizzato dalla suddivisione del mondo in due aree di influenza, contrapposte ideologicamente (anche) sul piano della gestione dei rapporti economici tradizionalmente riservati al diritto privato, e dall'emergere di nuovi Stati in ragione del processo di decolonizzazione[13], alcune organizzazioni, che pure avevano già indubbiamente una vocazione universale, apparivano poco disponibili a dare pari considerazione a tradizioni giuridiche non riconducibili all'area europea-occidentale e, quindi, alla ricerca di soluzioni normative più ampiamente condivisibili, risultando, in definitiva, scarsamente attrattive[14]. Diversamente, grazie alla sua collocazione e alla sensibilità per le diverse esigenze, eterogenee in ragione del grado di sviluppo e delle modalità di gestione economica, che in quel periodo caratterizzava in generale tutta l'attività delle Nazioni Unite anche sotto il profilo del riequilibrio della

Internet dell'UNCITRAL (https://uncitral.un.org). Per una introduzione alla Commissione e alle sue attività, con ulteriori indicazioni bibliografiche, v. FERRARI, *UNCITRAL*, in *Encyclopedia* cit., p. 1758 ss.; ZUMBANSEN, PANEZI, *United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)*, in *MPEPIL*, giugno 2017.

[12] A/RES/2205, cit., art. II, par. 8. Cfr. ESTRELLA FARIA, *The Relationships between Formulating Agencies in International Legal Harmonization: Competition, Cooperation, or Peaceful Coexistence?*, in *Loyola Law Review*, 2005, p. 253 ss., p. 259.

[13] V. MONACO, *L'Unification du Droit*, cit., p. 48, sull'importanza dell'uniformità del contesto socio-politico e della comunanza di tradizioni giuridiche ai fini dell'unificazione del diritto. Interessanti d'altra parte le osservazioni di TRAMMER, *The Law of Foreign Trade in the Legal Systems of the Countries of Planned Economy*, in SCHMITTHOFF (ed.), *The Sources of the Law of International Trade With Special Reference to East-West Trade*, New York, 1964, p. 41 ss., circa la sostanziale coincidenza della regolamentazione del commercio internazionale indipendentemente dal modello di regolamentazione economica accolto nei diversi Paesi; del medesimo avviso RAJSKI, *The Law of International Trade of Some European Socialist Countries and East-West Trade Relations*, in *Washington University Law Quarterly*, 1967, n. 2, p. 125 ss., spec. pp. 129-130.

[14] V. *The Schmitthoff Study*, cit., par. 210.

rappresentatività su base geografica – si pensi alla ridefinizione della ripartizione dei seggi nel Consiglio di sicurezza a seguito delle modifiche del 1963[15] secondo proporzioni che si ritrovano, in termini ulteriormente rafforzati specialmente per quanto concerne l'area degli Stati latino-americani, nella composizione originaria della Commissione[16] – l'UNCITRAL si presentava come un interlocutore credibile tanto per gli Stati sino allora rimasti ai margini di tale ambito di cooperazione, quanto per le organizzazioni attraverso le quali gli stessi cominciavano a cimentarsi in una unificazione regionale del diritto materiale.

Questa diversa attitudine si è riverberata in modo quasi automatico sull'azione della Commissione, sia per quanto concerne l'individuazione delle iniziative alle quali devolvere particolare attenzione sia con riguardo agli ambiti di intervento *ratione materiae*. In particolare, si è concretata, sin da subito, in un significativo impegno nell'assistenza tecnica agli Stati ai fini, tra l'altro, di una valutazione circa la necessità di interventi a modifica della legislazione interna ed eventualmente della trasposizione nell'ordinamento nazionale di soluzioni normative derivate dagli strumenti, vincolanti e non vincolanti, di diritto uniforme. Tale impegno, rivolto inizialmente soprattutto ai Paesi in via di sviluppo, è proseguito con rinnovato slancio dopo il 1990 con l'intento di favorire una più agevole transizione dei Paesi dell'Europa orientale verso un sistema ad economia di mercato e, ancora più di recente, nel 2012 ha condotto all'istituzione del primo Centro regionale dell'UNCITRAL, nello specifico per l'Asia e il Pacifico (RCAP), allo scopo di rafforzare ulteriormente l'efficacia dell'assistenza prestata attraverso un contatto più diretto con i beneficiari[17].

[15] UN doc. A/RES/1991(XVII)A-B, 17 dicembre 1963, *Question of equitable representation on the Security Council and the Economic and Social Council*, par. 3.

[16] UN doc. A/RES/2205(XXI), cit., art. II, par. 1, in base al quale i Paesi latino-americani hanno un quoziente di rappresentatività (n° Paesi/n° membri) pari all'1,7, rispetto all'1,3 attribuito dalla UN doc. A/RES/1991(XVII)A-B, cit., calcolato computando anche i membri permanenti; nei due organi i quozienti appaiono invece pressoché identici per le altre aree geografiche. UN doc. A/RES/57/20, 19 novembre 2002, per l'ultimo incremento del numero dei membri della Commissione, portato a 60 Stati.

[17] A seguito dell'iniziativa intrapresa dal Segretario Generale su richiesta dell'UNCITRAL; *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its fourty second session*, UN doc. A/RES/64/111, 16 dicembre 2009, spec. par. 10, lett. *e*). L'attività dello RCAP è estensivamente descritta nella nota annuale del Segretariato sulla presenza della Commissione a livello regionale; v., da ultimo, UN doc. A/CN.9/947, *Activities of the UNCITRAL Regional Centre for Asia and the Pacific*, presentato in occasione della 51° sessione della Commssione (25 giugno–13 luglio 2018). Cfr. CASTELLANI, *The Contribution of Uniform Trade Law to Economic Develop-*

D'altra parte, nonostante l'importanza di questa attività di supporto sia unanimemente riconosciuta e la Commissione si trovi a fare fronte a una domanda sempre crescente di assistenza tecnica, ancor oggi il bilancio ordinario non prevede stanziamenti per il suo svolgimento. Essa viene finanziata esclusivamente sulla base di contributi volontari[18] – di Stati o enti nazionali/internazionali, pubblici e privati – e rimane pertanto condizionata all'ammontare di questi, ma anche in ragione della loro destinazione specifica a particolari progetti. Così, per esempio, all'appena richiamata istituzione dello RCAP, possibile grazie alla messa a disposizione di adeguate risorse da parte della Corea, non ha sinora fatto seguito l'apertura di analoghi centri regionali in altre aree geografiche, nonostante diversi Sati abbiano manifestato un interesse in tal senso e, per quanto concerne l'Africa, il Camerun si sia effettivamente attivato allo scopo; invero, la realizzazione del proposito, a tre anni dalla sua formulazione, appare tuttora incerta in ragione proprio delle implicazioni finanziarie che esso comporta per il Paese ospitante[19].

Rispetto invece all'ambito materiale di intervento, la partecipazione attiva di Paesi con esigenze diverse e peculiari rispetto a quelli già fortemente industrializzati e l'impulso dell'Assemblea generale alla promozione di un "nuovo ordine economico internazionale"[20] hanno consentito di ampliare lo sguardo a settori non tradizionalmente oggetto di unificazione a livello internazionale. I lavori del *Working Group V* dell'UNCITRAL, dal 1981 focalizzati proprio sugli strumenti giuridici che potessero contribuire a realizzare tale "nuovo ordine"[21] e suscitare di conseguenza un interesse più vivo da parte di detti Stati, sono sfociati nel 1994 nella legge-modello sugli appalti pubblici, ora sostituita dalla più recente

ment and Regional Integration in East Asia and the Pacific: A View from UNCITRAL, in *Dong-A J. IBT L.*, 2012, p. 31 ss., spec. p. 35 s.; KIM, *An Introduction to the UNCITRAL Regional Centre for Asia and the Pacific*, in *Korean Arbitration Review*, 2013, 3, p. 66 ss.

[18] Questi confluiscono nel *Trust Fund for UNCITRAL Symposia,* appositamente istituito nel 1981.

[19] *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its fifty-first session*, 25 giugno-13 luglio 2018, UN doc. A/73/17, p. 33 s.

[20] UN doc. A/RES/3201(S-VI) e UN doc. A/RES/3202(S-VI), entrambe del 1° maggio 1974, rispettivamente, *Declaration on the Establishment of a New International Economic Order* e relativo *Programme of Action*.

[21] Il Working Group V, sul nuovo ordine economico internazionale, è stato istituito nell'11° sessione della Commissione, non senza qualche perplessità da parte di alcuni Stati (v. *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its eleventh session*, 13 maggio-16 giugno 1978, UN doc. A/33/17, parr. 55-58 e 70 s.).

versione del 2011[22]. È questo un testo volto ad affrontare questioni assai specifiche, dal quale emerge un apprezzabile rispetto dell'UNCITRAL per l'osservanza dei limiti del mandato ad essa conferito dall'Assemblea generale[23], in un quadro di azioni complementari poste in essere in svariate sedi istituzionali collegate all'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU) e tutte mirate al medesimo obiettivo di uno sviluppo globale ed equilibrato, che non era forse da darsi per scontato alla luce dell'ampia portata delle primissime proposte di lavoro formulate[24].

Da una diversa prospettiva, l'attività dell'UNCITRAL indirizzata, in particolare, ai Paesi in via di sviluppo offre lo spunto per una riflessione circa il rapporto tra codificazione interna e codificazione internazionale del diritto materiale, tradizionalmente ricostruito in termini di successione temporale tra la prima e la seconda[25]. Difatti, negli ordinamenti di tali Paesi il recepimento della disciplina di origine internazionale rappresenta in molti casi il primo esercizio normativo nella materia oggetto di uniformazione e detto ordine cronologico risulta pertanto sovvertito. L'inversione temporale produce, per altro verso, l'ulteriore conseguenza di differenziare gli effetti della codificazione internazionale sull'ordinamento interno in ragione delle caratteristiche di quest'ultimo: laddove esso si presenti già munito di un *corpus* di norme codificate, le prevalenza di quelle di origine internazionale può risolversi in una perdita di unitarietà e organicità della disciplina domestica, ossia dar luogo a un processo di decodificazione, così come avvenuto per esempio in Italia ri-

[22] UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services, adottata il 15 giugno 1994, e UNCITRAL Model Law on Public Procurement, adottata il 1° giugno 2011; dallo *status report* risulta che al momento 30 Stati (tra africani, americani asiatici ed europei, inclusi alcuni membri dell'Unione europea) hanno adottato legislazioni ampiamente ispirate alla legge-modello. Cfr. ARROWSMITH, *Public procurement: an appraisal of the UNCITRAL Model Law as a global standard*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2004, p. 17 ss.

[23] *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its eleventh session*, cit., par. 58.

[24] I temi da sottoporre prioritariamente all'attenzione della Commissione, quali individuati dal Working Group nella sua 1° sessione (*Report of the Working Group on the New International Economic Order on the work of its session*, 14-25 gennaio 1980, in *UNCITRAL Yearbook*, 1980, vol. XI, p. 117, par. 31 s.), sono stati peraltro sin da subito circoscritti dalla Commissione; cfr. *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its thirtheenth session*, 14-25 luglio 1980, UN doc. A/35/17, p. 7, parr. 118-143.

[25] V. MONACO, *L'Unification du Droit*, cit., p. 47.

spetto al diritto marittimo[26]; al contrario, negli ordinamenti che attingono alla disciplina uniforme proprio al fine di procedere a una iniziale codificazione sul piano interno, questa risulta poi originariamente informata ai principi della prima nell'ambito di un disegno che più facilmente si rivela, in ultimo, coerente.

Alla finalità di promuovere una più ampia partecipazione alle convenzioni esistenti e una più diffusa condivisione delle leggi modello (art. II, par. 8, lett. *b*), della risoluzione istitutiva) verso la quale, come appena rilevato, l'UNCITRAL si orienta, per così dire, naturalmente, in ragione della sua collocazione, si ascrive anche il supporto accordato dalla Commissione a strumenti normativi elaborati altrove, anche a livello di codificazione privata. È il caso degli "Incoterms", il cui uso è stato ufficialmente incoraggiato sin dal 1969[27] – sia per la loro connessione con le norme uniformi sulla vendita allora in fase di elaborazione sia in ragione di una loro più generale utilità, riconosciuta anche a prescindere dalla finalizzazione di un tale progetto – e poi con raccomandazioni successive relative alle varie edizioni[28], e di altri strumenti della International Chamber of Commerce (ICC), da ultimo le *Uniform Rules for Forfaiting*[29], considerate complementari alla Convenzione sulla cessione dei crediti e alla legge-modello sulle garanzie mobiliari[30]. Con riguardo invece all'attività di organizzazioni intergovernative, mette conto menzionare l'*endorsement* dei Principi UNIDROIT relativi ai contratti commerciali internazionali[31] (la prima volta in relazione alla versione del 2004)[32]

[26] V. CARBONE, *Il diritto marittimo uniforme dell'ordinamento italiano tra codificazione e decodificazione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, parte II, p. 12, spec. p. 14 s.

[27] V. UNCITRAL, *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its second session*, 3-31 marzo 1969, UN doc. A/76/18, parr. 48-51, 57-59 e 60.

[28] V., in relazione agli Incoterms 2010 della ICC, *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its fourty five session*, UN doc. A/67/17, parr. 141-144.

[29] *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its fourty eight session*, 29 giugno-16 luglio 2015, UN doc.A/70/17, parr. 238-240.

[30] Rispettivamente, UN Convention on the Assignment of Receivables in International Trade, 12 dicembre 2001 (v. UN doc. A/RES 56/81), e UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, adottata dalla Commissione il 27 giugno-15 luglio 2016 (v. *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its fourty ninth session*, 27 giugno-15 luglio 2016, UN doc. A/71/17, p. 5).

[31] Gli UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts contano ad oggi 4 edizioni, succedutesi tra il 1994 e il 2016.

e, successivamente, dei principi codificati dalla Conferenza dell'Aja sul diritto internazionale privato sulla legge applicabile ai medesimi contratti internazionali[33].

Per quanto attiene ai trattati internazionali esistenti, nonostante la pubblicistica ufficiale dell'UNCITRAL enfatizzi il sostegno della Commissione al processo di ratifica della Convenzione di Ginevra del 1961 in materia di arbitrato[34], a uno sguardo più attento si osserva come detto sostegno sia stato invero piuttosto timido[35], in ragione del dibattito, particolarmente acceso proprio nei primi periodi di attività della Commissione, circa il rapporto tra codificazione universale e codificazione regionale, che contrapponeva l'orientamento favorevole a un ruolo sussidiario della prima a quello propenso a un impegno diretto della Commissione anche su temi già oggetto di uniformazione in ambito regionale, alla luce della difficoltà di estendere regole ritagliate sulle esigenze di uno specifico gruppo di Stati a un ambito più ampio[36]. Le medesime considerazioni avevano condizionato altresì la valutazione circa il supporto da fornire alla diffusione delle condizioni generali e clausole standard elaborate dalla Commissione economica per l'Europa dell'ONU, le quali, esaminate contestualmente agli "Incoterms" della ICC, diversamente da questi erano state giudicate non pacificamente utilizzabili al di fuori del contesto europeo; si era quindi ritenuto di dover esplorare approfonditamente

[32] *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its fortieth session*, 25 giugno-12 luglio 2007, UN doc. A/62/17(Part I), parr. 209-213.

[33] Ivi, parr. 137-140 in relazione all'ed. 2010 e, previamente, *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its forty-eighth session*, cit., parr. 238-240, con riguardo a quella del 2004.

[34] V., per es., *The UNCITRAL Guide: Basic Facts about the United Nations Commission on International Trade Law*, Vienna, 2013, p. 24, e sul sito Internet dell'UNCITRAL quanto riportato alla pagina http://www.uncitral.org/uncitral/en/tac/coordination.html#joint (visitata il 25 settembre 2018), in relazione ai testi raccomandati dalla Commissione.

[35] *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its sixth session*, 2-13 aprile 1973, UN doc A/9017, par. 69 ss. e spec. par. 85.

[36] Nella opposta prospettiva della complementarità dei due livelli di codificazione si pone la soluzione rinvenibile, per esempio, negli articoli 94 della UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 11 aprile1980 e 17 UNIDROIT Convention on International Factoring, Ottawa, 28 maggio 1988, che anticipano le c.d. "clausole di deconnessione" successivamente ampiamente utilizzate in relazione ai rapporti tra Stati parte di una Organizzazione regionale di integrazione; cfr. FERRARI, *Factoring (uniform law)*, in *Encyclopedia*, cit., p. 731 ss., p. 737.

l'utilità di provvedere ad una loro modifica in modo da facilitarne l'accoglimento, prima di incoraggiarne ufficialmente l'uso[37].

In entrambi i casi la scelta pare fortemente condizionata dalla preoccupazione di preservare intatta la credibilità dell'UNCITRAL quale istituzione universale, evitando quello che avrebbe potuto essere letto come un ripiegamento su modelli dominanti.[38] Questa esigenza traspare a più riprese nell'attività della Commissione, con esiti differenziati. Basti pensare che l'intervento nel settore della vendita internazionale che ha condotto alla Convenzione di Vienna sulla vendita del 1980 (CISG) – senz'altro uno dei più grandi successi dell'UNCITRAL[39] – scaturì proprio dall'attenzione prestata alle critiche emerse rispetto alle due Convenzioni UNIDROIT del 1964[40], in special modo per il loro caratterizzarsi quali strumenti precipuamente orientati agli Stati europei[41], che effettivamente ne avrebbero reso assai difficile, sul piano politico, la promozione; circostanza che, peraltro, non ha impedito alla Commissione di attingere copiosamente alle suddette Convenzioni. Nel caso, invece, della Convenzione del 1991 sulla responsabilità degli operatori dei terminali di trasporto[42], la decisione della Commissione di avocare a sé i lavori in corso presso l'UNIDROIT, in ragione della particolare rilevanza della materia per molti Paesi in via di sviluppo[43] (oltre che del collegamento

[37] *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its second session*, cit., parr. 52-55 e 60.1.

[38] Particolarmente significativa a tale riguardo la precisazione che si rinviene al par. 86 dell'UNCITRAL, *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its sixth session*, cit., circa il fatto che il, sopra definito, "timido supporto" alla Convenzione di Ginevra del 1961 non avrebbe dovuto costituire un precedente.

[39] La Convenzione (cit. *supra*, n. 36), annovera attualmente 89 Stati parte.

[40] Specificamente, alla Convention Relating to a Uniform Law on The International Sale of Goods (ULIS), e alla Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods (ULFC), entrambe adottate all'Aja, il 1° luglio 1964.

[41] V. l'*Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, spec. par. 3. Si veda altresì lo *status* delle ratifiche delle due Convenzioni, disponibile sul sito dell'UNIDROIT, che ne evidenzia tale caratteristica regionale. Questa non era peraltro l'unica critica rivolta a tale regolamentazione; con specifico riguardo alle modalità di delimitazione del campo di applicazione v. BOSCHIERO, *Il coordinamento delle norme in materia di vendita internazionale*, Padova, 1990, p. 254 ss.

[42] *UN Convention on the Liability of Operators of Transport Terminals in International Trade*, Vienna, 1991, doc. AlCONF. 152/13 annex.

[43] Sulla richiesta all'UNIDROIT di trasmettere il progetto in fase di studio, v. la *Explanatory Note*, del Segretariato UNCITRAL, allegata al testo della Convenzione, spec. parr. 1 e 15 s., e altresì, negli *Official Records* (1993) della Conferenza diplomatica

con le c.d. "Regole di Amburgo")[44] non si è infine dimostrata felice. L'obiettivo di dar vita a un progetto di più ampio respiro non è stato infatti conseguito, posto che la Convenzione non ha raggiunto ad oggi l'esiguo numero di ratifiche (5, secondo quanto previsto al suo art. 22) richiesto allo scopo. L'intento dell'UNCITRAL di dare espressione alla propria vocazione universale si è risolto quindi, in questo caso, in un inutile esercizio di accentramento.

3. Segue: *il coordinamento con le organizzazioni attive nella unificazione del diritto materiale*

D'altra parte, il summenzionato esito negativo è il frutto di un elemento di per sé positivo, ossia la disponibilità dell'UNIDROIT a rispondere affermativamente alla richiesta dell'UNCITRAL di condividere i risultati del lavoro sino a quel momento svolto e di rinunciare a portare avanti il progetto autonomamente, che costituisce un esempio emblematico del diffondersi di una cultura della collaborazione tra le organizzazioni internazionali. Rispetto a tale tendenza l'UNCITRAL ha indubbiamente svolto un ruolo propulsivo, in attuazione del suo mandato (art. II, par. 8, lett. *a*), della risoluzione istitutiva), intessendo una fitta rete di relazioni con le organizzazioni, governative e non governative, attive nel (o comunque interessate al) settore dei rapporti commerciali internazionali, inteso in senso lato[45]. Queste relazioni si sviluppano attraverso diverse modalità e strumenti, quali il monitoraggio dell'attività delle altre organizzazioni, gli studi preparati dal Segretariato UNCITRAL o i rapporti che le stesse organizzazioni presentano alle sessioni annuali della

tenutasi a Vienna tra il 2 e il 19 aprile 1991, il documento *Background to the Draft Convention on the Liability of Operators of Transport Terminals in International Trade*, A/CONF.152/6, p. 24 s.

[44] UN Convention on the Carriage of Goods by Sea, 30 marzo 1978. La disciplina uniforme è sata aggiornata con la successiva UN Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, 11 dicembre 2008, c.d. "Rotterdam Rules".

[45] Secondo quanto riporta il sito Internet dell'UNCITRAL, le organizzazioni con le quali attualmente la Commissione collabora più strettamente sono la Banca Mondiale, la ICC, il CMI, la Commercial Finance Association, la Conferenza dell'Aja sul diritto internazionale privato, l'International Association of Restructuring, Insolvency and Bankruptcy Professionals (INSOL International), l'International Bar Association, l'Organizzazione degli Stati Americani (OSA), l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), la Conferenza delle Nazioni Unite sul Commercio e lo Sviluppo (UNCTAD), l'UNIDROIT, la WIPO, l'OMC.

Commissione, l'organizzazione di incontri su temi specifici, l'annuale meeting tripartito con il Segretariato dell'UNIDROIT e il *Permanent Bureau* della Conferenza dell'Aja sul diritto internazionale privato.

Il fenomeno cooperativo, nelle sue varie forme, è peraltro un dato ormai acquisito e già oggetto di approfondita analisi in dottrina[46]. Pare quindi qui sufficiente soffermarsi brevemente su come esso sia stato inteso, e con quali effetti, dall'UNCITRAL. In primo luogo, lo scambio di informazioni ha fornito all'UNCITRAL spunti per orientarsi nella scelta dei temi ai quali rivolgere la propria attenzione. Oltre alla succitata Convenzione del 1991 sulla responsabilità degli operatori dei terminali di trasporto, ne costituiscono un esempio altri testi già menzionati: l'aggiornamento del precedente regime sfociato nelle "Regole di Amburgo" è stato, infatti, stimolato dalla Conferenza delle Nazioni Unite sul Commercio e lo Sviluppo (UNCTAD) e ad esso ha contribuito in maniera significativa il Comitato marittimo internazionale (CMI)[47]; l'adozione della legge-modello sugli appalti[48] era stata invece sollecitata dalla Banca Mondiale, in quanto funzionale alla formazione di un quadro giuridico idoneo a garantire il corretto utilizzo dei finanziamenti finalizzati allo sviluppo. La cooperazione assume quindi in tali casi la forma, ora, di una disponibilità dell'UNCITRAL a considerare, nel porre in essere una propria attività di produzione normativa, il lavoro già previamente svolto da altri organizzazioni/enti, ora, della partecipazione di questi ultimi all'elaborazione dell'atto in veste di osservatori.

Diversamente, rispetto all'UNIDROIT e alla Conferenza dell'Aja, si configura una collaborazione intesa perlopiù a garantire la coerenza tra gli strumenti elaborati autonomamente nelle tre diverse sedi, nella medesima materia o su materie strettamente collegate; si tratta quindi di una cooperazione *ex post*, volta a mitigare i problemi che derivano dalla

[46] Cfr. CARBONE, *La cooperazione tra organizzazioni internazionali nello sviluppo del diritto internazionale privato e del commercio internazionale*, in VELLANO (a cura di), *Il futuro delle organizzazioni internazionali. Prospettive giuridiche*, Napoli, 2015, p. 515 ss., anche per ulteriori riferimenti.

[47] Ivi, spec. p. 531 s., sulle modalità attraverso le quali il CMI è stato ammesso a contribuire ai lavori; cfr. altresì, con riguardo alle successive "Rotterdam Rules", *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its thirtyfourth session*, 27 giugno - 8 luglio 2011, UN doc. A/56/17, par. 319 ss. Sul ruolo propulsivo dell'UNCTAD, v. *Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea*, 1978 (Hamburg), spec. par. 9; FERRARI, *UNCITRAL*, cit., p. 1760.

[48] S*upra*, n. 22 e testo corrispondente.

frammentazione dell'attività di produzione normativa. Per esempio, nel settore dei diritti di garanzia, a tale scopo è stata indirizzata l'attività di analisi e comparazione che ha trovato spazio in documenti esplicativi congiunti, nel tentativo di chiarire agli Stati il rapporto di complementarità tra i diversi testi e di fornire una guida per l'attuazione[49]. Questa modalità di coordinamento si fonda sul riconoscimento, *a posteriori*, dell'utilità di un approccio integrato che comprenda l'unificazione sia delle norme strumentali sia di quelle materiali, e, al contempo, ha rivelato quanto sia difficile, se non impossibile, attuare tale integrazione già nella fase precedente della produzione normativa, laddove a questa provvedano soggetti distinti.

Non sorprende quindi che, infine, l'affermata complementarità dei diversi strumenti non sia sufficiente ad evitare non solo una eccessiva complessità della normativa, ma altresì lacune o sovrapposizioni. Quest'ultima evenienza appare del resto particolarmente evidente laddove si renda necessario ricorrere a clausole di coordinamento, quale quella che si rinviene nella Convenzione UNCITRAL sulla cessione del credito rispetto alla Convenzione UNIDROIT sul *factoring*[50]. Anche alla luce del risultato non sempre soddisfacente, in termini di ratifiche o adesioni, degli strumenti rispetto ai quali la questione del coordinamento si è posta con particolare evidenza[51], parrebbe quindi opportuna un'ulteriore rifles-

[49] V. la nota del Segretariato UNCITRAL, UN doc. A/CN.9/720 dell'8 aprile 2011, *Comparison and analysis of major features of international instruments relating to secured transactions*, Ann. II, p. 3, e la successive pubblicazione *UNCITRAL, Hague Conference and Unidroit Texts on Security Interests*, New York, 2012, spec. p. iii e p. 1, dove si trovano riepilogati i principali passaggi che hanno condotto ad adottare congiuntamente le indicazioni per l'attuazione.

[50] UN Convention on the Assignment of Receivables in International Trade, cit., art. 38, par. 2, giudicata, "aggressiva" da FERRARI, *UNCITRAL*, cit., p. 1760. L'opinione è certamente condivisibile, in quanto la norma, in via di eccezione alla clausola di subordinazione di cui al par. 1 del medesimo articolo, sancisce senz'altro la prevalenza del testo UNCITRAL sulla precedente Convenzione di Ottawa, salvo nel caso in cui la prima non sia applicabile al debitore, ossia, ai sensi dei suoi articoli 1 e 5, lett. *c*), tendenzialmente laddove la sede di attività di questi non si collochi in uno Stato contraente e la legge applicabile al contratto originario non sia quella di un tale Stato.

[51] Sulla base dei dati pubblicati sui siti Internet delle rispettive organizzazioni (visitati da ultimo il 25 settembre 2018), la Convenzione UNCITRAL sulla cessione del credito risulta ratificata dalla sola Liberia, mentre quella di Ottawa sul *factoring* è in vigore tra 9 Stati. Le stesse fonti, rispetto agli altri strumenti che pure sono contemplati nella guida *UNCITRAL, Hague Conference and Unidroit Texts on Security Interests*, rivelano una situazione variegata ma, nel complesso, e salvo eccezioni, non più confortante: per quanto concerne i testi UNIDROIT, la Convention on International Financial Leasing

sione, da parte dei soggetti coinvolti, sulla efficacia della strategia sinora attuata, sia sotto il profilo della coerenza della disciplina sia in vista del recepimento di una normativa internazionale che, evidentemente, ancora non riesce a richiamare l'interesse degli Stati, forse proprio in ragione del suo comporsi attraverso una pluralità di testi.

4. Segue*: l'attività informativa e di promozione di una interpretazione e applicazione uniforme*

Infine, rispetto alle iniziative poste in essere dall'UNCITRAL nell'assolvere a propri compiti istituzionali, merita un cenno l'attività del Segretariato di raccolta e diffusione della giurisprudenza, anche arbitrale, relativa alle convenzioni e alle leggi modello frutto del lavoro della Commissione, in particolare attraverso il sistema informativo CLOUT[52], il cui scopo è quello di facilitare l'interpretazione e l'applicazione uniformi di tali testi[53] ed è quindi riconducibile all'azione di cui all'art. II, par. 8, lett. *d*), della risoluzione istitutiva[54].

È del tutto evidente come a tale fine la possibilità di accesso alla prassi applicativa sia essenziale. A tale proposito, con specifico riferi-

(Ottawa, 28 maggio 1988) è in vigore tra 10 Stati, la Convenzione di Città del Capo, in materia di garanzie sui beni mobili strumentali, 16 novembre 2001 (testo principale), ha raccolto ben 77 tra ratifiche, adesioni e accettazioni, 73 l'Aircraft Protocol, adottato contestualmente, solo 3 sinora il successivo Rail Protocol del 23febbraio 2007 (non in vigore), e nessuna lo Space Protocol del 9 marzo 2012, mentre la Convention on Substantive Rules for Intermediated Securities, Ginevra, 9 ottobre 2009, non è in vigore ed è stata per di più firmata da un solo Stato; rispetto alle convenzioni adottate in seno alla Conferenza dell'Aja, la Convention on the Law Applicable to Trusts and on Their Recognition, 1° luglio 1985, conta 14 Stati parte, mentre la Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities Held with an Intermediary, 5 luglio 2006, è in vigore tra 3 soli Stati.

[52] Acronimo di "Case law on UNCITRAL texts"; il suo funzionamento è spiegato nella *User Guide*, UN doc. A/CN.9/SER.C/GUIDE/1/Rev.3, 15 gennaio 2018.

[53] *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its twenty first session*, 11-20 aprile 1988, UN doc A/43/17, parr. 98-109, spec. par. 99.

[54] UN doc. A/RES/2205(XXI), cit. Al medesimo ambito di azione si ascrive, infine, anche il lavoro di ricerca bibliografica condotto dal Segretariato UNCITRAL, che si trova pubblicato in allegato al rapporto annuale sull'attività della Commissione (v. da ultimo *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its fifty first session*, cit., p. 36 s. e la nota del Segretariato, UN doc. A/CN.9/949, ivi richiamata, *Bibliography of recent writings related to the work of UNCITRAL*, 27 marzo 2018), dando anche vita a una *data-base* online (https://uncitral.un.org/en/library/bibliography).

mento all'Italia, basti rilevare che, grazie all'assidua opera di persuasione della dottrina[55], si è verificato un progressivo abbandono da parte della giurisprudenza di tendenze legeforistiche nell'interpretazione delle convenzioni di diritto uniforme. Tuttavia, proprio la difficoltà di reperire informazioni rispetto alla giurisprudenza degli altri Stati parte può ancora ostacolare una corretta applicazione dei criteri ermeneutici propri del diritto internazionale pattizio. La diffusione di tali informazioni ha certamente beneficiato degli sviluppi tecnologici che hanno interessato le comunicazioni. A differenza però di quanto accade per i testi normativi e i lavori preparatori – che, grazie all'attenzione con la quale molte organizzazioni si sono dedicate alla pubblicizzazione della propria attività sui rispettivi siti Internet, oggi risultano generalmente di facile reperimento – l'accesso alla giurisprudenza sarebbe ancora complesso senza un'attività ulteriore di raccolta, sintesi e traduzione che, per quanto riguarda il CLOUT, viene svolta dai corrispondenti nazionali in cooperazione col Segretariato. Naturalmente, il quadro che ne deriva è parziale. Del resto, sin da subito è parso evidente che l'idea di dar vita a una raccolta più ampia completa e ad una struttura apposita dedicata alla sua pubblicazione non fosse finanziariamente sostenibile; inoltre l'istituzione di un comitato di redazione permanente ha trovato un ostacolo nella preoccupazione che la selezione da parte di questo delle decisioni da pubblicare potesse in qualche modo implicare (o essere intesa come) un giudizio di valore riconducibile alla Commissione sulla interpretazione ivi accolta[56].

Infine, l'attività di raccolta della prassi ha un risvolto anche rispetto alla pianificazione dei lavori della Commissione, consentendo di verificare se esistano problemi applicativi ricorrenti, di individuarne le cause e i possibili rimedi[57]. A tale verifica può poi fare seguito l'adozione di specifici strumenti di supporto alla corretta applicazione, riconducibili alla categoria dei testi esplicativi, indirizzati – a seconda della finalità e

[55] V., per tutti BARIATTI, *L'interpretazione*, cit., spec. pp. 20-25 con specifico riferimento all'interpretazione del diritto materiale uniforme.

[56] V. *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its twenty first session*, cit., spec. parr. 103, 106 e 107 s.

[57] Cfr., rispetto alla CISG e alla Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 10 giugno 1958), *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its thirty fourth session*, cit. par. 386 ss.

del tema – agli operatori giuridici (magistrati, arbitri)[58] o a privati che si trovino a confronto con la normativa di origine internazionale nell'ambito della loro attività professionale o quali utenti/consumatori[59].

5. La convergenza di intenti alla luce dei risultati conseguiti

Se, come rilevato, l'istituzione dell'UNCITRAL ha costituito la risposta tangibile e più immediatamente evidente ai risultati insoddisfacenti della prima fase della codificazione del diritto materiale uniforme, occorre sottolineare che, al contempo, le organizzazioni già attive nel settore si sono mosse autonomamente su tutte e tre le direttrici – universalizzazione, cooperazione, promozione dell'applicazione uniforme – verso le quali la Commissione ha sviluppato la sua azione, ognuna, naturalmente, secondo modalità diverse in ragione delle proprie peculiarità.

Per quanto attiene alla partecipazione dei Paesi in via di sviluppo o ad economia pianificata, anche per alcune di queste un fattore rilevante è risultato essere il collegamento con le Nazioni Unite. L'ICAO (*International Civil Aviation Organisation*), per esempio, si è senz'altro giovata della qualità di Istituto specializzato[60], sebbene non vi sia, come noto,

[58] V., per es., la *Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation* (2009) e la *Model Law on Cross-Border Insolvency: The Judicial Perspective* (2013), oggetto di raccomandazione con UN doc. A/RES/64/112 e UN doc. A/RES/66/96, quest'ultima relativa al secondo testo menzionato nella precedente versione del 2011; la medesima finalità hanno anche le *Notes on Organizing Arbitral Proceedings* (2016), il cui uso è stato raccomandato da UN doc. A/RES/71/137.

[59] È il caso, per es., della *Legal Guide on International Countertrade Transactions* (1992), anch'essa oggetto di raccomandazione (UN doc./A/RES/47/34), e della *Recognizing and Preventing Commercial Fraud: Indicators of Commercial Fraud* (2013), indirizzata alle potenziali vittime di frodi e alle organizzazioni rappresentative delle stesse.

[60] UN doc.A/RES/50(I), 14 dicembre 1946, *Agreements with Specialized Agencies*; nell'Agreement between the United Nations and the International Civil Aviation Organization, in vigore dal 13 maggio 1947 (il testo è reperibile all'indirizzo www.unsystem.org/content/ga-draft-agreement-a106-30-september-1946, visitato il 25 settembre 2018) si stabilisce, all'art. II, che la richiesta di adesione all'ICAO di Stati diversi da quelli indicati degli articoli 91 e 92, lett. *a*), della Convention on International Civil Aviation (Chicago, 7 dicembre 1944) – ossia, Stati firmatari, Stati membri delle Nazioni Unite e Stati neutrali nel secondo conflitto mondiale – sia sottoposta al vaglio dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, riprendendo così la possibilità già prevista all'art. 93 della suddetta Convenzione. La disposizione deve essere letta alla luce della questione dell'ammissione della Spagna, cui si fa cenno nella risoluzione 50(I), citata, e che è stata oggetto, nella medesima sessione, delle due risoluzioni 31(I) e 39(I), entrambe

alcun automatismo tra l'adesione all'ONU e l'acquisizione dello *status* di membro nella prima. D'altra parte, lo stesso ambito di attività dell'Organizzazione l'ha resa particolarmente attrattiva e ha facilitato un'ampia adesione. La questione della partecipazione assume quindi in tale caso carattere sostanziale e non formale, attenendo essenzialmente alla concreta volontà degli Stati di contribuire alle attività dell'organizzazione e di porre in essere sul piano interno le iniziative volte a darvi effettività. Queste vengono incoraggiate attraverso lo stabilimento degli uffici regionali, secondo una modalità adottata dall'ICAO sin dai primi anni di attività, rispetto alla quale mette conto menzionare un opportuno rafforzamento della presenza in Africa negli anni ottanta del Novecento[61].

La medesima questione si presenta evidentemente in termini differenti per l'OTIF (*Organisation for International Carriage by Rail*), poiché il trasporto ferroviario di per sé favorisce un'aggregazione tra Stati contigui. L'estensione della partecipazione ha quindi progressivamente portato ad ampliare la *membership* oltre i confini europei, ma limitatamente alle regioni asiatica, mediorientale e nordafricana[62]. Più di recente, peraltro, le prospettive aperte dagli ulteriori sviluppi tecnologici rispetto alla possibilità di un più diffusa interoperabilità, sia sotto il profilo giuridico-normativo, sia sotto quello prettamente tecnico, hanno indotto l'Organizzazione ad ampliare ulteriormente il raggio d'azione della propria attività, per il momento non attraverso una partecipazione all'organizzazione, ma sul piano delle relazioni internazionali; più in particolare, si pone in tale direzione la recente conclusione di due *memorandum* d'intesa, il primo col Segretariato generale del Consiglio di cooperazione degli Stati del golfo Persico (GCC-SG) e il secondo con la Amministrazione ferroviaria della Repubblica popolare cinese[63]. Pur

intitolate *Relations of Members of the United Nations with Spain*. Attualmente sono membri dell'ICAO 192 Stati.

[61] Lo stabilimento degli uffici decentrati si fonda sul concetto di "air navigation regions", quale definito dal Consiglio nel 1964. L'articolazione attuale è prevista dalle *Directives to Regional Air Navigation Meetings and Rules of Procedure for their Conduct Appendix 1* (doc. 8144-AN/874); al Western and Central African (WACAF) Office di Dakar, aperto nel 1963, si è aggiunto dal 1983 l'Eastern and Southern African (ESAF) Office di Nairobi.

[62] La OTIF conta ad oggi 50 Stati membri. I dati sulla *membership* e lo *status report* della COTIF, cui ha aderito anche la CE nel 1999, e delle relative appendici sono reperibili sul sito internet dell'Organizzazione (https://otif.org, visitato il 25 settembre 2018).

[63] Sottoscritti a Berna, rispettivamente, il 19 marzo 2014 e il 16 luglio 2016. I testi sono reperibili sul sito Internet dell'OTIF cit.

ugualmente denominati, i due accordi hanno in realtà natura e scopi diversi. Quello con lo GCC-SG è infatti un trattato volto a porre le basi per una cooperazione specificamente finalizzata alla futura adesione degli Stati del golfo alla COTIF; al contrario l'intesa con la Cina ha cura di escludere esplicitamente ogni effetto obbligatorio e l'impegno politico delle parti attiene allo scambio di informazioni e alla promozione di modelli contrattuali rispettosi delle normative applicabili nei diversi Stati nell'ambito dei trasporti a lunga percorrenza[64]. Nella prospettiva della codificazione, detto *memorandum* assume peraltro un significato particolare, giacché pare implicare l'abbandono di una prospettiva di unificazione normativa a livello più ampio[65], in favore di un sistema di coordinamento tra fonti regionali.

Infine, rispetto alla partecipazione, ancora diversa è la posizione dell'UNIDROIT, per la quale il progressivo estendersi dell'integrazione comunitaria, dal punto di vista geografico e con riguardo ai settori materiali di competenza, ha costituito un forte incentivo a impegnarsi nel realizzare la propria vocazione universale[66]. L'unificazione o armonizzazione del diritto materiale a livello regionale, ma altresì l'emergere di un quadro comune di principi, quali quelli di non discriminazione e del mu-

[64] In particolare si menziona la promozione della *CIM/SMGS consignment note* elaborata congiuntamente dallo International Rail Transport Committee (CIT) e dalla Organisation for the Collaboration between Railways (OSJD), volta appunto a rendere interoperabili le regole CIM e SMGS sulla base del principio della equivalenza funzionale. Per una comparazione fra i due regimi, v. ZHU YAN, FILIMONOV, *Comparative Study of International Carriage of Goods by Railway between CIM and SMGS*, in *Frontiers of Law in China*, 2018, p. 115 ss., e, con specifico riguardo alla *CIM/SMGS consignment note*, p. 121 s.; LOBYREV, TIKHOMIROV, TSUKAREV, TARAS, VINOKUROV, *Belt and Road Transport Corridors: Barriers and Investments,* 10 maggio 2018, report 50, EDB Centre for Integration Studies, Saint Petersburg, 2018, disponibile su SSRN (https://ssrn.com/abstract=3178056, visitato il 25 settembre 2018), spec. p. 25 s.

[65] Quale prefigurato nello *UNECE Position Paper: towards Unified Railway Law (2011)*, doc. ECE/TRANS/2011/3 (reperibile sul sito internet della Commissione economica per l'Europa dell'ONU https://www.unece.org/fileadmin/DAM/trans/doc/2011/sc2/ECE-TRANS-2011-03e.pdf, visitato il 25 settembre 2018), spec. p. 4 ss.

[66] È questo un fenomeno che ha riguardato in tempi più recenti, con la c.d. "comunitarizzazione" della cooperazione giudiziaria civile, anche la Conferenza dell'Aja sul diritto internazionale privato; v., per tutti POCAR, *The EU as an Actor in Private International Law*, in BRAND (ed.), *Private Law, Private International Law, & Judicial Cooperation in the EU-US Relationship*, *CILE Studies*, vol. II, 2005, p. 143 ss.; ID., The *"Communitarization" of Private International Law and its Impact on the External Relations of the European Union*, in MALATESTA, BARIATTI, POCAR (eds), *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, Padova, 2008, p. 3 ss.

tuo riconoscimento, nonché lo sviluppo della cooperazione giudiziaria civile hanno infatti determinato per gli Stati europei partecipi del progetto di integrazione – ed anche, in una certa misura, per quelli che ad esso sono in vario modo associati, quali, *in primis*, gli Stati parte dello Spazio Economico Europeo (SEE) – una mitigazione rispetto alle difficoltà connesse al carattere transnazionale della fattispecie; di conseguenza, l'utilità dell'opera di unificazione di cui si fa carico l'UNIDROIT è risultata sempre più strettamente correlata alla sua capacità di coinvolgere Paesi di altre aree geografiche.

È ben vero che sin dagli anni '40 e '50 del secolo scorso l'UNIDROIT ha potuto annoverare fra i propri membri un discreto numero di Stati latino-americani[67]. Ciò non ha avuto però un immediato riflesso sul piano della partecipazione agli strumenti convenzionali; oltre a quanto già rilevato con riguardo alle convenzioni ULIS e ULF in materia di vendita[68], si consideri che anche uno trattato di indubbio successo come la CMR fino a tutti gli anni '60 era stato ratificato solo da Stati europei[69]. La situazione, quantomeno con riguardo alla *membership*, aveva tuttavia cominciato ad evolversi proprio in quello stesso periodo, in particolare con le adesioni di Stati Uniti e Canada, e poi in maniera più significativa nel ventennio successivo, con un incremento nella partecipazione degli Stati dell'area africana e dell'Asia-Pacifico. Per contro, la preminenza numerica degli Stati europei si è ulteriormente rafforzata in virtù dell'adesione massiccia di quelli dell'Europa orientale successiva al disgregarsi del "blocco socialista", che ha contribuito significativamente a innalzare il numero dei membri agli attuali 63, dei quali solo 4 sono Stati africani e 10 quelli asiatici-mediorientali (cui si aggiunge l'Australia che viene inclusa nella medesima macro-area); il risultato non pare quindi ancora soddisfacente in termini di distribuzione geografica della partecipazione, ma innegabilmente è formalmente sufficiente a consentire all'Organizzazione di affermare che gli Stati membri "are drawn from the five continents and represent a variety of different legal, economic and political systems as well as different cultural backgrounds"[70].

[67] I dati sulla *membership*, anche divisi per area geografica, si rinvengono sul sito Internet dell'UNIDROIT.

[68] V. *supra*, par. 2.

[69] Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road, Ginevra, 19 maggio 1956. Lo *status* è reperibile all'indirizzo https://treaties.un.org.

[70] Così sulla pagina internet di presentazione dell'UNIDROIT.

D'altra parte, quanto sopra rilevato evidenzia come l'adesione all'Organizzazione non determini necessariamente la decisione di vincolarsi ai testi che ne promanano; si aggiunga che l'ampliamento della *membership* è utile solo laddove ad essa corrisponda una attiva partecipazione alla vita dell'Organizzazione in vista della considerazione delle diverse esigenze. A tale riguardo i numeri non sono tuttavia confortanti, ove si pensi che all'Assemblea generale del 2017 hanno partecipato 43 Stati membri (nonostante la questione del bilancio, discussa annualmente in tale sede, sia di vitale importanza per l'Organizzazione) e 45 in quella dell'anno precedente, in cui si è approvato il piano tiennale dei lavori[71].

Peraltro, l'obiettivo di un maggiore coinvolgimento degli Stati appartenenti ad aree geografiche diverse dall'Europa è perseguito dall'UNIDROIT anche attraverso modalità differenti da quella della partecipazione all'Organizzazione. In tal senso, pare importante menzionare, perché rivolta proprio all'area più significativamente sotto-rappresentata, la cooperazione con l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)[72] con l'obiettivo di adattare i Principi UNIDROIT alle peculiarità degli ordinamenti di quell'area[73]. Il tentativo così posto in essere è certamente meritevole di apprezzamento, nonostante l'esito sia infine stato negativo: l'adozione in seno all'OHADA del testo[74] che avrebbe dovuto costituire l'Uniform Act on Contract Law si è infine rivelata impossibile per l'opposizione della maggior parte degli Stati membri[75], mostrando come il dialogo con i Paesi africani rappresenti ancor oggi un problema irrisolto per l'UNIDROIT.

[71] V., rispettivamente, i *Report* della 76° sessione (7 dicembre 2017), UNIDROIT doc. A.G. (76) 10, p. 18 ss.; e della 75° sessione (1° dicembre 2016), UNIDROIT doc. A.G. (75) 8, p. 11 ss.

[72] Istituita col Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, Port-Louis (Ile Maurice), 17 ottobre 1993, modificato dal successivo Trattato fatto a Québec, il 17 ottobre 2008; l'Organizzazione conta 17 Stati membri.

[73] V. MANCUSO, *Trends on the Harmonization of Contract Law in Africa*, in *Annual Survey of International and Comparative Law*, 2007, p. 57 ss., spec. pp. 170-171. Il progetto è stato oggetto del colloquio "*The Harmonisation of Contract Law within OHADA*", tenutosi a Ouagadougou, il 15-17 novembre 2007, i cui atti sono pubblicati in *Uniform Law Review*, 2008, n. 1/2.

[74] Al testo, reperibile sul sito Internet dell'UNIDROIT, ha lavorato in particolare Fontaine, membro del Gruppo di Studio per la preparazione degli UNIDROIT Principles.

[75] Se ne riferisce sul sito Internet dell'OHADA (http://www.ohada.org/index.php/fr/ohada-au-quotidien/agenda-evenementiel/1498-colloque-international-organise-par-l-ersuma-et-le-diu-juriste-ohada-paris-2-paris-13,

Questa esperienza è altresì significativa di quella attitudine alla cooperazione di cui si è già dato conto con riguardo all'UNCITRAL. Rimanendo nell'ambito delle organizzazioni qui menzionate, un ulteriore esempio è rappresentato dalla proficua collaborazione instaurata dall'UNIDROIT ai fini della Convenzione di Cape Town del 2001 e dei suoi due primi Protocolli con l'ICAO[76] e con l'OTIF, che ha consentito di massimizzare le competenze di ciascuna nei rispettivi settori, con risultati, almeno con riguardo al primo Protocollo, ragguardevoli in termini di adesione[77]. Quello che pare configurarsi ora come un vero e proprio "sistema Cape Town" mostra altresì la disponibilità dell'UNIDROIT ad avvalersi di strumenti già elaborati, in altre sedi e a fini differenti, nell'ambito del processo di produzione normativa. Questo è, infatti, quanto avvenuto nell'elaborazione (in corso) del quarto Protocollo alla suddetta Convenzione, dove per l'identificazione delle attrezzature connesse alle attività estrattive, agricole e di costruzione oggetto dei contratti cui le garanzie ineriscono[78] si fa riferimento alla nomenclatura elaborata dall'Organizzazione Internazionale della Dogana[79]. Detta scelta si è peraltro dimostrata insidiosa, dando adito a difficoltà di coordinamento, la soluzione delle quali rimane al momento incerta[80].

Infine, è agevole rilevare anche solo dal numero di pubblicazioni – riviste, guide, raccolte giurisprudenziali e di buone prassi, banche-dati – e di eventi, quali seminari o incontri di studio, veri e propri corsi di formazione, promossi o cui partecipano le varie organizzazioni che l'assistenza tecnica all'attuazione della normativa internazionale e la promozione della sua interpretazione uniforme sono ormai entrate a pieno titolo nell'agenda delle attività di ciascuna. È questo un ulteriore indice della effettiva comunanza di intenti e di azioni tra le diverse organizzazioni che operano nell'ambito della unificazione del diritto materiale. I

visitato il 25 settembre 2018), dando conto della ripresa dei lavori con un progetto autonomo e di più ampia portata.

[76] Per una descrizione della cooperazione istaurata nella prospettiva dell'ICAO, v. WEBER, ESPÍNOLA, *The development of a new Convention relating to international interests in mobile equipment: a joint ICAO-Unidroit project*, in *Uniform Law Review*, 1999, p. 463 ss., spec. pp. 465-467.

[77] V. *supra*, n. 51.

[78] Alla 97° sessione (2-4 maggio 2018), il Consiglio direttivo UNIDROIT ha approvato la convocazione di una conferenza diplomatica nel 2019 per adottare formalmente il c.d. "MAC Protocol", il cui ultimo *draft* si rinviene in Study 72K – DC–Doc. 3.

[79] Ivi, art. 1, per il riferimento allo Harmonized Commodity Description and Coding System (HS System).

[80] V. *infra*, par. 8.

chiaroscuri che si sono evidenziati e la mancanza di un'automatica corrispondenza tra i propositi e gli esiti cui si perviene nel darvi attuazione ripropongono tuttavia, in termini non dissimili, il quesito emerso negli anni Sessanta del secolo scorso circa la commisurazione degli sforzi ai risultati[81]. Emblematico, a tal proposito, il fatto che nel 2016 l'UNCITRAL, l'UNIDROIT e la Conferenza dell'Aja abbiano ritenuto opportuno istituire un gruppo di lavoro congiunto per individuare linee-guida che aiutino gli operatori commerciali a orientarsi nella normativa in materia di vendita internazionale[82], ossia in quello che già più di quarant'anni orsono veniva definito un "labirinto"[83] e che, evidentemente, tale è rimasto.

6. Lo sviluppo di nuovi modelli normativi: la scelta in favore di strumenti non vincolanti

Resta da verificare se verso l'obiettivo di una razionalizzazione del diritto materiale uniforme non ci si possa muovere con maggiore successo sul piano della tecnica normativa, piuttosto che su quello della cooperazione interistituzionale, ossia attraverso l'adozione di modelli e soluzioni diversi da quelli proposti con le prime convenzioni di unificazione. Occorre dare atto, anzitutto, che anche rispetto a tale profilo le organizzazioni internazionali hanno assunto un ruolo molto attivo, contribuendo al dibattito sulla scelta degli strumenti normativi e, in particolare,

[81] Per una accesa critica circa l'utilità dei tentativi di unificazione del diritto materiale, v. STEPHANS, *The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law*, in *Virginia Journal of International Law*, 1999, p. 129 ss.

[82] V. *Joint proposal of the Secretariats of UNCITRAL, Unidroit and the HCCH for co-operation in the area of international commercial contract law (with a focus on sales)*, doc. A/CN.9/892, presentato alla 49ª sessione dell'UNCITRAL, 27 giugno-15 luglio 2016; dal versante della Conferenza, *Conclusions and Recommendations of the Council on General Affairs and Policy of the Conference* (15-17 marzo 2016), par. 23; per quanto concerne l'UNIDROIT, il progetto è stato inserito nel piano triennale di lavoro 2017-2019 con decisione dell'Assemblea alla 75° sessione, *Report* A.G. (75) 8, cit., par. 33 e par. 44 (con riferimento al doc. A.G. (75) 3 corr, parr. 50-52).

[83] TREVES, *Il labirinto della vendita internazionale*, in *Politica del diritto*, 1973, p. 97 ss. Successivamente all'adozione della CISG, v. BOSCHIERO, *Il coordinamento* cit., spec. p. 287, per quanto concerne la relazione tra normativa materiale uniforme e di conflitto di cui alla Convention on the law applicable to international sales of goods, l'Aja, 15 giugno 1955.

sull'alternativa tra atti vincolanti oppure di c.d. *soft law* che ha riguardato, più in generale, tutto il diritto internazionale[84].

Nell'ambito del diritto materiale uniforme, sono vari gli strumenti riconducibili all'area della *soft law* – qui intesa in senso lato come insieme di regole non vincolanti e senza pretesa di voler affrontare la spinosa questione della loro natura – e diversi sono sia gli scopi sia i destinatari cui si indirizzano. Tentando una schematizzazione, che risulta tuttavia certamente approssimativa, oltre ai già ricordati testi esplicativi – ascri-

[84] La letteratura che, da diverse prospettive, si interroga sulla natura e sulla eventuale efficacia degli atti non vincolanti degli Stati e delle organizzazioni internazionali, come noto, è amplissima; v., anche per ulteriori riferimenti: con specifico riferimento alle risoluzioni dell'Assemblea generale dell'ONU, ma sviluppando argomentazioni riprese in termini più generali nel dibattito sviluppatosi negli anni successivi, ARANGIO-RUIZ, *The Normative Role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations*, in *Collected Courses*, 1972, vol. 137, p. 419 ss., spec. p. 435 ss., per una ricognizione delle divergenti tesi precedentemente emerse in dottrina, e p. 626 ss., per una critica al ruolo della dottrina nella riscoperta ed enfatizzazione del concetto di *soft law*; BAXTER, *International Law in "Her Infinite Variety"*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1980, p. 549 ss.; WEIL, *Towards Relative Normativity in International Law?*, in *AJIL*, 1983, p. 413 ss., spec. pp. 414-421, che evidenzia i pericoli insiti in una artificiosa graduazione tra le norme e gli istituti del diritto internazionale; FRANCIONI, *International "soft law": a contemporary assessment*, in LOWE, FITZMAURICE (eds), *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, 1996, p. 167 ss., che evidenzia l'ambiguità dell'espressione e, a p. 176 ss., nella ricerca di una maggiore chiarezza definitoria, si sofferma altresì sul c.d. *soft enforcement*; KLABBERS, *The Redundancy of Soft Law*, in *Nordic Journal of International Law*, 1996, p. 167 ss., che ricostruisce i termini del dibattito attraverso un'analisi critica del concetto stesso di *soft law* quale avanzato, fra gli altri, da Baxter; diversamente, nel senso di riconoscere l'esistenza di una "area grigia" tra il lecito e l'illecito, in ragione degli effetti giuridici prodotti da testi che pure non sono vincolanti, CHINKIN, *The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1989, p. 850 ss., spec. p. 860 s. con particolare riguardo alla scelta tra le due alternative menzionate nell'ambito della regolamentazione delle relazioni economiche tra Stati; BOYLE, *Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law*, ivi, 1999, p. 901 ss.; ABBOTT, SNIDAL, *Hard and Soft Law in International Governance*, in *International Organization*, 2000, vol. 54, n. 3, p. 421 ss., spec. p. 434 ss.; con specifico riferimento al diritto privato uniforme, si veda già NADELMANN, *Uniform Legislation Versus International Convention Revised*, in *American Journal of Comparative Law*, 1968, p. 28 ss., spec. p. 34 ss., in relazione alla vendita internazionale. Infine, tale elaborazione non ha mancato di suscitare riflessioni sul piano del rapporto tra fonti anche a livello di diritto interno; cfr. BARBA, *Norme narrative, soft law e teoria delle fonti*, in MANSEL, PFEIFER, KRONKE, KOHLER, HAUSMANN (herausgegeben von), *Festschrift für Erik Jayme*, München, 2004, vol. II, p. 1027 ss., spec. p. 1031 in relazione all'applicazione (tra l'altro) dei Principi UNIDROIT sui contratti commerciali internazionali; in prospettiva comparatistica, MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, Padova, 2008, spec. p. 113 ss.

vibili all'attività di supporto tecnico e promozione dell'interpretazione uniforme – si possono distinguere quelli "normativi", quali le leggi-modello, che si propongono agli Stati quale contributo al procedimento legislativo interno, e quelli "contrattuali", come i principi (variamente denominati)[85] o le "clausole modello", che invece sono perlopiù destinati all'applicazione diretta da parte degli operatori commerciali, ma che nondimeno talvolta sono pensati specificamente per la fase patologica del rapporto e per il contenzioso che ne può derivare e si indirizzano pertanto all'organo statuale o arbitrale giudicante[86].

Il numero stesso di atti non vincolanti adottati indica un crescente favore delle organizzazioni interazionali e degli Stati membri per tale modalità che si spiega, in prima battuta, come una reazione all'insuccesso di alcuni testi pattizi[87]. Peraltro, più delle ragioni, destano interesse gli effetti che la scelta di orientare l'unificazione verso questo tipo di testi ha determinato e le funzioni cui essi possono assolvere in ragione delle loro peculiari caratteristiche.

Con riguardo al primo profilo, una conseguenza diretta di siffatta scelta è senz'altro il recupero alla dottrina di un ruolo centrale che si era progressivamente ridotto, in tutte le fasi di redazione, incluse quelle prodromiche e di studio, in favore di rappresentanti di estrazione governativa o di esperti vincolati a specifiche istruzioni da parte dello Stato finanche in un'organizzazione come l'UNIDROIT[88], che, come sovente si ricorda, pure nasce con il soprannome di "repubblica degli studiosi"[89]. L'esperienza di chi ha partecipato all'elaborazione di testi di diversa natura mostra infatti come la maggiore indipendenza da condizionamenti politici sia strettamente collegata alla natura dell'atto da adottare, poiché

[85] La denominazione non è peraltro sempre indicativa: i Principles of transnational civil procedure, frutto del lavoro congiunto dell'UNIDROIT e dell'American Law Institute, per esempio, si propongono essenzialmente come legge-modello.

[86] Cfr. ESTRELLA FARIA, *Future Directions of Legal Harmonisation and Law Reform: Stormy Seas or Prosperous Voyage?*, in *Uniform Law Revew*, 2009, p. 5 ss., p. 8, che, nell'ambito di una definizione di più ampie categorie che prescindono dalla natura vincolante o meno dell'atto, accomuna negli "strumenti legislativi" i trattati e le leggi modello.

[87] Cfr. *supra*, par. 1.

[88] V. KRONKE, *UNIDROIT*, cit., p. 1768, che peraltro evidenzia anche gli aspetti positivi di tale evoluzione.

[89] V. ESTRELLA FARIA, *Future Directions*, cit., p. 6; KRONKE, *Methodical Freedom and Organizational Constraints in the Development of Transnational Law*, in *Loyola Law Review*, 2005, p. 287 ss., a p. 288.

è in vista della conclusione di un trattato che emerge più acuto l'interesse dello Stato a indirizzare l'esito dei lavori[90]. Nella redazione di strumenti non vincolanti vi è, per converso, una maggiore libertà di attingere alle diverse tradizioni giuridiche e altresì di utilizzare l'esperienza delle organizzazioni non governative che raggruppano professionisti e operatori economici attivi nel settore oggetto di codificazione; alla negoziazione della soluzione più favorevole al proprio Stato o di quella più ampiamente condivisibile, in vista del successivo processo di ratifica, si sostituisce così la ricerca della soluzione migliore, talvolta anche proponendone di inedite.

I benefici di un approccio dottrinale alla unificazione sono emersi particolarmente evidenti nel caso della legge-modello dell'UNCITRAL sulla insolvenza transfrontaliera (con i testi esplicativi e di supporto connessi)[91], assunta a punto di riferimento principale per l'adozione di una normativa regionale vincolante nell'ambito dell'OHADA[92] e come imprescindibile fonte di ispirazione per la revisione della disciplina dell'Unione europea relativa alla medesima materia, in particolare per quanto concerne i meccanismi di cooperazione e coordinamento[93]; la portata innovativa di questi ultimi è stata peraltro oggetto di considerazione anche in un ambito di cooperazione completamente diverso, quale quello della sottrazione internazionale dei minori, in seno alla Conferen-

[90] FARNSWORTH, *The American Provenance of the Unidroit Principles*, in *Tulane Law Journal*, 1998, p. 1985 ss., pp. 1988-1989, con riferimento alla sua esperienza all'UNIDROIT in raffronto con quella maturata all'UNCITRAL come membro del gruppo di lavoro sulla vendita durante l'elaborazione della CISG.

[91] *Model Law on Cross-Border Insolvency*, 30 maggio 1997, UN doc. A/RES/. 52/158, 15 dicembre 1997; *Guide to Enactment and Interpretation*, rivista da ultimo il 18 luglio 2013, UN doc. A/RES/68/107 A-B, 16 dicembre 2013; *Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*, cit.; *Model Law on Cross-Border Insolvency*: *The Judicial Perspective*, rivista nel 2013, cit. Si veda altresì la recentissima *Model Law on Recognition and Enforcement of Insolvency-Related Judgements*, adottata dalla Commissione il 2 luglio 2018, in *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its fifty-first session*, cit., pp. 17-21.

[92] *Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif*, adottato a Grand-Bassam il 10 settembre 2015 e in vigore dal dicembre dello stesso anno. Per un'analisi dei contenuti salienti dell'atto v. MENEZES, PATERSON, *One insolvency law, seventeen countries: a brief overview of the revised OHADA Uniform Act on Insolvency*, in *INSOL World*, 2016, quart. 1, p. 28 ss., spec. p. 30 con riguardo al rapporto con legge-modello dell'UNCITRAL.

[93] Regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativo alle procedure di insolvenza, in *GUUE* L 141, 5 giugno 2015, p. 19; un richiamo esplicito ai lavori dell'UNCITRAL si legge al considerando n. 48.

za dell'Aja[94]. L'idoneità della legge-modello a rispondere alle necessità degli Stati e della prassi e a offrire spunti travalicando i confini del proprio ambito materiale di applicazione paiono quindi evidenziare che la qualità della normativa sia, in alcuni casi, un primo effetto della scelta in favore degli strumenti non vincolanti.

Vengono poi in rilievo i risultati in termini di recepimento negli ordinamenti nazionali. È questo un dato il cui monitoraggio è semplice per i trattati e non invece altrettanto agevole, in linea generale, per le leggi modello – elemento che non pare azzardato ritenere possa contribuire al *favor* cui si faceva cenno, rendendo meno palese o verificabile l'eventuale insuccesso dello strumento – ma che nel caso di quella, appena menzionata, dell'UNCITRAL sull'insolvenza appare senza dubbio significativo[95]. Con riguardo invece all'applicazione diretta, muovendosi quindi sul diverso fronte dei testi "contrattuali", si è rilevata una costante crescita del numero di pronunce (in massima parte arbitrali, ma anche giudiziali) nelle quali si fa riferimento ai Principi UNIDROIT, in particolar modo, quale strumento interpretativo e integrativo della CISG[96], ma altresì quale espressione di regole generali di diritto valevoli a prescindere dalla natura internazionale del contratto[97]; con riferimento specifico

[94] V. *Practical Mechanisms for Facilitating Direct International Judicial Communications in the Context of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*. *Prel. Doc. No 6 for the attention of the Special commission of September/October 2002*, agosto 2002, pp. 29-36.

[95] Secondo quanto riportato nello status reso pubblico dell'UNCITRAL, al momento 44 Stati hanno introdotto nel loro ordinamento disposizioni che riprendono quelle della legge-modello.

[96] Su tale giurisprudenza, v. BONELL, *The law governing international commercial contracts and the actual role of the Unidroit Principles*, in *Uniform Law Review*, 2018, p. 15 ss., p. 32 ss. (con indicazione dei casi catalogati da *Unilex*, la banca dati predisposta dall'UNIDROIT http://www.unilex.info). Relativamente ai procedimenti arbitrali, una statistica aggiornata al 2017 è proposta da MANKOWSKI, *Article 3 of the Hague Principles: the Final Breakthrough for the Choice of Non-State Law?*, ivi, 2017, p. 369 ss., pp. 384-385.

[97] Casi che siano espressione di siffatto orientamento si ritrovano pressoché in relazione a tutti gli Stati per i quali sono riportate decisioni giudiziali in *Unilex*. V., per es., tra le molte, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal (Argentina), 10 giugno 2004 n. 80.808, *Benítez, Elsa Beatriz c. Citibank N.A.*; Supreme Court of Western Australia - Court of Appeal, 23 aprile 2002 n. FUL 100/2001, *Central Exchange ltd c. Anaconda Nickel ltd*; Superior Court, Province of Quebec, District of Montreal, 22 agosto 2005 n. 500-05-031756-974, *Enerchem Transport Inc. et al c. Nicolas R. Gravino et al*.; Hoge Raad, luglio 2008 n. C07/012HR, *Eiseres c. Atria Watermanagement B.V*. (www.unilex.info, visitato il 25 settembre 2018).

all'esperienza italiana, in ben sette pronunce sulle undici raccolte dall'UNIDROIT e rese disponibili nella banca-dati dedicata, detti Principi sono infatti utilizzati per orientare la lettura della disciplina nazionale in casi che apparentemente non presentano alcun elemento di estraneità rispetto all'ordinamento interno[98]. Al di là quindi dei numeri – ancora esigui, ma non certo irrilevanti, soprattutto se messi a confronto con quelli relativi alla prassi applicativa (o di non applicazione) di strumenti che invece sono vincolanti e, ciononostante, risultano talvolta ignorati dalla giurisprudenza[99] – è proprio quest'ultimo utilizzo a dare prova del loro successo. D'altra parte, a un ulteriore incremento nell'applicazione dei Principi UNIDROIT potrebbe condurre l'orientamento favorevole a riconoscerne la rilevanza non solo nell'ambito della libertà garantita alle parti dalla legge regolatrice del rapporto, ma ai fini dell'esercizio dell'autonomia internazional-privatistica, che pare affacciarsi (invero, non senza esitazioni) sia a livello internazionale sia nelle legislazioni nazionali[100].

[98] Così segnatamente Corte dei Conti, sez. giur. sic., 24 gennaio 2012 n. 197; Tribunale Roma, 28 luglio 2004, *D.S.G. v. O.R.*; Tribunale Bergamo, 19 aprile 2006, *Hydracar s.r.l. c. Italspazi s.r.l.*; Tribunale Catania, 6 febbraio 2009, *Consorzio FIMEDIL s.c.a.r.l. c. Tekind s.r.l.*; Tribunale Nola, 6 dicembre 2010, r.g. 4156/00; Tribunale Torino, sez. lav., 2 febbraio 2011, *Soc. X c. INPS*; Tribunale Varese, sez. dist. Luino, 5 gennaio 2012, in estratto. Diversamente, il ricorso alla CISG quale ausilio interpretativo, ai fini della determinazione della competenza giurisdizionale ai sensi dell'art. 5 n. 1 del regolamento (CE) 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000 (in *GUCE* L 12, 16 gennaio 2001, p. 1), emerge in Cass., s.u., 5 ottobre 2009 n. 21191, anch'essa pubblicata in *Unilex*, cit. (visitata il 25 settembre 2018).

[99] Per quanto concerne l'Italia, ne fornisce un esempio eclatante, in materia di vendita, la Convenzione dell'Aja del 1955, cit.; sulla questione v. recentemente RE, *Rapporto sull'applicazione in Italia della convenzione di Roma del 19 giugno 1980 e del regolamento (CE) n. 593/2008 del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, ("Roma I")*, in BARIATTI, VIARENGO, VILLATA (a cura di), *La giurisprudenza italiana sui regolamenti europei in materia civile e commerciale e di famiglia*, Padova, 2016, p. 83 ss., pp. 97-100, che ne suggerisce la denuncia.

[100] V., recentemente, la Ley no 5393 sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales (Paraguay), 14 gennaio 2015, art. 5°, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2015, p. 485; cfr. altresì, le più caute previsioni di cui alla Ley no 544-14 de derecho internacional privado de la República Dominicana, 15 ottobre 2014, art. 61, parrafo II, ivi, p. 465 ss., a p. 477, e del Código procesal civil y comercial de la nación (Aregentina), approvato con la Ley 17 ottobre 2014 n. 26.994, art. 2651, lett. *d*), ivi, 2016, p. 604 ss., a p. 614, che parrebbero invece rifarsi al modello tradizionale per il quale le parti possono fare riferimento agli usi del commercio internazionale nei limiti della autonomia contrattuale. Per quanto concerne la regolamentazione internazionale o sovranazionale, si vedano i *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*, adottati in seno alla Conferenza dell'Aja, 19 marzo 2015, art. 3, sul quale MANKOWSKI, *Article 3 of the Ha-*

Sotto un diverso profilo, nel raffronto col trattato, un vantaggio si rinviene nella flessibilità della disciplina non vincolante in relazione alle necessità di aggiornamento, che consegue in primo luogo all'assenza del passaggio intermedio della ratifica affinché gli emendamenti possano trovare applicazione negli ordinamenti interni. Ciò non esclude tuttavia il pericolo di un "effetto mosaico", in quanto l'unitarietà del regime giuridico dipende pur sempre dalla prontezza con la quale le successive modifiche vengono recepite; sicché parrebbe che tale risultato sia più facilmente conseguibile dagli strumenti che si indirizzano direttamente agli operatori commerciali o all'organo giudicante – naturalmente reattivi laddove siffatte modifiche vengano incontro a reali necessità della prassi – piuttosto che dalle leggi modello. In secondo luogo, lo stesso *iter* normativo degli atti non vincolanti, tendenzialmente meno formale e quindi più snello, ne consente una più agevole revisione. Pare tuttavia che di tale possibilità si faccia, giustamente, un uso prudente. Con riferimento agli strumenti appena menzionati, si può ricordare che ad oggi si è scelto di non intervenire sulla richiamata legge-modello dell'UNCITRAL, preferendo invece predisporre testi *ad hoc* in funzione integrativa ove necessario e limitando l'aggiornamento alle guide applicative[101]. Similmente, nella revisione del 2010 dei Principi UNIDROIT si è focalizzata l'attenzione sul completamento della disciplina, piuttosto che sulla sua modifica; così, per esempio, è rimasto immutato il dettato dell'art. 1.4 e l'esigenza di attrarre l'attenzione sul rispetto dell'ordine pubblico internazionale è stata soddisfatta facendovi riferimento nel commento che accompagna la disposizione[102]. Si è in tal modo riconosciuta importanza

gue Principles, cit., in particolare, p. 168 s., per una critica circa la scelta di compromesso che detta norma incorpora, e p. 190 ss., quanto al rapporto con l'art. 3 del Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (in *GUUE* L 177, 4 luglio 2008, p. 6). In quest'ultimo, come noto, non ha trovato invece accoglimento la proposta formulata dalla Commissione (COM/2005/0650 def., art. 3) intesa ad autorizzare, tra l'altro, la scelta dei principi UNIDROIT; cfr. CARBONE, *I principi UNIDROIT quale soft law applicabile ai contratti del commercio internazionale: tra autonomia privata e ordinamenti statali*, in *Dir. comm. int.*, 2012, p. 809 ss., spec. p. 813, rispetto alle opzioni interpretative che nell'applicazione del regolamento consentono comunque di dar rilievo a detti Principi.

[101] V. *supra*, n. 91; cfr. altresì la *Enterprise group insolvency: draft model law*, doc. A-CN.9/WG.V/WP.161, ancora in fase di elaborazione.

[102] V. BONELL, *I principi UNIDROIT 2010: le novità*, in *Dir. comm. int*., 2012, p. 795 ss., a p. 804; ZANOBETTI, *UNIDROIT's Recent Work: An Appraisal*, in *Yearbook of Private International Law*, 2013, p. 345 ss., a p. 355 ss. Successivamente, nell'edizione 2016, il commento all'art. 1.4 è stato aggiornato con riguardo al riferimento alle ICC Ar-

preponderante alla certezza del diritto, in linea con i bisogni degli operatori giuridici ed economici del settore, che, parallelamente, trovano espressione nei limitati interventi di modifica che spesso hanno caratterizzato le successive edizioni degli Incoterms della ICC[103].

Infine, con riferimento alle diverse funzioni cui gli strumenti non vincolanti possono assolvere, si è già avuto modo di rilevare con riguardo alla legge-modello sull'insolvenza in rapporto ai successivi lavori dell'OHADA e dell'UE che l'intervento tramite *soft law* può costituire un primo passo di processi di codificazione a fasi successive. Altre volte, il rapporto con la normativa pattizia si può invece configurare in termini di complementarità. A tale riguardo, è stato evidenziato come nella negoziazione della Convenzione di Cape Town l'esistenza, sullo sfondo, dei Principi UNIDROIT[104] abbia consentito di evitare di addentrarsi in defatiganti discussioni su concetti generali quale quello di "buona fede", diversamente da quanto era avvenuto nell'elaborazione della CISG, col risultato rinvenibile nel suo art. 7, par. 1[105]; per altro verso, il ricorso ai medesimi Principi in funzione interpretativa e integrativa della CISG, cui si è pure accennato, ha consentito alla prassi di colmarne le lacune interne senza far riferimento alla legge individuata dalla normativa di conflitto (art. 7, par. 2, CISG) o, come pure talvolta accade, più semplicemente alla *lex fori*, con evidenti vantaggi in termini di uniformità d'applicazione[106].

Alla luce di tali considerazioni, si ritiene quindi di dover rigettare un'impostazione formalistica della riflessione sulla scelta tra *soft law* e

bitration Rules e facendo menzione dei Principi sulla scelta di legge nei contratti internazionali dell'Aja.

[103] V. TELLARINI, *Gli Incoterms® tra passato e presente: dall'edizione del 2000 alla nuova versione degli Incoterms® 2010 redatta dalla Camera di Commercio Internazionale*, in TELLARINI, TORSELLO (a cura di), *Gli Incoterms® 2010 della Camera di Commercio Internazionale*, Roma, 2012, p. 3 ss., spec. p. 17 ss. in relazione alle principali novità della più recente edizione, sulle quali altresì BORTOLOTTI, *Gli Incoterms® 2010: un aggiornamento nella continuità*, ivi, p. 25 ss.

[104] V. in particolare l'art. 1.7 dei Principles.

[105] V. KRONKE, *Methodical Freedom*, cit., p. 293 ss.; RAMBERG, *UPICC and CISG*, in *Dir. comm. int*., 2012, p. 865 ss., a p. 866 s., per un raffronto tra l'art. 7, par. 1, CISG e l'art.1.7 dei Principi. Cfr. altresì BONELL, *The Law Governing International Commercial Contracts: Hard Law versus Soft Law*, in *Collected Courses*, 2018, vol. 388, p. 9 ss., spec. 36 ss.

[106] Nondimeno, l'interazione tra *soft law* e norme convenzionali non è sempre priva di criticità; v, recentemente, MARSHALL, *The Hague Choice of Law Principles, CISG, and PICC: A Hard Look at a Choice of Soft Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 2018, p. 175 ss., spec. p. 190 ss.

trattato, arroccata sulla considerazione per la quale solo il secondo, in quanto produttivo di obblighi, sarebbe in grado di garantire l'uniformità della disciplina, mentre nel primo caso si perverrebbe semmai a una parziale armonizzazione variabile tanto nell'ambito applicativo quanto nella intensità; tale osservazione, difatti, considerando astrattamente la natura formale degli atti in parola è di per sé ovvia, ma resta al contempo tutta da provare nella sua effettività, ove si consideri che il conseguimento dell'affermata uniformità è condizionato non solo dal numero di Stati che effettivamente decidano di vincolarsi al trattato, ma altresì e in maniera altrettanto significativa dall'applicazione concreta che le norme pattizie ricevono nella prassi[107]. La scelta sembra allora poter più fruttuosamente indirizzarsi considerando, volta per volta, vantaggi e svantaggi dell'una e dell'altra modalità in vista degli specifici obiettivi perseguiti e ammettendo, quindi, che l'orientamento favorevole emerso in seno all'UNCITRAL e all'UNIDROIT, come anche in altre organizzazioni internazionali, rispetto al ricorso agli strumenti di *soft law*, a prescindere dai motivi da cui origina, trovi giustificazione sul piano teorico in una prospettiva funzionale.

7. Segue*: ... e di soluzioni flessibili per quelli vincolanti*

Del resto, la ricerca di diverse modalità di unificazione del diritto materiale non ha condotto all'abbandono dell'accordo quale fonte di regolamentazione; al contrario, rispetto ad esso si sono cercate soluzioni nuove sia attraverso un ripensamento della struttura complessiva degli strumenti che incorporano la normativa pattizia sia sul piano della redazione delle singole previsioni che la compongono. La Convenzione di Cape Town, relativa alle garanzie internazionali su beni mobili strumentali, fornisce ancora una volta un buon esempio rispetto a entrambi i pro-

[107] Significativi, a tale riguardo i dati riportati da BONELL, *The law governing international commercial contracts*, cit., 18 n. 10, sul tasso di *optig-out* dalla CISG nella prassi dei contratti internazionali di vendita. Da una diversa prospettiva, con specifico riferimento (anche) alle leggi modello oggetto di raccomandazione da parte di organi delle organizzazioni internazionale, PENNETTA, *Atti normativi*, in AA.VV., *Diritto delle organizzazioni internazionali*, cit, 2018, p. 249 ss., a p. 272 s., evidenzia come laddove siffatta raccomandazione sia adottata all'unanimità o per *consensus*, essa "rappresenta e presuppone un interesse comune e condiviso, cui coerentemente gli Stati, pur formalmente liberi da una qualsivoglia obbligazione, daranno seguito con relativa frequenza".

fili. Come noto essa si compone di un *corpus* principale di norme, che fornisce la regolamentazione quadro della materia, e di protocolli aggiuntivi (tre al momento) che ne specificano e completano i contenuti in relazione ai diversi tipi di beni cui si riferiscono[108]. La Convenzione non è idonea a funzionare quale strumento autonomo, ma solo congiuntamente a ciascuno dei Protocolli[109]. Questo modello assicura al contempo la specializzazione della disciplina in relazione alle caratteristiche peculiari dei diversi beni contemplati dai protocolli (le cui disposizioni, in caso di contrasto, prevalgono su quelle della Convenzione a titolo di *lex specialis*)[110] e la coerenza del quadro normativo generale, in ragione del sostrato comune fornito dalla Convenzione. Siffatta articolazione risulta per ciò particolarmente interessante sul piano della tecnica di normazione e suscettibile di costituire una fonte di ispirazione persino in ambiti completamente diversi nei quali invece che al trattato si ricorra ad atti normativi di diritto derivato frutto di procedimenti organici, come per esempio nella riflessione sul percorso da seguire per condurre a unità il diritto internazionale privato dell'Unione europea.

La flessibilità di questa articolata architettura consente poi a ciascuno Stato di vincolarsi alla disciplina uniforme solo per la parte di questa rispetto alla quale nutra un reale interesse, senza per ciò dover assumere obblighi di più ampia portata. Detta possibilità ha consentito alla Convenzione e al primo Protocollo, relativo alle attrezzature aeronautiche, di entrare in vigore rapidamente (in meno di 5 anni dall'adozione del testo) e di ottenere poi un ampio successo, senza risentire della evidente minore attrattività dei due successivi Protocolli concernenti, rispettivamente, il materiale rotabile ferroviario e le attrezzature spaziali[111]. Nondimeno,

[108] V. *supra*, n. 51.

[109] V. gli articoli 6, par. 1, e 49 della Convenzione.

[110] Art. 6, par. 2, della Convenzione.

[111] La mancata entrata in vigore di questi non è riconducibile alla loro più recente elaborazione, essendo ormai trascorsi 10 anni dall'adozione del secondo Protocollo e 6 da quella del terzo. Per quanto concerne specificamente il Protocollo sul materiale rotabile ferroviario, si rammenta che l'UE ha provveduto a depositare il proprio strumento di approvazione già nel 2014, senza conseguenze quanto all'entrata in vigore posto che due dei tre Stati che lo hanno ratificato sono membri della stessa (v. art. XXII del Protocollo); nonostante nella decisione 2014/888/UE del Consiglio, del 4 dicembre 2014 (in *GUUE* L 353, 10 dicembre 2014, p. 9) si auspichi la rapida realizzazione delle condizioni d'applicabilità della normativa uniforme (considerando n. 2), nessun altro Stato membro ha sinora depositato il quarto strumento di ratifica che ne consentirebbe l'entrata in vigore.

proprio il differente risultato conseguito dai tre Protocolli potrebbe forse indurre a utilizzare con maggiore prudenza le opportunità offerte da una struttura normativa pur appositamente pensata in vista di una successiva estensione; più specificamente, si sarebbe potuto attendere prima di intraprendere i lavori relativi a un quarto Protocollo – il c.d. "MAC", riguardante i beni mobili strumentali alle attività estrattive, agricole e di costruzione ora in fase di finalizzazione – e di inserire nella programmazione dei lavori, sia pure con priorità bassa, la preparazione di due ulteriori Protocolli, relativi ai materiali navali o connessi ai trasporti marittimi e alle energie rinnovabili[112]. L'impressione è infatti che il progressivo ampliamento del sistema *ratione materiae* sia da imputarsi più a un (comprensibile) tentativo di capitalizzare rapidamente i frutti della innovazione metodologica e del riscontro positivo da questa inizialmente ottenuto che non a una effettiva necessità degli Stati.

Da una diversa prospettiva, l'esperienza relativa al quarto Protocollo ha evidenziato quanto possa essere difficile muoversi, *ex* art. 51 della Convenzione[113], oltre l'ambito individuato dal suo art. 2, par. 3, dove si menzionano i beni contemplati dai primi tre Protocolli. Difatti, l'applicazione di una disciplina pensata per beni che si caratterizzano necessariamente per il valore ingente e per l'intrinseca mobilità, correlata all'uso cui sono adibiti, a tre categorie ulteriori, in ciascuna delle quali si rinvengono beni strumentali strutturalmente destinati ad accedere al suolo o di modesto valore, ha rappresentato una sfida, in primo luogo sul piano definitorio. Il problema della loro identificazione, come già accennato, è stato risolto facendo riferimento all'*HS System*[114] e compilando tre differenti annessi in cui vengono elencati, per ciascun ambito materiale, i codici corrispondenti ai beni rilevanti. Agli Stati sarà quindi data la possibilità di limitare l'applicazione della disciplina uniforme a quelli compresi in una o più liste[115]. Si prefigura così un'ulteriore ramificazione del sistema, col rischio che questo da utilmente flessibile diventi troppo

[112] Sull'andamento di tali lavori, cfr. l'*Annual Report* – 2017, doc. 2018 C.D. (97) 2, p. 14 s.

[113] Ai sensi di tale disposizione l'UNIDROIT, ove ritenga appropriato, anche in cooperazione con organizzazioni non governative, può creare gruppi di lavoro per valutare la possibilità di estendere l'applicazione della Convenzione, attraverso il descritto sistema dei protocolli aggiuntivi, a beni che rientrano in categorie di beni mobili strumentali di elevato valore diverse da quelle cui fa riferimento il par. 3 dell'art. 2.

[114] V. *supra*, n. 79 e testo corrispondente.

[115] Art. II, par. 3, del draft doc. Study 72K – DC–Doc. 3, cit., n. 72.

complesso e che il suo valore si riduca a quello di un esercizio di ingegneria legislativa interessante sotto il profilo scientifico[116].

Scendendo dal livello della struttura degli strumenti pattizi alle specifiche disposizioni, anche la progressiva adozione di quello che è stato definito un "approccio funzionale", che consiste nell'identificarne l'ambito di applicazione focalizzando l'attenzione sugli effetti che l'atto giuridico produce piuttosto che attraverso definizioni astratte degli istituti cui si intende fare riferimento[117], appare finalizzata a incentivare la partecipazione degli Stati, ma in questo caso agevolando il recepimento della normativa uniforme. A tale riguardo l'evoluzione, nell'ambito degli strumenti UNIDROIT, risulta evidente comparando la Convenzione di Città del Capo e la successiva Convenzione di Ginevra recante una disciplina sostanziale per le garanzie detenute da un intermediario[118]; mentre, infatti, nella prima per la individuazione della "garanzia internazionale" a un approccio funzionale puro di impronta statunitense è stata preferita l'indicazione di tre (ampie) categorie negoziali, lasciando poi alla legge applicabile il compito di qualificare il rapporto secondo i propri criteri[119], nella seconda si è fatta una scelta decisa e consapevole in favore del suddetto approccio al fine di permettere il raggiungimento di risultati pratici nel pieno rispetto delle regolamentazioni nazionali e delle differenti tradizioni giuridiche[120]. L'adozione di tale seconda tecnica è certamente da preferire, pur non essendo risultata, nel caso di specie, sufficiente a determinare l'entrata in vigore dello strumento.

Ugualmente apprezzabile è la scelta di abbandonare il riferimento alla internazionalità o transnazionalità della fattispecie quale condizione

[116] Sulle difficoltà emerse nella realizzazione di tale progetto v., ampiamente, RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALEL, *Complexities arising from the expansion of the Cape Town Convention to other sectors: the MAC Protocol's challenges and innovative solutions,* in *Uniform Law Review*, 2018, p. 1 ss.

[117] V. KANDA, *Methodology for harmonization of legal rules on secured transactions: legal, functional, or otherwise?*, ivi, 2017, p. 885 ss., spec. p. 886 s.

[118] UNIDROIT Convention on substantive rules for intermediated securities 2009, cit.

[119] V. art. 2, par. 2, e art. 4 della Convenzione. Su tale scelta e sul ruolo che gli Stati dell'Europa continentale hanno avuto nella decisione di scartare l'approccio funzionale fatto proprio dalla normativa canadese oltre che statunitense, v. GOODE, *Security Interests in Mobile Equipment: Lawmaking Lessons from the Cape Town Convention*, in *Adelaide Law Review*, 2014, p. 59 ss., p. 63.

[120] Così nella *UNIDROIT Legislative Guide on Intermediated Securities*, adottata dal Governing Council, 96° sessione, 10-12 maggio 2017, p. 30 s.

per l'applicazione della normativa uniforme; è questa una caratteristica che accomuna le due Convenzioni da ultimo menzionate e che, almeno per quanto riguarda quella di Città del Capo, sembra aver trovato un riscontro positivo, posto che solo 5 Stati contraenti[121], sui 77 complessivi, si sono avvalsi della possibilità di escluderne l'applicazione ai rapporti qualificabili come "interni" secondo quanto dispone l'art. 50. Del resto, la soluzione che valorizza la potenziale internazionalità della fattispecie sembra più confacente alle dinamiche attuali delle relazioni economiche tra privati ed è fatta propria anche dagli Incoterms della ICC[122]. Oltre a determinare in via generale una semplificazione sul piano applicativo della normativa uniforme, detta scelta sembra addirittura imporsi come necessaria nei settori più esposti alla possibilità di ricorso a sistemi elettronici di comunicazione/negoziazione; risulta di conseguenza troppo conservatrice la norma di cui all'art. 1 della Convenzione di New York sull'uso delle comunicazioni elettroniche nei contratti commerciali, che, confermando l'impostazione della CISG, ne rafforza ulteriormente gli effetti limitativi dando rilievo al manifestarsi dell'elemento di internazionalità nel contratto o in fase di negoziazione; la previsione pare poi ancor meno giustificata ove si consideri che la disciplina convenzionale non trova applicazione in relazione ai contratti di consumo per scopi personali[123].

Tale ultima Convenzione risulta nondimeno un buon esempio di una ulteriore necessità determinata dall'evolversi della tecnologia e prontamente colta dalla normativa internazionale di diritto materiale uniforme, ossia quella della neutralità tecnologica, perseguita attraverso il principio della equivalenza funzionale, secondo cui l'idoneità del mezzo di comunicazione/registrazione viene valutata in base agli scopi perseguiti e agli effetti che l'uso di una specifica modalità produce rispetto alla loro realizzazione. Si tratta in questo caso di garantire l'adeguatezza della disciplina a fronte di mutamenti la cui incidenza non sempre è immediatamente apprezzabile al momento della redazione delle norme. In questa

[121] Segnatamente, Cina, Messico, Panama, Turchia e Ucraina, secondo quanto risulta dallo *status report* pubblicato sul sito Internet dell'UNIDROIT, visitato il 25 settembre 2018.

[122] V. ICC, *Incoterms® 2010. Introduction*, par. 3, https://cdn.Iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2010/01/ICC-Introduction-to-the-Incoterms-2010.pdf, visitato il 25 settembre 2018.

[123] Convention on the Use of Electronic Communications in International Contract, del 2005, (v. UN doc. A/RES/60/21, 23 novembre 2005).

direzione si pone anche la Convenzione UNIDROIT sulle garanzie detenute da un intermediario, i cui principi, si ha cura di specificare nella guida legislativa, devono (e possono, pertanto) applicarsi anche ai sistemi basati sulla c.d. "distributed ledger technology"[124], evidenziando una tendenza che ha trovato ulteriore conferma, sia pure nel diverso contesto degli strumenti non vincolanti, nella legge-modello UNCITRAL relativa alle operazioni garantite[125], precisamente nell'art. 18, par. 1, relativo all'opponibilità a terzi del vincolo derivante da garanzia, redatto in termini tali da poter comprendere sia i registri fisici, sia quelli elettronici e altresì i registri diffusi, come nel caso delle *blockchain*.

8. Le questioni aperte e le prospettive future

Dal quadro tratteggiato emerge come le organizzazioni internazionali, artefici dei primi tentativi di codificazione del diritto materiale uniforme, non si siano affatto rassegnate alla frammentarietà, lacunosità e incoerenza della normativa di origine internazionale ma, al contrario, abbiano posto in essere, a diversi livelli, molteplici iniziative volte a risolvere tali criticità. Al contempo, è evidente che dette azioni non sempre hanno ottenuto i risultati auspicati. I motivi sono senz'altro vari, ma gli esempi proposti mettono in luce che due elementi, in particolare, incidono negativamente rispetto alla esigenza, fortemente avvertita, di un più efficace coordinamento tra i diversi enti e organizzazioni attivi nel settore. Anzitutto, il fatto che tale coordinamento sia rimesso alla volontà di soggetti che si pongono su di un piano paritario[126], talvolta particolarmente inclini a proteggere il proprio ambito di competenza da indebite intrusioni; sicché, la cooperazione, se talvolta ha consentito un migliore riparto del lavoro, in alcuni casi ha invece assunto le forme di un artificioso "regolamento di confini" e favorito una parcellizzazione dell'attività normativa. In secondo luogo, tutte le organizzazioni internazionali soffrono di una cronica carenza di risorse economiche; questo si riverbera inevitabilmente sia sulle attività di supporto e assistenza tecnica, sia sulla possibilità di portare a termine in tempi ragionevolmente

[124] V. *UNIDROIT Legislative Guide on Intermediated Securities*, cit., p. 31.
[125] V. *supra*, n. 30.
[126] Cfr. ESTRELLA FARIA, *The Relationships*, cit., pp. 277-278.

brevi i progetti intrapresi rispetto all'adozione di nuovi atti o alla modernizzazione di quelli esistenti.

Tra le soluzioni suggerite, si rinvengono proposte nel senso della istituzionalizzazione dei momenti di coordinamento, dell'attribuzione di poteri di indirizzo più stringenti all'UNCITRAL, di una riduzione del numero delle organizzazioni internazionali e di una sensibilizzazione degli Stati rispetto al problema delle risorse[127]. La prima, che riprende una tendenza, già ravvisabile nella prassi negli incontri periodici tra i Segretariati, alla luce dell'esperienza sin qui maturata, non pare poter essere da sola sufficientemente incisiva. La seconda e la terza, pur diverse, sembrano in eguale misura difficilmente realizzabili, quantomeno a breve termine: la revisione complessiva degli strumenti giuridici da cui origina l'attuale assetto istituzionale a tali fini necessaria richiederebbe infatti una convergenza di consensi a livello politico della quale attualmente non si intravedono indizi. Tutte e tre colgono nondimeno nel segno laddove consentono di mettere in luce quello che pare il difetto originario del disegno prefigurato con l'istituzione dell'UNCITRAL, ossia l'attribuzione alla Commissione di compiti di produzione normativa[128]. Non solo, infatti, tale scelta si poneva, sin dal principio, in contrasto con l'idea di razionalizzazione sottesa alla decisione istitutiva, ma ha impedito all'UNCITRAL di proporsi come interlocutore imparziale nel dialogo con le altre organizzazioni, rispetto alle quali si pone inevitabilmente in concorrenza. Ne è in tal modo risultata pregiudicata l'azione della Commissione quanto all'assolvimento dei compiti di coordinamento e supporto che avrebbero invece dovuto costituire il fulcro della sua azione. Inoltre, se la collocazione della Commissione nell'ambito delle Nazioni Unite ha certamente agevolato l'accesso di un considerevole numero di Paesi al processo di codificazione, allo stesso tempo è plausibile che proprio l'esistenza di una istituzione alternativa all'UNIDROIT abbia influito negativamente sulla possibilità per quest'ultima di realizzare appieno la propria vocazione universale. Se quindi si determinassero le condizioni per cambiamenti a livello istituzionale, parrebbe preferibile un intervento inteso a limitare le attribuzioni dell'UNCITRAL ai menzionati compiti di coordinamento e supporto e a istituire un collegamento

[127] V. GABRIEL, *Introduction to the Symposium*, in *Loyola Law Review*, 2005, p. 223 ss., per una sintesi delle soluzioni suggerite nel convegno sull'UNIDROIT tenutosi nel 2005 presso la Loyola University.

[128] UN doc. A/RES/2205(XXI), cit., art. II, par. 8, lett. *c*).

tra l'UNIDROIT e l'ONU secondo il modello dell'agenzia specializzata che si è rilevato proficuo, sotto il profilo dell'ampliamento della partecipazione, per altre organizzazioni. Del resto, poiché "le radici dell'UNIDROIT affondano nella storia della Lega delle Nazioni"[129], non si tratterebbe che di un ritorno alle origini. È ben vero che proprio le difficoltà connesse agli anni iniziali della sua attività hanno indotto l'UNIDROIT a valorizzare la propria indipendenza sul piano politico quale fattore che consente un miglior risultato sotto il profilo della qualità della normativa, ma, forse, le peculiarità della materia e gli sviluppi che l'hanno interessata anche rispetto all'ampio ricorso a strumenti non vincolanti consentirebbero oggi all'Istituto di mantenere comunque quell'approccio tecnico all'armonizzazione o unificazione che viene considerato il suo tratto caratterizzante[130].

Rispetto, infine, alla questione delle risorse, l'ipotesi di persuadere gli Stati a incrementare la contribuzione pare addirittura fantasiosa alla luce dell'accoglienza riservata nel 2002 all'appello in questa direzione di Svizzera e Cina rispetto al finanziamento dell'UNIDROIT, rimasto del tutto inascoltato[131]. Forse, invece, sarebbe opportuna una riflessione sulla allocazione dei fondi. Si è infatti rilevato quanto l'attività di supporto al legislatore nazionale, in fase di adattamento dell'ordinamento interno, e all'operatore giuridico o ai privati che si trovino ad applicare le norme materiali uniformi sia essenziale e, al contempo, come ciò non trovi riscontro nelle previsioni di bilancio dei diversi organismi, tanto da basarsi in maniera significativa se non anche totalmente su contributi volontari. Si riscontra quindi una evidente contraddizione tra l'importanza che le

[129] Così DE SERPA SOARES (Consigliere giuridico dell'ONU e Sotto-segretario agli affari legali), nel discorso *Practising International Law at the United Nations* tenuto in occasione del 90° anniversario dell'UNIDROIT, Roma, 15 aprile 2016, http://legal.un.org/ola/media/info_from_lc/mss/speeches/MSS_UNIDROIT_Rome-15-April-2016.pdf, visitato il 25 settembre 2018, p. 1. Nello stesso intervento (p. 2 s.), si ricorda che inizialmente i frequenti rapporti UNIDROIT-NU erano regolati sulla base di un accordo (del 1959) e come invece con l'istituzione dell'UNCITRAL – "which is the core legal body in the United Nations system in many of the areas most relevant to UNIDROIT" – siano stati intrattenuti essenzialmente con la Commissione.

[130] Si tratta di un approccio che l'UNIDROIT considera essenziale per la sua azione, alla luce del quale SUCHARIKTUL, *Unification of Private Law and Codification of International Law*, in *Uniform Law Review*, 1998, p. 693 ss., spec. p. 698 s., propone un parallelo tra il metodo di lavoro dell'UNIDROIT e quello seguito dalla International Law Commission.

[131] Lo riporta KRONKE, *Methodical Freedom*, cit., p. 297; il resoconto della riunione cui fa riferimento l'autore non risulta edito.

organizzazioni internazionali e gli stessi Stati riconoscono alla necessità di impegnarsi su tale versante e le scelte di spesa, che paiono invece favorire in maniera decisa l'attività di produzione normativa. Di una redistribuzione potrebbe del resto beneficiare indirettamente anche quest'ultima, giacché subordinando, almeno in parte, la decisione di intraprendere studi e negoziati in vista dell'adozione di nuovo strumento alla contribuzione volontaria si imporrebbe una più attenta valutazione dell'effettiva necessità dell'intervento normativo, a cui potrebbe conseguire, nel caso in cui questo fosse effettivamente attuato, una effettiva disponibilità in fase di conclusione dell'accordo o di recepimento della disciplina non vincolante.

Per quanto invece attiene alle tecniche normative, la sperimentazione pare ricca di spunti per un ulteriore sviluppo del diritto materiale uniforme. Tuttavia, ancora non si sono trovati meccanismi pienamente efficaci rispetto al problema della obsolescenza della disciplina, in particolar modo di quella pattizia. Si conferma infatti una tendenza a limitare il ricorso a procedimenti semplificati di revisione all'aggiornamento periodico di elementi specifici, quali i limiti risarcitori nel diritto dei trasporti[132], riprendendo a tal fine modelli già sperimentati in passato nell'ambito della collaborazione tecnica/ amministrativa. Anche la procedura di revisione prevista per la Convenzione di Cape Town[133] – strumento che si è qui più volte menzionato quale esempio di innovazione metodologica – pur presentandosi particolarmente articolata non preclude la possibilità di una contemporanea vigenza della versione originale del trattato e delle eventuali successive modifiche e lascia così aperta la strada a quel fenomeno di stratificazione del quale già si è avuto modo di verificare gli effetti deleteri. Volgendo poi lo sguardo ai lavori relativi al Protocollo MAC, si rileva che proprio sulla questione dell'aggiornamento degli annessi, imprescindibile al fine di mantenerne il parallelismo con l'HS System da cui i codici identificativi dei beni sono mutuati,

[132] Cfr. l'art. 24 della Convenzione di Montreal del 1999, cit. Per contro, l'introduzione nelle "Rotterdam Rules", cit. di una apposita procedura agevolata per gli emendamenti relativi ai limiti di responsabilità è stata esclusa all'esito del negoziato; cfr. *UNCITRAL Consolidated Official Reports on the Preparation of the United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea ("The Rotterdam Rules")*, p. 790 ss., da cui si evince che la proposta è stata, per così dire, sacrificata in favore del compromesso sulla disciplina dei suddetti limiti.

[133] Se ne veda l'art. 61.

non si è ancora raggiunto un consenso[134]. Il mancato progresso sotto questo profilo pone in evidenza una resistenza da parte degli Stati nel muovere verso meccanismi che deviino dalle regole consuetudinarie sugli emendamenti ai trattati multilaterali che dovrebbe essere contrastata con decisione. Difatti, da un lato, non può essere certo considerata di per sé risolutiva l'attenzione per la neutralità tecnologica, cui s'è fatto cenno, posto che i mutamenti che si riverberano sull'adeguatezza della disciplina non sono esclusivamente da imputarsi o connessi all'evolversi delle tecnologie; dall'altro, la persistenza del problema potrebbe indurre a ripiegare su soluzioni di *soft law* anche laddove lo scopo dell'atto non giustifichi tale scelta e vi siano effettivamente i presupposti per dar vita a una disciplina vincolante.

Senza voler ipotizzare soluzioni estreme, un primo passo potrebbe essere compiuto prendendo a modello il sistema OTIF, quale risulta a seguito del Protocollo di Vilnius del 1999[135], dove si prevede, da un lato, un procedimento semplificato di modifica valevole per specifici articoli della Convenzione e per le appendici, mentre la regola generale ai sensi della quale è sufficiente, per l'entrata in vigore degli emendamenti al testo della Convenzione, di un numero di ratifiche pari ai due terzi degli Stati parte viene temperata consentendo allo Stato dissenziente di non essere vincolato alle modifiche in forza di una dichiarazione espressa in tal senso, in mancanza della quale si producono, per contro, gli effetti di un silenzio-assenso. D'altra parte, volendo attingere ad altri settori del diritto internazionale, gli esempi di meccanismi analoghi non mancano[136], né pare che sussistano ostacoli a una loro considerazione ai fini dell'aggiornamento dei trattati di diritto materiale uniforme diversi da quelli riconducibili alla (mancanza di) volontà degli Stati contraenti; difatti, l'inscindibile relazione tra la codificazione della materia e il fenomeno dell'organizzazione internazionale renderebbe agevole ipotizzare finanche procedimenti di revisione completamente organici, assistiti da adeguate regole di integrazione della partecipazione laddove, come il più

[134] V. Study 72K – DC–Doc. 3, cit., art. XXXIII.

[135] Protocol of 3 June 1999 for the Modification of the Convention concerning International Carriage by Rail (COTIF) of 9 May 1980 (https://otif.org/en/, visitato il 25 settembre 2018)

[136] V. BASEDOW, *International Economic Law and Commercial contacts: promoting cross-border trade by uniform law*, in *Uniform Law Review*, 2018, p. 1 ss., pp. 12-13.

delle volte accade, il trattato sia aperto anche a Stati non membri dell'organizzazione[137].

Infine, a conclusione dei rilievi svolti, pare opportuno ritornare sull'interrogativo circa l'utilità di profondere ulteriori energie nel tentativo di correggere le carenze che si sono mano a mano evidenziate nel processo di codificazione del diritto materiale uniforme, ossia sul dibattito relativo al rapporto costi-benefici che accompagna detto processo sin dalle sue origini. Non volendo mettere in discussione più in generale i benefici della unificazione di alcuni aspetti della disciplina dei rapporti privatistici a carattere internazionale – e semmai con la preoccupazione che l'emergere di una ostilità crescente verso il multilateralismo, a essa necessario, possa portare anche a ciò – tale quesito si riduce a una riproposizione dell'alternativa tra l'unificazione delle norme strumentali di diritto internazionale privato e quella delle norme sostanziali in una prospettiva di razionalizzazione degli sforzi e dei risultati.

A tal proposito, due elementi paiono dover essere messi in luce: il primo attiene al fatto che le ravvisate difficoltà nella cooperazione internazionale – come traspare anche dai pochi cenni qui fatti all'attività della Conferenza dell'Aja – interessano entrambi gli ambiti in eguale misura e non risultano quindi decisive rispetto alla scelta tra le due opzioni; il secondo, più rilevante, riguarda invece l'affermazione della complementarità dell'unificazione delle norme materiali e di quelle strumentali che domina il dibattito metodologico. L'analisi condotta ha infatti evidenziato come il principio del c.d. "approccio integrato" in cui detta complementarità trova realizzazione sia stato talvolta oggetto di una strumentalizzazione volta a giustificare, perlopiù *a posteriori*, un sovrapporsi di iniziative e una moltiplicazione di testi normativi frutto in realtà della mancanza di un progetto unitario[138]. Siffatta strumentalizzazione trova poi indirettamente una legittimazione ogni qual volta, *de iure condendo*, il summenzionato principio metodologico viene evocato quale formula di per sé risolutiva, senza indicare come e rispetto a quali profili di una

[137] A tale scopo era volta la proposta di cui all'art. 104, par. 2, quale risultava nel UN doc. A/CN.9/WG.III/WP.77, relativa alla introduzione nelle "Rotterdam Rules", cit., di una disciplina speciale di modifica, poi non accolta, che aveva dato adito a obiezioni anche in relazione alla composizione della conferenza diplomatica da convocarsi allo scopo; cfr. *UNCITRAL Consolidated Official Reports on the Preparation of the United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, cit., p. 793.

[138] V. *supra*, par. 3.

materia le due discipline possano reciprocamente integrarsi e se ciò debba avvenire necessariamente sul piano internazionale o piuttosto riservando a tale scopo un ruolo al diritto interno.

Al fine di dar vita a un quadro normativo coerente, il riconoscimento della complementarità tra le due forme di unificazione pare imporre, al contrario, una scelta consapevole rispetto alle modalità verso la quali indirizzare la cooperazione internazionale, in ragione delle peculiarità del settore di intervento. In tal senso, già a fine Ottocento, autorevole dottrina, pur giudicando utopistica l'idea di una codificazione generale del diritto civile e indicando quindi nella pattuizione di norme di conflitto uniformi la via maestra, non esitava a esplicitare e specificare le ragioni di una diversa scelta per alcune materie, segnatamente il diritto marittimo e quello commerciale, rispetto alle quali si sarebbe potuto ambire alla unificazione della disciplina materiale "à cause de leur caractère essentiellement international et universel"[139].

Quasi un secolo e mezzo dopo, tale insegnamento conserva intatta la sua attualità anche quanto ai criteri che debbono orientare la scelta. Non sfugge infatti nemmeno a un'osservazione superficiale in che misura il progresso tecnologico abbia modificato il contesto delle relazioni socio-economiche favorendo l'emergere di modalità negoziali, in particolare attraverso gli strumenti della trasmissione di dati in rete[140], specificamente intese ad agevolare il superamento dei confini nazionali[141]. Si presentano quindi – e, plausibilmente, sia pur in misura non ancora pronosticabile, si presenteranno – con sempre maggiore frequenza fattispecie che paiono eludere ogni tentativo di localizzazione spaziale, non perché non

[139] MANCINI, *De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les États, sous la forme d'un o de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales di Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre le différentes législations civiles et criminelles*, in *Journal du Droit international privé et de la jurisprudence comparée*, 1874, p. 221 ss., a p. 227.

[140] Con specifico riferimento all'intermediazione in relazione alle garanzie finanziarie, settore esemplare rispetto alla questione della proliferazione normativa, v. DE VAUPLANE, *Blockchain and intermediated securities*, in *Nederlands Internationaal Privatrecht*, 2018, p. 94 ss., spec. p. 102 s.

[141] La portata di tale fenomeno ha aperto del resto una riflessione anche su concetti cardine del diritto internazionale; cfr. S. MANSKI, B. MANSKI, *No Gods, No Masters, No Coders? The Future of Sovereignty in a Blockchain World*, in *Law and Critique*, 2018, p. 151 ss. Da una diversa prospettiva, è opportuno ricordare gli effetti che l'evolversi delle tecnologie riverbera altresì sulle modalità di soluzione delle controversie; cfr. CALLIES, HEETKAMP, *Online dispute resolution*, in *Encyclopedia*, cit., p. 1314 ss., spec. p. 1321 s. per quanto concerne l'attività dell'UNCITRAL in tale settore.

possa essere individuato un collegamento di tipo territoriale, ma in quanto detta localizzazione non risulta significativa rispetto all'assetto dei rapporti tra le parti. Di conseguenza, in tali casi il ricorso alla norma di conflitto si giustificherebbe semmai ove preordinata alla realizzazione di un obiettivo materiale che, d'altro canto, può ugualmente essere conseguito, in maniera parrebbe più immediata, intervenendo direttamente sul piano del diritto sostanziale. Sicché, per quanto attiene specificamente ai rapporti economici che si sviluppano attraverso siffatte tecnologie, così come in tutti i settori cui si debba riconoscere un carattere "essenzialmente internazionale", la via della codificazione del diritto materiale uniforme non solo può essere utilmente percorsa, ma anzi, come avvenuto nel secolo scorso, si ritiene debba essere preferita e intrapresa con convinzione[142].

[142] Il tema è stato oggetto di specifica attenzione in occasione del 50° anniversario dell'UNCITRAL, nel convegno tenutosi a Vienna il 4-6 luglio 2017; v., anche per ulteriori indicazioni, HARRINGTON, *News from the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL): the work of the fiftieth Commission session*, in *Uniform Law Review*, 2017, p. 996 ss., p. 1005.

LA CODIFICAZIONE NELL'UNIONE EUROPEA ATTRAVERSO I PRINCIPI DI DEMOCRAZIA, EFFICACIA E TRASPARENZA

Ennio TRIGGIANI*

SOMMARIO: 1. La codificazione nell'Unione europea rispetto ai processi di produzione normativa. – 2. *Segue*: … e rispetto alla riforma della struttura ammnistrativa. – 3. La base giuridica per lo sviluppo di una codificazione dei procedimenti amministrativi costituita dall'art. 298 TFUE e la proposta ReNEUAL. – 4. Il contributo della Corte di giustizia nell'individuazione dei principi giuridici a fondamento dell'azione amministrativa europea. – 5. La proposta di regolamento per un'amministrazione dell'Unione europea aperta, efficace e indipendente. – 6. Il "codice europeo" come strumento di unificazione politica?

1. La codificazione nell'Unione europea rispetto ai processi di produzione normativa

Parlare di "codificazione" nel sistema dell'Unione europea significa riferirsi ad una pluralità di circostanze e modalità nonché alla particolare natura del processo d'integrazione europea e alle specifiche caratteristiche del suo apparato amministrativo. Essa, quale forma storica di legislazione, comporta sia un'opera di razionalizzazione e riordino della *normazione e dei processi di produzione normativa*, sia un'ampia *riforma dell'amministrazione*. Entrambi tali aspetti, d'altronde, sono gradualmente separati ma non indistinti anche a motivo della rapidissima evoluzione dell'integrazione europea[1].

Sotto il primo profilo, il costante aumento delle competenze dell'Unione ha determinato la necessità di semplificare e rendere più comprensibile e razionale la pluralità di interventi normativi che si accavallavano nel corso del tempo e insistenti nello stesso ambito materiale. Il processo di codificazione si limita inizialmente alla dimensione più

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Bari "Aldo Moro".

[1] V. DELLA CANANEA, FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2017, p. 35.

propriamente mercantile, affidando alle singole legislazioni nazionali la tutela delle posizioni soggettive riconducibili a beni non appropriabili[2].

D'altronde, la realizzazione del mercato interno comporta già di per sé una semplificazione perché sostituisce con una norma comunitaria una serie di norme nazionali anche grazie all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento. Si opera dapprima, cioè, in chiave giuridica la scissione tra interessi di segno economico e interessi di altra natura che sarà spesso la giurisprudenza della Corte di giustizia a riqualificare in maniera più attenta ai diritti della persona. Progressivamente si assiste ad una vera e propria discontinuità rispetto all'assetto iniziale attraverso l'emergere di valori in parte irriducibili alle mere logiche di mercato. Si pensi, in proposito, alle sentenze concernenti l'arricchimento della libera circolazione dei lavoratori con profili di carattere squisitamente sociali, restituendo unitarietà alla persona che si sposta da un Paese all'altro in cerca di lavoro, nonché più complessivamente al rapporto tra la tutela delle libertà del mercato e quella dei principi sociali.

La codificazione, in questo mutato contesto, appare pertanto come un elemento essenziale nella transizione dall'Europa del mercato all'Europa dei diritti, proiettando in una nuova dimensione l'antica funzione del codice come strumento di unificazione politica, anche se si tratta di un obiettivo eventualmente raggiungibile attraverso scenari e percorsi diversi da quelli tradizionali ed in buona parte tutti da scoprire[3]. Il processo di codificazione, in altri termini, se trova la sua genesi nell'idea di tradurre in principi il diritto di un popolo, riassumendolo in un testo il più possibile coerente e completo[4], ha la necessità di coniugarsi, nella particolare dimensione di un'integrazione caratterizzata dall'esistenza di più popoli, con la ricerca di più forti e nuovi elementi unificanti.

La possibile criticità del ragionamento è peraltro legata alla circostanza che l'idea della codificazione è stata strettamente associata alla nascita dello Stato sovrano moderno, che esercita un controllo esclusivo sul processo legislativo, costituendo un simbolo forte della nazione unica ed indivisa e dell'unità politica (ciò è particolarmente evidente nel caso dell'Italia e della Germania)[5]. Nelle parole del principale redattore del

[2] V. LIPARI, *La codificazione nella stagione della globalizzazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2015, p. 873.

[3] RODOTÀ, *Il Codice civile e il processo costituente europeo*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2005, p. 28.

[4] CARLEO, *Codici di settore*, in *Enciclopedia Treccani XXI Secolo*, 2009.

[5] Cfr. WILLOWEIT, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, München, 2009, p. 152 ss.

Code civil, Jean-Étienne Marie Portalis, l'obiettivo consisteva nell'assicurarsi che non ci fossero più bretoni, alsaziani o provenzali ma solamente francesi[6]. Il sistema del diritto codificato moderno ha inizio soltanto con l'avvento degli Stati nazionali e assume rilievo soprattutto in quelli caratterizzati da una più forte vocazione centralista, manifestandosi in particolar modo attraverso l'adozione dei cinque codici (civile, di procedura civile, penale, di procedura penale, di commercio) maturati in seguito alla Rivoluzione francese. Il legislatore esprime, attraverso il codice, un disegno coeso e razionale ma non fotografa l'esistente in quanto lo prefigura.

È comunque indubbio che il diritto europeo, cominciando ad occupare progressivamente ed in maniera sempre maggiore spazi tradizionalmente coperti dall'azione legislativa nazionale, pone in termini più pressanti la necessità di introdurre forme e strumenti di razionalizzazione dell'impianto normativo; questi sono diretti a semplificare e chiarire i relativi contenuti al fine di renderli più comprensibili e accessibili ai cittadini favorendo, così, la possibilità di ottenerne la tutela. Non a caso, la Commissione apre ogni sua Relazione relativa alle varie proposte di regolamento con finalità di codificazione con l'ormai rituale enunciazione "Nel contesto dell'Europa dei cittadini, la Commissione europea attribuisce grande importanza alla semplificazione e alla chiara formulazione della normativa dell'Unione, affinché diventi più comprensibile e accessibile ai cittadini, offrendo loro nuove possibilità di far valere i diritti che la normativa sancisce. Questo obiettivo non può essere realizzato fintanto che le innumerevoli disposizioni, modificate a più riprese e spesso in modo sostanziale, rimangono sparse, costringendo chi le voglia consultare a ricercarle sia nell'atto originario sia negli atti di modifica. L'individuazione delle norme vigenti richiede pertanto un notevole impegno di ricerca e di comparazione dei diversi atti. Per tale motivo è indispensabile codificare le disposizioni che hanno subito frequenti modifiche, se si vuole che la normativa dell'Unione sia chiara e trasparente".

Certo un sistema che appesantisce i suoi due Trattati base con ben 37 Protocolli e 65 Dichiarazioni non sembra favorire né chiarezza né trasparenza. La codificazione del diritto "comunitario" [7] è comunque particolarmente utile, visto il numero elevato di variazioni che quest'ultimo subisce, più di quanto avvenga nelle normative nazionali. Ogni atto è

[6] CHATEIGNER, *Code civil français: discours et exposé des motifs*, Bruxelles, 1803-1804, p. 497.

[7] Nel testo sarà frequentemente usato il termine comunitario, anche se formalmente non più corretto, per evidente comodità e personale preferenza.

modificato in media 10 volte (nel campo agricolo si raggiunge una media di 30, e ci sono casi in cui le modifiche sono più di 70).

Tale codificazione può assumere forme e modalità diverse. Essa può consistere nella riunificazione in un solo atto giuridico e in ogni lingua ufficiale di un atto di base e di tutte le sue modifiche con l'intesa che il nuovo testo codificato abroghi tutti i precedenti (*costitutiva*), o si limiti a mere correzioni formali conseguendo l'obiettivo di un coordinamento sistematico. Si opera poi una distinzione tra *codificazione verticale (diacronica*), che riunifica testi che si sono succeduti nel tempo sullo stesso oggetto, e *codificazione orizzontale*, che riunifica in un testo più ampio vari testi che disciplinavano parti di tale oggetto. La locuzione *rifusione*, invece, per come usata nei testi dell'Unione, è quell'atto che riunifica e sostituisce i precedenti apportando alle norme in essi contenute tutte le modificazioni sostanziali che appaiono opportune[8]. Infine, per *consolidazione o consolidamento* si intende il testo unico meramente compilativo, redatto dagli Uffici e reso ufficiale dalla Commissione. Questo però non sostituisce e non può sostituire gli atti riunificati cosicché, in caso di divergenza, essi continuano a prevalere. Il testo consolidato non ha tuttavia valore giuridico e non conduce all'abrogazione dell'atto giuridico di base e delle sue modifiche. Il consolidamento ha quindi una funzione informativa ma svolge a tal titolo un ruolo prezioso per gli utenti del diritto comunitario e serve di base per la codificazione vera e propria.

Questa, nel raggruppare più atti normativi in un unico testo, emerge, pertanto, come il metodo migliore per potenziare l'accessibilità, la chiarezza e la trasparenza della legge. Si tratta, comunque, di un lavoro abbastanza complesso anche considerato che quasi sempre ci si trova dinanzi a materie le quali, in una Unione in continuo sviluppo, non sono mai statiche (la Commissione stessa si trova spesso nella condizione di dover a volte proporre nuove modifiche di atti già in corso di codificazione, che va quindi riformulata). Per superare le suddette difficoltà, il 20 dicembre 1994 era stato stipulato un accordo interistituzionale tra Parlamento, Consiglio e Commissione su un metodo di lavoro accelerato per la codificazione dei testi legislativi e fu altresì costituito nell'ambito del Consiglio un apposito *Gruppo* "*Codificazione legislativa*".

Tale ponderosa attività di sistemazione legislativa si è tradotta, talvolta, in interventi specifici significativi, partendo dal regolamento 1182/71 che stabiliva le norme applicabili ai periodi di tempo, alle date e

[8] Importante esempio è il regolamento 952/2013 del 9 ottobre 2013 che, proprio quale "rifusione", ha modificato le precedenti versioni "per ragioni di chiarezza" e per renderlo coerente con il TFUE (*GUUE* L 269, 10 ottobre 2013, p. 1).

ai termini degli atti delle istituzioni. Considerevole è, ovviamente, il *Codice doganale comunitario* adottato nel 1992 proprio considerato che necessita riunire "le disposizioni del diritto doganale attualmente disperse in un gran numero di regolamenti e direttive comunitarie; che questo compito è particolarmente importante in vista del mercato interno"[9].

Si pensi soprattutto, per gli esempi più recenti, al regolamento 492/2011 del 5 aprile 2011 relativo alla *libera circolazione dei lavoratori* all'interno dell'Unione (codificazione) rispetto alle numerose e sostanziali modifiche del n. 1612/68; al regolamento 2016/399 del 9 marzo 2016 che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (*codice frontiere Schengen*); al regolamento 2017/1001 del 14 giugno 2017 sul *marchio* dell'Unione europea (codificazione), diretto a meglio garantire la coesistenza e la complementarità tra il sistema del marchio dell'Unione e i sistemi nazionali; alle direttive 2011/35 del 5 aprile 2011, vera e propria misura di coordinamento delle disposizioni legislative regolamentari e amministrative vigenti nei singoli Stati membri in materia di *fusione delle società per azioni*, e 2017/1132 del 14 giugno 2017 relativa ad alcuni aspetti di *diritto societario* le quali codificano espressamente le norme esistenti. Non può non ricordarsi, inoltre, l'opera di codificazione realizzata in materia di *appalti* principalmente a partire dalle riforme legate alle direttive soprattutto di terza (2004/18 e 2004/17) e quarta generazione (2014/23, 2014/24, 2014/25) con il riconoscimento strumentale dei contratti pubblici e l'intervento del legislatore europeo nel settore delle concessioni.

Meno significativa appare la direttiva 2011/83 sui *Diritti del Consumatore* del 25 ottobre 2011 che costituisce forse un'occasione persa in quanto non risulta un vero e proprio codice europeo del consumatore ma si limita al consolidamento di due delle direttive già esistenti[10]. D'altronde, l'11 aprile 2018 la Commissione europea ha illustrato un "new deal" per i consumatori attraverso due proposte di direttive al fine di completare l'*acquis* in materia consentendo a soggetti riconosciuti di avviare azioni rappresentative a nome e per conto dei consumatori e conferendo alle autorità nazionali preposte alla tutela dei consumatori poteri

[9] Il regolamento 2913/92 del 12 ottobre 1992 (*GUCE* L 302, 12 ottobre 1992, p. 1) è stato per ultimo modificato con il citato regolamento 95/2013.

[10] Sulla direttiva v., fra gli altri, MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti dei consumatori*, in *Europa e diritto privato*, 2011, p. 861 ss.; PARDOLESI, PALMIERI, DE HIPPOLYITIS, CASORIA, OLIVA, *La direttiva sui diritti dei consumatori* (dir. n. 2011/83/Ue), in *Foro italiano*, 2012, V, p. 177 ss.

sanzionatori più incisivi[11]. Si tratta di una vera e propria riformulazione organica della disciplina vigente sui diritti dei consumatori anche codificando le migliori pratiche esistenti negli Stati membri.

Sicuramente più ambiziosa è la proposta dell'11 ottobre 2011 per un *regolamento sul diritto comune europeo della vendita* che richiama l'idea del Parlamento europeo di un "codice europeo di diritto privato" per creare una "Europa di seconda generazione" che, evidentemente, ancora non nasce. La proposta, tuttavia, non è immune da critiche in ordine a genericità, lacunosità o mancanza di chiarezza di alcuni passaggi; tali limiti possono addirittura far apparire la codificazione come attività controproducente intervenendo negativamente sulla delicata interazione della normativa con le altre fonti internazionali che concorrono nella disciplina della materia[12].

Non si dimentichi, inoltre, che alcuni casi di codificazione si sono verificati anche attraverso lo stesso Trattato ed in materia istituzionale. Uno per tutti è la nascita del *Consiglio europeo*, la cui istituzionalizzazione è avvenuta in fasi progressive ratificandone il crescente ruolo nella prassi delle relazioni fra i soggetti dei processi politici dell'integrazione. E sempre in tema di Consiglio europeo si segnala l'art. 68 TFUE che ha codificato la prassi di definire *programmi quinquennali in materia di politica di immigrazione e asilo*, pratica che ha avuto inizio con l'adozione del Programma di Tampere (1999-2004) e consolidatasi con i Programmi dell'Aja (2004-2009) e di Stoccolma (2009-2014). Nel 2014, il Consiglio, per la prima volta in attuazione della disposizione in questione, ha definito gli "orientamenti strategici della programmazione legislativa e operativa nel quadro dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia" per il periodo 2014-2020. E si pensi ancora, considerata la sua attualità, al *recesso* dall'Unione codificato dall'art. 50 TUE ma comunque già rinveni-

[11] Verrà inoltre estesa la protezione dei consumatori all'ambiente online e saranno vietate le pratiche di doppio standard qualitativo che possono trarre in inganno i consumatori. Su tali proposte v. TORINO, "*A New Deal for Consumers*". *Recenti proposte della Commissione europea a protezione degli interessi dei consumatori*, in *La cittadinanza europea*, 2018, p. 75 ss.

[12] Sulla proposta v. CASTRONOVO, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura Realpolitik di Bruxelles. Dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa e diritto privato*, 2011, p. 837 ss.; DE CUEVILLAS MATOZZI, FAVALE, *La perfección del contrato: -Últimas tendencias-*, Madrid, 2016. Sulle difficoltà nei tentativi di codificazione del diritto internazionale privato uniforme europeo v. LEIBLE (ed.), *General Principles of European Private International Law*, Alphen aan der Rijn, 2015 e SALERNO, *Limiti e prospettive attuali della funzione interpretativa nel diritto internazionale privato,* in AA.VV., *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 1171 ss.

bile nelle regole fissate dalla Convenzione ONU del 23 maggio 1969 sul diritto dei trattati[13]. Inoltre, la stessa *Carta dei diritti fondamentali*, proclamata il 7 dicembre 2000 e adattata il 12 dicembre 2007, costituisce una indispensabile e tardiva sintesi codificatoria sviluppatasi anche tramite la giurisprudenza dei tribunali europei.

A volte, invece, la codificazione è intervenuta per favorire il rafforzamento di soggetti che, avendo scarso ruolo nello sviluppo dei processi descritti, dovrebbero per questa via trovare un efficace impulso nello svolgimento dei propri compiti. Ci si riferisce ai *partiti politici europei* ai quali, partendo da Maastricht, l'art. 10, par. 4, TUE affida l'importante funzione, peraltro non ancora assolta, di contribuire a "formare una coscienza politica europea" e ad "esprimere la volontà dei cittadini"[14]. All'opposto, però, vi sono forze che spingono verso la realizzazione di un processo "decostituente" degli ordinamenti statali (anche a livello europeo e globale), per cui si determina una crisi sistemica delle democrazie occidentali caratterizzata da una crescente impotenza della politica rispetto all'economia[15]. Ma questo processo è altresì agevolato dal fatto che "si è persa l'evidenza delle ragioni della codificazione delle regole

[13] Il riferimento è soprattutto agli articoli 54 ("L'estinzione di un trattato o il ritiro di una parte possono avere luogo: *a*) in base alle disposizioni del trattato; o *b*) in ogni momento, con il consenso di tutte le parti, previa consultazione degli altri Stati contraenti") e 56 ("1. Un trattato che non contenga disposizioni relative alla sua estinzione e che non preveda la possibilità di un ritiro o di una denuncia non può essere oggetto di denuncia o di ritiro, a meno che: *a*) non sia accertato che era nell'intenzione delle parti di accettare la possibilità di una denuncia o di un ritiro; o *b*) il diritto alla denuncia o al ritiro non possa essere dedotto dalla natura del trattato. 2. Una parte deve notificare con almeno dodici mesi di anticipo la propria intenzione di denunciare un trattato o di ritirarsi da esso in base alle disposizioni del paragrafo 1"). Riguardo a questa disposizione si consenta di rinviare al mio saggio *La denuncia dei trattati fondata sulla loro natura*, in *Comunicazioni e Studi*, vol. XV, 1978, p. 471 ss. Ulteriore riferimento è naturalmente all'art. 62 sul mutamento fondamentale di circostanze.

[14] V. RIDOLA, *Partiti politici* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, Milano, 1982, p. 66; GRASSO, *Partiti politici europei*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche, Aggiornamento*, Volume III, Milano-Torino, 2008, p. 609 ss.; SEATZU, *La nuova disciplina giuridica sul finanziamento dei "partiti politici a livello europeo"*, *in Studi sull'integrazione europea*, 2008, p. 575 ss.; PORCHIA, *Partiti politici europei*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali*, vol. VIII, Milano, 2014, p. 795 ss. In applicazione dell'art. 224 TFUE è stato adottato lo Statuto dei partiti politici europei per ultimo disciplinato dal regolamento 1141/2014 del 22 ottobre 2014, peraltro in fase di ulteriore revisione, grazie al quale le fondazioni e i partiti politici europei possono avere personalità giuridica europea, ottenendo di conseguenza un maggiore accesso ai finanziamenti a titolo del bilancio dell'UE (in proposito v. INGRAVALLO, *L'incerto statuto dei partiti politici europei*, in NESI, GARGIULO (a cura di), *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione*, Napoli, 2015, p. 211 ss.).

[15] FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Roma/Bari, 2013, pp. 157-158.

della politica e la società politica sembra essere una società senza futuro che consuma istantaneamente le sue possibilità"[16].

Pertanto, l'indispensabile opera di "razionalizzazione normativa" dell'esistente, certo finalizzata al rispetto dei principi di trasparenza e certezza del diritto, è del tutto coerente con un sistema costruito prevalentemente nell'ottica di un contesto istituzionale fondato sulla logica di mercato e ad esso funzionale. Siffatto approccio, peraltro, si rivela insufficiente al momento in cui esso aspira a realizzare un sistema giuridico non più pensato come sintesi della sommatoria di una pluralità di interessi puramente economici ma come espressione di una realtà, pur in costruzione, unificata attraverso i valori affermati dalla citata *Carta dei diritti fondamentali* e solennemente sanciti agli articoli 2 e 6 TUE. La legislazione di settore, infatti, appare spesso poco coerente con un indirizzo politico prestabilito dal legislatore, recependo bisogni contingenti e mutevoli imposti dalle esigenze tecniche ed economiche. La quantità di norme richieste non sempre si sposa con la qualità ponendosi dunque la necessità di contenere la iperregolazione e di semplificare la complessità e la densità normativa. Il nuovo Accordo interistituzionale "Legiferare meglio" del 13 aprile 2016 è appunto diretto a raggiungere queste finalità "senza compromettere il conseguimento degli obiettivi politici dell'Unione previsti nei trattati o la salvaguardia dell'integrità del mercato interno" (ottavo considerando)[17]. Fra l'altro, l'Accordo è diretto a prevenire l'insorgenza di conflitti di attribuzione dinanzi alla Corte di giustizia fra le istituzioni e, pur limitandosi a codificare la prassi esistente, favorisce un'evoluzione dinamica del relativo equilibrio.

D'altronde, è significativo, ad esempio, che il citato regolamento 2016/399, "codice frontiere Schengen", ancori espressamente la propria

[16] SERRA, *Lo Stato e la sua immagine*, Torino, 2005, p. 9.

[17] *GUUE* L 123, 12 maggio 2016, p. 1. Per ulteriori approfondimenti sul contenuto dell'Accordo si vedano: JACQUÉ, *Mieux légiférer*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2015, p. 281 ss.; TILINDYTE, *Accordo interistituzionale "Legiferare meglio"*, marzo 2016, European Parliament Research Service; FERGER, ALEIXO, *Interistitutional Agreement on Better Law-Making*, ivi; D'ETTORRE, *Il Consiglio Affari generali approva l'accordo interistituzionale sulla better law-making*, in *Eurojus* marzo 2016; Senato della Repubblica, Servizio per la qualità degli atti normativi, *L'analisi d'impatto della regolamentazione nel processo decisionale europeo*, a cura di DI GIAMBATTISTA, aprile 2016, pp. 20-23; MORETTINI, *Europa, il nuovo accordo interistituzionale Legiferare meglio*, in *Rassegna trimestrale dell'Osservatorio AIR*, aprile 2016; TOVO, *I nuovi equilibri tra potere esecutivo e legislativo nell'Unione europea: l'Accordo interistituzionale "Legiferare meglio"*, in *Eurojus* aprile 2016; ALLEGRI, *Il coinvolgimento della società civile per legiferare meglio nell'Unione Europea: verso la democrazia partecipativa?*, Padova, 2017, p. 29 ss.

applicazione al rispetto dei diritti fondamentali quali sanciti nel Trattato, nella Carta e nel diritto internazionale (art. 4). All'interprete spetta il compito di individuare i nuovi criteri ermeneutici idonei a ricostruire la completezza e la coerenza dell'ordinamento generale. In altri termini, "il codice si presenta come impresa politica, non come operazione tecnica". Si tratterebbe quindi di rileggere in simile chiave la definizione di Max Weber per cui la codificazione ha costituito l'apice, nel campo del diritto, di una specifica ricerca europea di razionalità[18].

2. Segue:*... e rispetto alla riforma della struttura ammnistrativa*

Per quanto riguarda il profilo della *struttura amministrativa*, come è noto il progetto iniziale si basava sull'obiettivo di realizzare un particolare ordinamento giuridico che tuttavia, per l'esecuzione delle proprie attività e politiche, si doveva avvalere soprattutto delle strutture amministrative degli Stati membri; esso, pertanto, in ciò non si distingueva eccessivamente dagli altri enti internazionali nei quali il profilo organizzativo presenta un rilievo secondario rispetto a quello normativo. A dimostrazione di questo diffuso convincimento è significativa, esemplarmente, la singolare prassi utilizzata inizialmente dal nostro Parlamento di dare esecuzione ai regolamenti comunitari per consentirne l'ingresso nel nostro ordinamento giuridico[19].

L'ordinamento europeo viene inizialmente concepito, quindi, come un potere pubblico senza amministrazione diretta, salvo che per alcuni casi particolari – come, ad esempio il settore della concorrenza – *ab initio* conferiti alla diretta responsabilità delle istituzioni comunitarie. Infatti, la Comunità economica europea non poteva nascere con l'intento di riunire tutte le potestà sovrane tipiche degli Stati, dovendo limitarsi ad influire sul loro esercizio. In altri termini, costituisce un "vizio di origine" l'assenza nel sistema comunitario di un vero e proprio apparato organizzativo incaricato di applicare, insieme alle Amministrazioni nazionali, il diritto dell'Unione; si trattava di un'evidente mancanza di interes-

[18] WEBER, *Die Entwicklungsbedingungen des Rechts*, in *Wirtschaft und Gesellschaft, Teilband 3: Recht*, Tübingen, 2010 (vol. I/22-3 dell'edizione completa dei lavori di Weber), p. 569 ss.

[19] Come è noto anche la nostra Corte costituzionale dovette riconoscere l'obbligo per lo Stato di astenersi dal pregiudicare l'immediata applicazione dei regolamenti ad esempio con l'adozione di misure anche solo riproduttive o di recezione (sentenza 27 dicembre 1973, n. 183, *Frontini*).

se per una dimensione amministrativa dell'Unione, sacrificata dall'autonomia istituzionale degli Stati membri[20].

Peraltro, con le successive riforme dei Trattati si è giunti alla creazione di un apparato amministrativo europeo di considerevoli dimensioni, dotato di significativi poteri di condizionamento materiale dell'esecuzione operata dalle amministrazioni nazionali con un intervento diretto sui cittadini dell'Unione[21]. Non bisogna comunque dimenticare che ancor oggi questa è una realtà senza un proprio popolo – inteso come gruppo più o meno omogeneo sul piano etnico, linguistico, culturale – ma è espressione di più popoli. Né essa ha un territorio sul quale esercitare la propria sovranità ed il proprio governo, ma nasce e si sviluppa per costruire la disciplina giuridica di uno spazio coincidente, anzitutto e prioritariamente, con quello dei Paesi membri (e sotto più profili anche oltre…) i cui contenuti sono però delimitati dal principio di attribuzione[22]. La sfera di intervento dell'amministrazione "europea", quindi, per quanto ampliata rimane legata alla circostanza di essere un'amministrazione senza Stato in quanto l'Unione non assomma in sé tutte le potestà, ma mira in realtà ad incidere sulla sovranità degli Stati membri, la quale subisce delle limitazioni in funzione del perseguimento degli obiettivi previsti dai Trattati comunitari.

Per le suddette ragioni, se per un verso si è provveduto ad alcuni interventi codificatori di specifiche materie per le quali maggiore rilievo veniva attribuito dal Trattato di Roma ai poteri di controllo delle istituzioni comunitarie, tuttavia per lungo tempo non si è mai posta l'esigenza di una codificazione generale del procedimento amministrativo. Questa esigenza si è naturalmente resa più forte nel corso degli anni quando dagli iniziali settori della concorrenza e degli aiuti di Stato, ad esempio, si è determinata la decisione politica di trasferire all'Unione manifestazioni di sovranità quali la potestà di battere moneta. Risulta, quindi, evidente il

[20] Cfr. in proposito CASSESE (S.) (*La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, p. 292 ss.), per il quale in origine non vi era interesse alla creazione di un'amministrazione di gestione europea che imponesse principi o regole alle amministrazioni nazionali per tre ordini di ragioni: in primo luogo, perché l'espansione amministrativa dell'ordinamento europeo avrebbe condizionato gli esecutivi nazionali, dove sono raccolte le prerogative più sensibili degli Stati; in secondo luogo, perché, facendo eseguire da altri, l'ordinamento europeo avrebbe risparmiato energie; in terzo luogo, perché era difficile accettare l'idea della esistenza di una amministrazione e di un diritto amministrativo non statali.

[21] V. MIR PUIGPELAT, *Razones para una codificación general del procedimiento de la administración de la Unión*, Bruxelles, 2011, p. 7.

[22] V. DELLA CANANEA, FRANCHINI, *I principi*, cit., p. 17 ss.

rischio di utilizzare criteri e principi di codificazione diversificati anche in funzione delle specificità dell'ambito materiale disciplinato. Non solo. Un decisivo impulso verso un'assimilazione delle generali caratteristiche di un ordinamento "di tipo statale", pur con le ovvie differenze, si è determinato con l'adozione della *Carta dei diritti fondamentali* e l'attribuzione ad essa del valore giuridicamente vincolante con cui sia le istituzioni comunitarie che gli Stati membri (questi ultimi nei relativi limiti) sono sottoposti al controllo di conformità dei loro atti con le disposizioni della stessa; e nel cui ambito viene rafforzato il potere dei privati di agire anche contro gli Stati a tutela delle proprie pretese.

È tuttavia indubbio che le codificazioni contribuirono allo sviluppo dell'omogeneità culturale all'interno dei nuovi Stati sovrani per cui esse furono scritte in volgare[23]. Il problema è che, evidentemente, non essendo l'Unione europea uno Stato, un'attività di codificazione, su determinate basi, potrebbe essere considerata come parte del processo di formazione di un futuro Stato federale quale simbolica anticipazione dello stesso, alla stregua della cittadinanza europea oppure del suo inno o della sua bandiera. Con la apparentemente singolare considerazione per cui mentre il potere dell'amministrazione nazionale segue il potere della catena di comando, e quindi arriva dall'"alto", il potere dell'amministrazione europea deriva dal "basso", ovvero dagli Stati[24].

3. La base giuridica per lo sviluppo di una codificazione dei procedimenti amministrativi costituita dall'art. 298 TFUE e la proposta ReNEUAL

Al di là dei vari interventi di codificazione su materie specifiche, sussiste il problema più generale legato alla circostanza per cui quella che oggi chiamiamo Unione europea ha, in questi decenni, notevolmente espanso le proprie competenze anche al di là dei profili prettamente economici ed ha dovuto progressivamente accompagnare tale ampliamento con una ben maggiore articolazione della propria organizzazione amministrativa. L'Unione, quale comunità di diritto e di diritti, si è certo notevolmente servita anche delle amministrazioni nazionali, agenti anch'esse in qualità di amministrazione europea, ad esempio in applicazione diretta delle norme comunitarie, e come veri e propri uffici di attuazione decen-

[23] LEERSSEN, *National Thought in Europe. A Cultural History,* Amsterdam, 2006, p. 137 ss.

[24] V. DELLA CANANEA, FRANCHINI, *I principi*, cit., p. 41 ss.

tralizzata delle stesse, sostituendo al tradizionale ancoraggio statale un nuovo ancoraggio all'ordinamento sovrastatale. In proposito l'art. 197 TFUE sottolinea come la relativa attuazione, "essenziale per il buon funzionamento dell'Unione, è considerata una questione di interesse comune" (par. 1) per cui "l'Unione può sostenere gli sforzi degli Stati membri volti a migliorare la loro capacità amministrativa di attuare il diritto dell'Unione"[25].

A sua volta, l'art. 291 TFUE sancisce una sorta di "federalismo di esecuzione", nella misura in cui attribuisce agli Stati membri il compito di adottare le misure di diritto interno necessarie per l'attuazione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione (par. 1), riprendendo quanto stabilito dall'art. 4, par. 3, 2° comma, TUE per cui "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". Tuttavia, il secondo paragrafo dell'art. 291 TFUE stabilisce che, se sono necessarie condizioni uniformi di esecuzione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione, il legislatore europeo conferisce competenze di esecuzione alla Commissione o, in casi specifici debitamente motivati e nelle circostanze previste agli articoli 24 e 26 TUE, al Consiglio. In tal caso, il terzo paragrafo dell'art. 291 TFUE precisa che "il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono preventivamente le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione"[26]. Pertanto, il limite posto dalla disposizione in questione rispetto all'uso dell'art. 298 TFUE (disposizione centrale, in materia, di seguito analizzata) consiste nella circostanza che un regolamento sul procedimento basato su di esso non può prevedere modalità di controllo da parte degli Stati membri[27].

[25] Secondo SALVATO, rispetto all'art. 198 TFUE la disposizione in questione riguarderebbe la dimensione interna delle amministrazioni nazionali "ovvero la loro capacità di attuare il diritto europeo e gli strumenti per migliorarla", (*La nozione di "amministrazione europea" ai fini della codificazione del procedimento amministrativo europeo*, in MASTROIANNI, ROLANDO (a cura di), *La codificazione dei procedimenti amministrativi dell'Unione europea*, Napoli, 2017, p. 137).

[26] E comunque, l'art. 291 TFUE sposa il modello centralizzato o diretto dell'esercizio del potere esecutivo da parte dell'Unione, considerato in origine l'eccezione, lasciando però agli Stati membri il controllo, debitamente disciplinato in sede comunitaria, dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione (par. 3) (ivi, p. 137).

[27] In tal senso ZILLER, *L'art. 298 TFUE a confronto con altre eventuali basi giuridiche per la codificazione del procedimento amministrativo dell'Unione europea*, in MASTROIANNI, ROLANDO (a cura di), *La codificazione*, cit., p. 49.

Resta comunque il problema che, nonostante tale evoluzione, non esiste una regolamentazione comune e generale sulla procedura amministrativa a livello europeo la quale integri gli aspetti sostanziali delle attività degli organi che ne costituiscono l'ossatura e favorisca in concreto le relazioni consapevoli tra i privati e le istituzioni nel rispetto dei principi di trasparenza, correttezza ed efficacia[28]. A proposito di quest'ultima essa comprende certo sia la necessità di efficienza, relativa alle modalità utilizzate nell'azione amministrativa, che la sua tempestività, ma riguarda poi soprattutto la finalità da raggiungere posta nell'interesse generale[29]. Si tratta di un'esigenza particolarmente sentita nell'ambito di un ordinamento giuridico che si presenta sotto più profili frammentato e lacunoso nonché in parte poco conosciuto dagli stessi potenziali beneficiari. Alla frammentarietà si aggiungono, inoltre, le numerose lacune normative presenti nel diritto europeo in quanto molti degli istituti che lo compongono sono frutto dell'elaborazione giurisprudenziale[30]; è, dunque, possibile che le questioni non affrontate nei tribunali siano rimaste prive di una disciplina giuridica ed è proprio rispetto a tali ultime che la codificazione sarebbe di fondamentale importanza[31].

Delle suddette esigenze sembra essersi fatto carico il Trattato di Lisbona, il cui art. 298 TFUE fornisce una base giuridica per lo sviluppo di una codificazione dei procedimenti amministrativi in grado di vincolare l'apparato istituzionale e amministrativo dell'Unione nella sua totalità[32]. Viene infatti conferito al Parlamento ed al Consiglio europeo il potere di individuare le linee-guida per l'attuazione dei principi di trasparenza ed efficienza dell'azione amministrativa, attraverso l'emanazione di appositi regolamenti. Inoltre, la forza vincolante della *Carta dei diritti fonda-*

[28] Cfr. NIETO-GARRIDO, *Relevant provisions of the Lisbon Treaty on EU Administrative law*, Bruxelles, 2010, p. 4.

[29] CAIOLA, *La base giuridica e il contenuto di un regolamento per l'amministrazione dell'Unione europea*, in MASTROIANNI, ROLANDO (a cura di), *La codificazione*, cit., p. 61.

[30] "La risposta del giudice […] è più rapida e necessaria, anche quando il caso non risulta disciplinato da una norma specifica" (PATTI, *Ricodificazione*, in *Rivista di diritto civile*, 2018, p. 448).

[31] ZILLER, *Is a Law of Administrative Procedure for the Union necessary?* in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2011, p. 710 ss.

[32] ADAM, *Possibilità e limiti di una regolamentazione generale dell'azione amministrativa dell'Unione europea,* in MASTROIANNI, ROLANDO (a cura di), *La codificazione*, cit., p. 25. La disposizione farebbe parte "di un disegno complessivo volto a disciplinare le competenze legislative dell'Unione in tema di azione amministrativa" (RAIMONDI, *Commento all'art. 298*, in TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 2318).

mentali include il *diritto a una buona amministrazione* (art. 41) e ad altri diritti, come quelli di *accesso ai documenti* (art. 42) e alla *protezione dei dati personali* (art. 8), che impongono obblighi significativi al complessivo funzionamento del sistema.

Va altresì tenuto presente che nell'ordinamento giuridico comunitario, a differenza di quanto avviene nei sistemi interni, non tutti gli atti amministrativi sono suscettibili di ulteriori ricorsi, amministrativi o giurisdizionali, da parte di individui; pertanto, la procedura diventa particolarmente importante in questo settore per garantire ai cittadini adeguati rilievo e tutela degli interessi coinvolti[33].

Per rispondere alle suindicate esigenze nacque nel 2009 l'idea di ReNEUAL – *Research Network on European Administrative Law* – nel corso di una riunione all'Università di Osnabrück fra studiosi i quali condividevano con tutti gli altri l'idea di fondo della centralità del procedimento amministrativo e dell'importanza di compiere su di esso una ricerca, nata effettivamente come studio di diritto comparato, nei vari Paesi dell'UE, ma non solo. Si trattava di condensare, in una serie di regole precise e determinate sul procedimento amministrativo, i principi generali del diritto dell'Unione europea e i suoi valori costituzionali. Ne è scaturita una proposta di regolamento, il c.d. *codice ReNEUAL del procedimento amministrativo dell'Unione*, contenente norme generali sull'attività di *rule-making*, sui contratti pubblici, sull'*information management* e, ovviamente, sul procedimento amministrativo. Si tratta della prima bozza di codificazione dello stesso su base europea che, pur partendo da discipline diverse nei Paesi del continente, evidenzia comunque la centralità del procedimento e dunque del suo diritto[34].

Non è questa la sede per analizzare nei dettagli il contenuto della proposta, ma ci si limita a sottolineare che essa affronta il problema interpretativo della portata giuridica dell'art. 298 TFUE. Esso, secondo un'interpretazione restrittiva, costituirebbe la base sulla quale adottare solo i regolamenti interni delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione europea; secondo l'interpretazione più ampia, fatta propria da ReNEUAL, invece, il contenuto della suddetta previsione dovrebbe estendersi anche alle ipotesi di co-amministrazione. La scelta, evidente-

[33] DELGADO, *El Procedimiento Administrativo en el Derecho de la Unión Europea,* in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2010, p. 132.

[34] Sul "codice Reneual" v. DELLA CANANEA, GALETTA, HOFMANN, SCHNEIDER, ZILLER (a cura di), *Codice Reneual del procedimento amministrativo dell'Unione europea*, Napoli, 2016 e i saggi di PAJNO, DELLA CANANEA, GALETTA, ZILLER, MADDALENA in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2018, p. 325 ss.

mente, è di natura politica e, a mio avviso, si potrebbe propendere verso quest'ultima soluzione solo in un contesto di ben maggiore integrazione, rispetto all'attuale scenario, in cui si sia determinata, in ordine a tale ambito, una attenuazione del rispetto delle identità nazionali sancito dall'art. 4, par. 2, TUE[35]. Ciò non toglie che la futura codificazione generale possa contagiare positivamente anche la cultura e le modalità di funzionamento delle amministrazioni nazionali[36].

Il problema di fondo è che attualmente, le norme e i principi dell'Unione in termini di buona amministrazione sono dispersi in molteplici fonti con la conseguenza che è molto difficile per i cittadini comprendere i diritti amministrativi conferiti dal diritto comunitario in assenza di una serie globale e coerente di norme codificate in materia di diritto amministrativo[37]. È peraltro vero che spesso vari regolamenti e direttive contengono prescrizioni che, per l'ampiezza del contenuto in relazione ai profili tanto organizzativi e procedurali quanto giudiziali, sono applicabili a più settori potendo assumere, quindi, la valenza di regole comuni. Tuttavia, l'indubbio vuoto normativo evidenziato dalla proposta ReNEUAL esprime comunque la necessità di ancorare il funzionamento complessivo del sistema amministrativo dell'ordinamento giuridico dell'Unione alla solidità di principi generali che ne assicurino contestualmente legittimità, trasparenza ed efficienza[38]. Sono essi che debbono garantire maggiore legalità e più sicura uniformità ai singoli atti legislativi applicabili a specifici campi di diritto sostanziale, semplificando e standardizzando i relativi profili procedurali[39].

Del resto, l'enorme ampliamento dei campi di applicazione oggettivo e soggettivo del diritto comunitario rende indispensabile l'accrescimento del livello di democrazia e di trasparenza. Infatti, un'ammi-

[35] Peraltro, 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. 830 ss.), nega che l'art. 4, par. 2, TUE codifichi i controlimiti ed afferma che la 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.

[36] ADAM, *Possibilità e limiti*, cit., p. 27.

[37] FUENTETAJA PASTOR, *Del "derecho a la buena administración" al derecho de la Administración europea*, in *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2014, p. 33.

[38] La proposta, ad ogni modo, fornisce alle istituzioni europee un importante strumento per una migliore applicazione dei principi delineati dalla giurisprudenza comunitaria e consente nel contempo agli ordinamenti giuridici di ricavarne preziosi elementi innovativi. In tal senso v. CHITI, *Adelante, con juicio: la prospettiva di una codificazione nel procedimento europeo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, p. 677 ss.

[39] LENAERTS, VANHAMME, *Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative Process,* in *Common Market Law Review*, 1997, p. 531.

nistrazione che risponda ai criteri di appropriatezza ed adeguatezza, al di là della legittimità dei suoi comportamenti in senso tecnico, è un'amministrazione che informa ad un più ampio criterio di correttezza ed apertura le proprie relazioni con il pubblico. Una buona amministrazione è tale, insomma, anche se si relaziona in modo corretto e trasparente con i privati che con essa entrano in contatto[40], assumendo così un'accezione oggettiva il cui punto di riferimento, al di là della prospettiva propria del singolo destinatario dei provvedimenti, risulta essere l'interesse generale[41].

4. Il contributo della Corte di giustizia nell'individuazione dei principi giuridici a fondamento dell'azione amministrativa europea

Fino ad oggi una preziosa attività di supporto surrogatorio a questa assenza è stata fornita dalla Corte di giustizia dell'UE. Essa, come è noto, ha fatto largo uso di principi generali che, penetrando direttamente nei singoli ordinamenti dei Paesi membri, hanno finito per integrare la legalità formale e sostanziale vigente negli stessi. Tali principi, immanenti nell'ordinamento giuridico in cui i giudici europei si trovano ad operare, si pongono quali criteri di integrazione e interpretazione del diritto comunitario, nonché come parametro di validità delle norme derivate. La Corte ha poi elaborato anche principi più specifici, posti alla guida dell'azione amministrativa, che, solo diversi anni dopo, hanno comunque trovato una parziale collocazione all'interno dei Trattati. Pertanto, i caratteri del procedimento amministrativo europeo si desumono anzitutto attraverso l'analisi di questi principi, i quali costituiranno l'aspetto centrale di un eventuale regolamento generale sulla codificazione.

Non mi soffermo su tale aspetto, considerato il contributo in proposito di Adelina Adinolfi[42]. Ma è indispensabile svolgere alcune brevi considerazioni. Il primo riferimento è, anzitutto, ai due principi fondativi

[40] LOCCHI, *Il principio di trasparenza in Europa nei suoi risvolti in termini di Governance amministrativa e di comunicazione istituzionale dell'Unione*, in *Amministrazione In Cammino*, 2011, p. 16; PALLOTTA (*I principi generali del procedimento amministrativo europeo: dall'origine giurisprudenziale all'esigenza di codificazione*, in MASTROIANNI, ROLANDO (a cura di), *La codificazione*, cit., p. 105), sottolinea opportunamente gli effetti che la violazione del diritto ad una buona amministrazione può ingenerare non solo nello stretto ambito procedimentale ma anche al di fuori di esso.

[41] RAIMONDI, *Commento*, cit., p. 2321.

[42] V. *infra*, ADINOLFI (A.), *La Corte di giustizia dell'Unione europea dinanzi ai principi generali codificati*, p. 533 ss.

dell'ordinamento sovranazionale dell'*effetto diretto* (*Van Gend en Loos*) e del *primato del diritto comunitario* (*Costa*, *Simmenthal*); per quest'ultimo, inizialmente codificato dall'art. I-6 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, va rimarcato che la Dichiarazione n. 17 allegata al Trattato di Lisbona, pur nella sua singolare e criticabile formulazione, costituisce comunque una formale ratifica nella sostanza dell'indiscussa centralità del principio in questione[43]. Il punto di partenza è, peraltro, già rinvenibile nella sentenza *Algera*[44] in cui la Corte, per non esporsi ad accuse di denegata giustizia, affermò che "l'illegalità d'un atto amministrativo individuale comporta la nullità di pieno diritto solo in casi determinati" e che, "a prescindere da questi casi eccezionali, sia la dottrina che la giurisprudenza degli Stati membri ammettono solo l'annullabilità e la revocabilità". Essa aggiunse che "il fatto stesso che un atto amministrativo sia stato emanato crea una presunzione di validità la quale può venir meno in seguito ad annullamento od a revoca, nei limiti in cui l'uno e l'altra sono consentiti". La Corte di giustizia decise, dunque, di applicare il potere di revoca anche all'interno dell'ordinamento comunitario, in quanto, appunto, principio generale del diritto.

Alcuni mesi più tardi, nella sentenza 10 dicembre 1957 *Société des usines à tubes de la Sarre*[45] la Corte attribuì alla motivazione la qualità di "elemento essenziale, costitutivo addirittura" di un "parere motivato" ai sensi dell'art. 54, par. 4, del Trattato CECA, di guisa che, contrariamente ad altre formalità che non possono incidere sulla natura o sull'esistenza dell'atto, "la mancanza di motivazione comporta l'inesistenza dell'atto". Essa ne trasse la conclusione che il ricorso diretto contro tale atto giuridicamente inesistente è quindi irricevibile per mancanza di oggetto. Di recente, ad esempio, tanto nel caso *Anagnostakis*[46], in cui i giudici di Lussemburgo si sono soffermati ad analizzare – per la prima volta e, peraltro, d'ufficio – la motivazione della decisione

[43] Dichiarazione finale n. 17 relativa al primato, allegata all'atto finale della conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona, la quale 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" e riporta il conforme parere del Servizio giuridico del Consiglio del 22 giugno 2007.

[44] CGCE, sentenza 12 luglio 1957, *Dineke Algera e a. c. Assemblea comune CECA*, cause riunite 7-56, 3-57 a 7-57.

[45] CGCE, sentenza 22 marzo 1961, *Société nouvelle des usines de Pontlieue - Aciéries du Temple (S.N.U.P.A.T.) c. Alta Autorità CECA*, cause riunite 1-57 e 14-57.

[46] CGUE, sentenza 12 settembre 2017, *Alexios Anagnostakis c. Commissione europea*, causa C-589/15 P.

con cui la Commissione aveva negato la registrazione dell'Iniziativa dei cittadini europei (ICE) "Un milione di firme per l'Europa della solidarietà", quanto nel caso *Costantini*[47], in cui è stata analizzata una medesima decisione con riferimento all'ICE "Right to Lifelong Care: Leading a life of dignity and independence is a fundamental right!", è stata posta in evidenza l'incidenza che il diniego di registrazione può produrre sull'esercizio dei diritti di cittadinanza. In tal modo i giudici UE, pur ritenendo nella specie gli atti impugnati sufficientemente motivati, hanno avuto l'opportunità di specificare ulteriormente la portata dell'obbligo di motivazione gravante sulle istituzioni quando l'atto adottato impone la limitazione di un diritto riconosciuto dal Trattato al destinatario; per cui, ogni qualvolta vi è una compressione di simili diritti, la motivazione deve essere maggiormente rigorosa, precisa e puntuale onde far risultare chiaramente comprensibili le scelte effettuate[48].

L'affermazione di un generale obbligo per le istituzioni dell'Unione (e prima della Comunità) di motivare anche gli atti legislativi aventi portata generale costituisce allora una costante, oggi rinvenibile nell'art. 296, 2° comma, TFUE. Tale peculiarità, che non trova alcun analogo riscontro negli ordinamenti degli Stati membri, è verosimilmente da individuarsi nell'esistenza, nell'ambito dell'ordinamento comunitario, del principio di attribuzione delle competenze quale presupposto della legittimazione ad agire delle istituzioni che lo adottano[49]. Sotto un'altra prospettiva, la motivazione può essere intesa anche come avente una funzione di controllo dell'attività dell'Unione. Il relativo obbligo può peraltro essere inteso come avente non solo una funzione di controllo ma anche una funzione partecipativa in quanto, rendendo chiaramente comprensibili le valutazioni poste a monte dell'adozione degli atti delle istituzioni, potrebbe contribuire ad attenuare il deficit democratico spesso contestato all'Unione[50].

[47] Tribunale, sentenza 19 aprile 2016, *Bruno Costantini e a. c. Commissione europea*, causa T-44/14.

[48] V. MAFFEO, *L'obbligo di motivazione degli atti delle istituzioni dell'Unione europea letto attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia,* in *Federalismi*, 2018, p. 3.

[49] Cfr. CGCE, parere 2/00 del 6 dicembre 2001, *Protocollo di Cartagena*, punto 5, in cui i giudici di Lussemburgo hanno avuto modo di evidenziare che "la scelta della base giuridica adeguata riveste un'importanza di natura costituzionale" in un sistema quale quello dell'Unione che può esercitare esclusivamente le competenze attribuitele dagli Stati.

[50] Cfr. in proposito BALLESTEROS MOFFA, *La europeización de los procedimientos administrativos nacionales,* in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2010, p. 215 ss.

Partendo dalle suddette importanti pronunzie, la Corte di giustizia, con la propria giurisprudenza "creativa", ha via via elaborato un corpo organico di principi generali che, ponendosi sullo stesso piano dei Trattati, si riferiscono proprio all'amministrazione, intesa sia come organizzazione che come attività, sistematizzando una procedura generale a livello europeo[51]. Fra questi, il primo da considerare è il *rispetto del diritto* quale principio centrale dell'ordinamento al quale sono subordinati tutti i soggetti a partire dalle autorità pubbliche. Nella sentenza *Höchst*[52] la Corte ha affermato che in tutti i sistemi giuridici degli Stati membri gli interventi dei poteri pubblici nella sfera dell'attività privata di qualsiasi persona, fisica o giuridica, devono essere fondati sulle norme e giustificati da motivi contemplati dalle norme quale forma di protezione nei confronti di interventi arbitrari o sproporzionati; ed ha precisato che siffatta protezione deve essere ammessa come un principio generale di diritto comunitario. E nella precedente e nota sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*[53], veicolando la protezione dei diritti fondamentali entro l'ambito applicativo del diritto europeo, si dimostra che l'Unione europea, così come avviene per gli Stati, fonda il proprio ordinamento giuridico sui principi dello Stato di diritto.

Il relativo principio di *legalità* – soddisfatto dalla sufficiente accessibilità, precisione e prevedibilità della norma[54] – determina peraltro la validità degli atti emanati dalle istituzioni europee solo sulla base del diritto comunitario e non dei diritti fondamentali o dei principi costituzionali degli Stati membri; pertanto, l'attività amministrativa deve sempre trovare un fondamento giuridico nel sistema comunitario stesso[55]. Nella

[51] Ivi, p. 177 ss.

[52] CGCE, sentenza 21 settembre 1989, *Höchst AG c. Commissione*, cause riunite 46/87 e 227/88.

[53] CGCE, sentenza 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, causa 11/70: "Il richiamo a norme o nozioni di diritto nazionale nel valutare la legittimità di atti emananti dalle istituzioni della Comunità menomerebbe l'unità e l'efficacia del diritto comunitario. La validità di detti atti può essere stabilita unicamente alla luce del diritto comunitario. Il diritto nato dal trattato, che ha una fonte autonoma, per sua natura non può infatti trovare un limite in qualsivoglia norma di diritto nazionale senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che sia posto in discussione il fondamento giuridico della stessa Comunità. Di conseguenza, il fatto che siano menomati vuoi i diritti fondamentali sanciti dalla costituzione di uno Stato membro, vuoi i principi di una costituzione nazionale, non può sminuire la validità di un atto della Comunità né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato".

[54] In tal senso la Corte EDU, sentenza del 22 settembre 1994, *Hentrich v.. France*, App. No. 13616/88.

[55] Cfr. in materia TESAURO, *Eguaglianza e legalità nel diritto comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1999, p. 1 ss.; ADINOLFI (A.), *Il principio di legalità nel diritto*

specie, "la tutela dei diritti fondamentali costituisce infatti parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza. La salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità"[56]. Il parametro di riferimento diventano, quindi, lo spirito del Trattato ed i valori di una Comunità di diritto in via di costruzione[57].

Il contributo di carattere "pretorio" della Corte nella creazione di principi non scritti è, come si è detto, di altissimo rilievo e frutto di una precisa e rigorosa volontà "politica" da parte della stessa di dotare il sistema comunitario, nel contempo, di autonomia e di effettività[58]. Principi come la *certezza del diritto*, il *legittimo affidamento*, il *diritto a un'audizione*, il *diritto alla difesa* o il *diritto a una buona amministrazione* sono stati sviluppati proprio dalla giurisprudenza della Corte. È certo vero che essa attinge comunque, in proposito, al bacino giuridico degli Stati membri, ma il contenuto di tali principi viene rivisitato e modellato in funzione degli obiettivi del sistema europeo[59]. Per cui, i principi europei denotano ampiamente il passaggio da una concezione statalista e positivistica del diritto contrassegnato da formalismo, rigorismo e tassatività nell'applicazione e interpretazione del diritto, ad una concezione più aperta e pluralistica nella quale assumono fondamentale importanza i diritti umani, anche a contenuto economico, sociale, collettivo e diffuso[60].

comunitario, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Atti del LIII Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, 2007), Milano, 2008, p. 87 ss.; RESCIGNO, *Principio di legalità, Stato di diritto, Rule of law*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, 2009, I, p. 305 ss.; e di recente GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Torino, 2013.

[56] CGCE, *Internationale Handelsgesellschaft*, cit., punto 4.

[57] MANCINI, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Bologna, 2004, p. 152.

[58] VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, 6a ed., Bari, 2016, p. 263 ss.

[59] PEPE, *Principi generali dell'ordinamento europeo. Profili teorici e applicativi*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, no. 2, 2015, p. 299.

[60] PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario,* 2a ed., Torino, 2004, *passim*.

5. La proposta di regolamento per un'amministrazione dell'Unione europea aperta, efficace e indipendente

Una proposta di regolamento in materia di codificazione deve quindi far riferimento a tali principi che, costruendo un vero e proprio rafforzamento non solo dell'efficacia dell'amministrazione europea – rispetto al cui funzionamento l'art. 336 TFUE offre una più solida base giuridica per lo Statuto dei funzionari e degli altri agenti dell'Unione[61] – ma anche della stessa legittimità dell'Unione attraverso la determinazione di un rapporto molto più intenso fra le istituzioni comunitarie – più aperte efficaci e indipendenti, come recita l'art. 298 TFUE – e i cittadini. In altri termini, la dimensione istituzionale del diritto a una buona amministrazione dovrebbe trovare una propria articolazione normativa attraverso una vera e propria "Legge dell'Amministrazione europea". Infatti, la circostanza che la maggior parte delle norme e dei principi di diritto amministrativo sono codificati nel diritto secondario in singoli settori del diritto dell'Unione europea comporta sovrapposizioni e vuoti normativi, con una conseguente carenza di trasparenza e comprensibilità della disciplina dei procedimenti amministrativi europei.

Il governo della società europea, nella misura in cui diviene sempre più complesso ed esteso sotto il profilo sia soggettivo che oggettivo, ha bisogno di un sistema stabile e durevole fondato su norme generali e astratte, sottratte a qualsiasi eventuale arbitrio di giudici o interpreti[62] e funzionali alla maggiore e più efficace individuazione delle funzioni proprie del procedimento stesso[63]. Questo risulta essenziale per il dialogo tra i privati e le istituzioni, alimentando il fondamentale principio della certezza del diritto e fornendo ai cittadini gli strumenti di conoscenza del catalogo di diritti e doveri provenienti dall'ordinamento giuridico europeo dando così maggiore garanzia di democraticità[64].

[61] Lo Statuto fu emanato con regolamento nel lontano anno 1962, ma da allora ha subito moltissime variazioni, fino a quella significativa del 22 ottobre 2013 con regolamento 1023/2013.

[62] CARLEO, *op. cit*.

[63] ZILLER, *Is a law*, cit., pp. 713-714.

[64] La codificazione diviene quindi non solo espressione del potere sovrano ma anche garanzia di democraticità in quanto espressione di certezza del diritto (OPPETIT, *De la codification*, in *Recueil Dalloz*, 1996, p. 33). Per MAGNIN (*La codification du droit communautaire*, *AJDA Recueil Dalloz*, 1997, p. 678), appare difficile riconoscere l'esistenza di una comunità di diritto quando i cittadini, ed anche gli avvocati e le autorità amministrative degli Stati membri, sono ridotti a vagare disperatamente alla ricerca delle disposizioni applicabili in un dato momento a un dato argomento.

D'altronde, è noto che la caratteristica peculiare del sistema europeo è data dall'instaurarsi di un rapporto non solo bilaterale, come avviene all'interno dello Stato fra amministrazione e privati, ma "trilaterale" basato su istituzioni (e in particolare la Commissione), amministrazioni nazionali e cittadini[65]. Ed anche fra le prime due va ribadito che, a volte, le amministrazioni nazionali spesso agiscono contemporaneamente come co-amministratori, partecipando alla formazione delle decisioni, e come amministrati, essendo destinatarie delle decisioni stesse. Per di più, l'amministrazione europea non gode di diritti speciali o privilegi in quanto il diritto comunitario, ispirandosi al principio della parità dei soggetti e contrariamente al diritto amministrativo degli Stati, tende a non ammettere istituti che deroghino rispetto al diritto comune.

Per queste ragioni il Parlamento europeo ha invitato la Commissione ad esercitare il proprio potere di iniziativa legislativa presentando, il 9 giugno 2016, la risoluzione 2016/2610 (RSP) recante la *proposta di regolamento per un'amministrazione dell'Unione europea aperta, efficace e indipendente*. L'atto legislativo, sulla base del citato art. 298 TFUE, dovrebbe promuovere l'emanazione di un insieme organico ed unitario di norme che sia applicabile ad ogni procedimento amministrativo europeo e che elimini le incertezze in materia (considerando n. 2, 3, e 4)[66]. Del resto, il Parlamento europeo non può confinare il proprio ruolo al controllo ed alla ratifica di testi elaborati da tecnocrazie pubbliche o private ma dovrebbe assumere un ruolo di protagonista attraverso un'esplicita iniziativa politica per rilanciare adeguatamente il processo di codificazione. Un codice europeo partirebbe, quindi, dalla elaborazione dei principi formulati dalla Corte arricchendoli con il contributo del dibattito anzitutto all'interno del Parlamento stesso per la miglior determinazione del loro contenuto. Peraltro, una codificazione per principi e non per regole analitiche favorisce la coerenza con il quadro "costituzionale" conferendo altresì maggiore flessibilità e adattabilità rispetto alla variabilità delle situazioni[67].

[65] DELLA CANANEA, FRANCHINI, *I principi*, cit., p. 85.

[66] Al momento, tuttavia, prevarrebbe nell'Unione "la tendenza a mantenere le istituzioni alquanto libere nella scelta degli elementi procedurali da applicare, per consentire quella valutazione caso per caso che sarebbe in tutta evidenza impedita dall'approvazione di una normativa generale sul procedimento" (DE FALCO, *L'idealtipo di procedimento amministrativo europeo e le influenze delle tradizioni giuridiche nazionali,* in *Diritto pubblico comparato e europeo*, 2018, p. 580). Cfr. altresì AMALFITANO, *La certezza del diritto nel diritto dell'Unione europea*, in AA.VV., *Dialoghi,* cit., p. 497 ss.

[67] In tal senso RODOTÀ, *Il Codice civile*, cit., p. 30. Per Raimondi "occorrerebbe evitare il rischio che l'ampliamento del campo di intervento dia luogo ad una codifica-

L'obiettivo è, pertanto, quello di redigere una legge procedurale uniforme con standard minimi che devono essere rispettati in qualsiasi processo decisionale nell'esercizio del potere amministrativo, sempre tenendo presente la difficoltà, in numerose circostanze, di separare i profili procedimentali e amministrativi dalla regolazione sostanziale di alcune materie[68]. E così in funzione della *certezza del diritto*, ad es., la regolamentazione della procedura di carattere normativo non può che risultare più chiara e completa rispetto a quella giurisprudenziale pur sempre condizionata dalla particolarità del caso concreto. Ad esso è strettamente legato il principio del *legittimo affidamento* il cui riconoscimento, significativo a livello nazionale, non può tuttavia costituire un *escamotage* per svuotare l'operatività di alcune normative importanti in ambito comunitario come quelle relative agli aiuti di Stato[69]; il relativo delicato equilibrio fra opposti interessi, già sottoposto alla valutazione della Corte di giustizia, ha però bisogno di ancorarsi a criteri meglio definiti sul piano generale attraverso il diritto positivo. Ciò vale altresì per il principio di *trasparenza*, certo meglio conoscibile e riconoscibile da parte dei cittadini grazie alla maggiore completezza ed alla più semplice individuazione, coniugato in entrambe le versioni dell'accesso del pubblico all'informazione e dell'accessibilità per il pubblico dell'informazione[70]. L'obbligo di applicare le decisioni amministrative in modo uguale a tutti i cittadini e ad ogni Stato membro – indipendentemente dalla parte del territorio dell'Unione interessata, del tipo di amministrazione che agisce e della natura del potere amministrativo esercitato – risponde ai principi di *uguaglianza* e di *non discriminazione.* La sottoposizione della discrezionalità amministrativa ad un più rigoroso controllo onde evitare l'arbi-

zione contraddistinta da un grado di generalità eccessivo, che non gioverebbe alla certezza del diritto. Nonché il rischio, opposto, di una codificazione generale eccessivamente dettagliata che dia luogo ad un'ingessatura del sistema, precludendo in radice l'impiego di regole procedimentali settoriali, laddove ciò sia giustificato dalla specificità delle circostanze" (RAIMONDI, *Commento*, cit., p. 2325).

[68] V. ADAM, *Possibilità e limiti*, cit., p. 33 e CAIOLA, *La base giuridica*, cit., p. 69 ss.

[69] V. ad es. CGCE, sentenza 20 settembre 1990, *Commissione c. Germania*, causa C-5/89, punto 17.

[70] "On peut se féliciter de la célérité avec laquelle la transparence est devenue un impératif de la construction européenne et de la manière dont elle est aujourd'hui consolidée par son inscription dans le pacte constitutif de l'Union" (GRARD, *La transparence un principe ascendant de la réalisation de l'Union Européenne,* in *Communication et organisation*, 17, 2000, p. 15).

trarietà non può che avvenire tramite una procedura disciplinata giuridicamente per iscritto[71].

I principi di *sussidiarietà* e *proporzionalità*[72] a loro volta, intervenendo nel delicato equilibrio dei rapporti fra istituzioni europee e nazionali, trovano già utili riferimenti nel Protocollo n. 2 allegato ai Trattati sui quali costruire le necessarie regole di specificazione, naturalmente sempre nel rispetto del principio di *leale cooperazione.*

Inoltre, vanno considerati principi tipici della procedura, come quelli di *competenza, ufficialità, contraddittorietà, audizione, consulenza legale, accesso al fascicolo e risoluzione espressa presentata per un periodo*; senza trascurare i requisiti relativi all'atto amministrativo, alla motivazione, all'indicazione dei ricorsi che possono essere presentati nei suoi confronti, alla pubblicazione e alla notifica, alla presunzione di validità e all'efficacia della notifica, ai vizi degli atti amministrativi e ai ricorsi contro di essi, sia finali che pendenti. Utile riferimento, in proposito, è rintracciabile nelle disposizioni del *Codice europeo di buona condotta amministrativa,* approvato in forma non vincolante dal Parlamento europeo nella sua risoluzione del 6 settembre 2001 traendo ispirazione dai principi di diritto amministrativo contenuti nella giurisprudenza della Corte e sulla base di una proposta del Mediatore europeo[73]. Le relazioni di quest'ultimo hanno contribuito a una definizione o delimitazione negativa del concetto di buona amministrazione, offrendo un ampio concetto di "cattiva amministrazione" ed enumerando esempi di atti che rientrerebbero in tale concetto. Secondo il Mediatore europeo, sono inclusi nella "cattiva amministrazione": omissioni amministrative, abuso di potere, negligenza, procedure illegali, ingiustizia, malfunzionamento o incompetenza, discriminazione, ritardo evitabile, mancanza o rifiuto di informazione.

Una nuova versione del *Codice europeo di buona condotta amministrativa* è stata prodotta nel 2005, spiegando in maggior dettaglio che cosa il diritto a una buona amministrazione sancito dalla Carta dovrebbe significare nella pratica. E comunque, uno standard europeo di procedura

[71] DELGADO, *El Procedimiento Administrativo*, cit., p. 134.

[72] Il principio di proporzionalità, affermato già dalla giurisprudenza della Corte di giustizia come ad es. nella sentenza 28 ottobre 1975, *Rutili*, causa 36/75, era stato codificato con il Trattato di Maastricht. Cfr. VILLANI, *I principi di proporzionalità e sussidiarietà nel diritto dell'Unione europea*, in *Studi in onore di Augusto Sinagra*, IV, Roma, 2013, p. 605 ss.

[73] Sul Codice v. MENDES, *Good Administration in Eu Law and the European Code of Good Administrative Behaviour*, European University Institute, Firenze, EUI Working Paper Law, 2009, disponibile all'indirizzo http://ssrn.com/abstract=1554907.

amministrativa non dovrebbe limitarsi alla raccolta e alla codificazione dei principi ma dovrebbe cogliere l'opportunità di innovare favorendo un dialogo tra le istituzioni europee e i cittadini. Non dimenticando che questi vivono la dimensione giuridica, e quindi anche politica, ad essi attribuita dalla cittadinanza dell'Unione (art. 20 ss. TFUE). Peraltro, sulla base dell'art. 298 TFUE e codificando le regole già enunciate, lo stesso Codice potrebbe essere convertito in un regolamento acquisendo un valore vincolante[74].

Il punto di riferimento di tali principi, da cui partire, è d'altronde già rintracciabile nello stesso Trattato di Lisbona quali l'obbligo di motivazione (art. 296 TFUE), il dovere di consultazione (articoli 300 e 304 TFUE) e il diritto di accesso ai documenti (articoli 15 TFUE e 42 della *Carta dei diritti fondamentali* dell'UE)[75]. Tra diritti e principi che incidono sulla procedura in Lisbona troviamo: lo Stato di diritto (soggetto al controllo della Corte di giustizia istituito dagli articoli 263 e 275 TFUE), il principio di uguaglianza (articoli 4 TUE per gli Stati membri e 9 per i cittadini); il principio di sussidiarietà (art. 5, par. 3 TUE); il principio di trasparenza (articoli 11 TUE e 15 TFUE); i principi di pubblicità e di notifica (art. 297 TFUE); infine i diritti sanciti dal diritto a una buona amministrazione (art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali) e il diritto alla protezione dei dati personali (articoli 8 della Carta UE e 16 TFUE)[76].

La realizzazione di un regolamento generale per la codificazione, certo, presenta notevoli difficoltà col duplice e opposto rischio, da un lato, di un grado di generalità troppo ampio e pertanto poco incisivo e, dall'altro, di un approccio eccessivamente dettagliato che ingessi il sistema e precluda in radice l'impiego di regole procedimentali settoriali giustificato dalla specificità delle circostanze[77].

[74] RAIMONDI, *Commento*, cit., p. 2324.

[75] A quest'ultimo proposito v. di recente LOUIS, *L'accès du public aux documents lègislatifs de l'Union européenne,* in *Cahiers de droit européenne*, 2018, p. 9 ss.

[76] Su quest'ultimo si segnala l'adozione del regolamento 2016/679 del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, su cui v. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, Torino, 2016.

[77] RAIMONDI, *Commento*, cit., p. 2328. In proposito, opportunamente Lipari sottolinea che, "Se il diritto è essenzialmente storia, il giurista deve essere capace di operare innanzitutto come storico, lettore non solo dei codici ma dell'esperienza" (LIPARI, *La codificazione*, cit., p. 883).

6. Il "codice europeo" come strumento di unificazione politica?

L'insieme di questi principi, già sanciti con il contributo determinante della Corte di giustizia e presenti in maniera "sparsa" in atti normativi settoriali, ha rivoluzionato il tradizionale assetto dei rapporti pubblicistici, tradizionalmente sbilanciato sul profilo dell'autorità a scapito di quello della libertà[78]. Le pretese del cittadino nei confronti dell'amministrazione hanno progressivamente visto riconosciuto un maggiore ruolo amplificando una prospettiva antropocentrica[79]. L'esercizio del potere ha iniziato a democratizzarsi, stemperando gli aspetti più unilaterali ed imperativi del proprio agire ed evidenziando la struttura di una nuova legalità sovranazionale. D'altronde, la cittadinanza europea è l'istituto giuridico che meglio esprime natura e carattere di queste finalità[80].

Gli articoli 10 e 11 TUE, inoltre, affermano la necessità di un apparato amministrativo che garantisca la partecipazione dei privati ed effettui le decisioni pubbliche nel rispetto delle esigenze e degli interessi dei cittadini, con i quali si dimostri aperto al dialogo[81]. L'art. 15 del TFUE dispone che l'Amministrazione in generale agisca in maniera trasparente "al fine di promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile" (par. 1) e che ogni singola istituzione o organo garantisca la trasparenza dell'azione amministrativa, anche attraverso previsioni normative presenti nei propri regolamenti (par. 3)[82].

Un approccio di questo tipo investe direttamente un altro principio, quello di *legittimità* posto alla base del sistema stesso dell'Unione. Esso è stato decisamente rafforzato dall'adozione della Carta di Nizza che ne

[78] PEPE, *Principi generali*, cit., p. 301.

[79] SANNA TICCA, *Cittadino e pubblica amministrazione nel processo di integrazione europea*, Milano, 2004, p. 127.

[80] A conclusione della propria analisi sul rapporto tra ordinamenti giuridici e del rilievo della codificazione nell'ambito della codificazione comunitaria del diritto internazionale privato, CORTESE sottolinea "la possibilità di riqualificare la cittadinanza dell'Unione (coerentemente del resto con i meccanismi dell'autocostituzione dell'ordinamento) come *status* dotato di una propria dimensione politica, certo diversa da quella che esprime la cittadinanza nazionale, ma espressione della natura sovrana, nel senso che si è visto, dell'ordinamento interindividuale dell'Unione. Tale ulteriore dimensione della cittadinanza dell'Unione diviene a sua volta un rinforzo del progetto politico di integrazione" (*L'ordinamento dell'Unione europea tra autocostituzione, collaborazione e autonomia*, Torino, 2018, pp. 290-291).

[81] Le diverse forme di dialogo fra il cittadino e le istituzioni europee o tra le parti sociali da semplici prassi si trasformano in principio come espressione codificata di democrazia partecipativa (CAFARO, in AA.VV., *Dialoghi*, cit., pp. 415-416).

[82] CREMONA, LEINO, *The New Frontiers of EU Administrative Law and the Scope of Our Inquiry*, in *European papers*, 2017, p. 477.

costituisce fondamentale parametro di base, pur rappresentando una codifica parziale e provvisoria dell'*acquis* dell'Unione europea nel campo dei diritti fondamentali. Infatti, la legittimità democratica di un sistema politico è certamente qualificata dalla consapevolezza dei cittadini di sentirsi in esso sufficientemente rappresentati ed adeguatamente influenti. Ma esiste un'ulteriore dimensione della legittimità derivante dal buon funzionamento in sé del sistema in quanto la percezione sociale secondo cui le istituzioni funzionano correttamente accresce la fiducia nel sistema stesso e, quindi, la sua legittimità agli occhi dei cittadini[83]. Per cui, ancorare il funzionamento del sistema amministrativo europeo ad un *Codice generale di regole* agevolmente individuabili e riconoscibili può fornire in proposito un contributo di sicuro rilievo.

Il potenziamento della trasparenza, in altri termini, dovrebbe essere il criterio informatore dell'azione delle istituzioni europee e costituire una leva strategica indispensabile per l'avvicinamento dei cittadini alle stesse e la realizzazione di un maggior controllo democratico[84]. L'attività dei pubblici poteri dovrebbe sempre avere la pubblicità quale regola e invece il segreto come eccezione[85] riferibile di volta in volta a specifiche esigenze di tutela, quali quelle della riservatezza delle informazioni personali o del segreto professionale[86]. Non a caso nell'art. 1, par. 2, TUE si sancisce che il Trattato "segna una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano prese nel modo più trasparente possibile e il più possibile vicino ai cittadini". Trasparenza e approfondimento dell'integrazione vengono quindi strettamente legati essendo funzionali al coinvolgimento e al senso di appartenenza[87]. Soprattutto in un ordinamento giuridico frammentato come quello comunitario, è necessario "mantenere e sviluppare una

[83] FUENTETAJA PASTOR, *Del "derecho a la buena administración",* cit., p. 34.

[84] V. MIGLIAZZA, *Procedure istituzionali europee in tema di democrazia partecipativa,* in *Rivista italiana della comunicazione pubblica*, 2006/29, p. 14.

[85] Così MARSOCCI, *I profili giuridici dell'attività di comunicazione istituzionale nel difficile confronto tra pubblico e privato*, in FACCIOLI (a cura di), *Comunicazione pubblica e cultura del servizio*, Roma, 2000, p. 157.

[86] LOCCHI, *Il principio di trasparenza*, cit., p. 2; ZILLER, *Origines et retombèes du principe de transparence en droit de l'Union europeènne,* in GUGLIELMI, ZOLLER (sous la direction de), *Démocratie, transparence et gouvernance citoyenne,* Paris, 2014, p. 25 ss.

[87] NAPOLITANO fa riferimento a "un'Unione europea democratica, basata su un sistema trasparente, che richiede dunque la considerazione dei diritti di partecipazione e di accesso, intesi non solo come diritti di accesso alle informazioni, ma come accesso all'amministrazione europea in sé e per sé considerata" (*Verso la codificazione del procedimento amministrativo dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015, p. 298).

infrastruttura legale" per salvaguardare la trasparenza giuridica e l'unitarietà del sistema[88]. La stessa pluralità delle lingue ufficiali nell'Unione, del resto, spinge alla ricerca del significato comune dei termini giuridici utilizzati.

In conclusione, la codificazione, attraverso il contributo determinante del Parlamento europeo, può essere considerata come un metodo ed uno strumento per riportare nella dimensione democratica la produzione sovranazionale delle norme favorendo il rilancio del processo costituente dell'Unione nella transizione dall'Europa del mercato all'Europa dei diritti[89]. In tale prospettiva l'Unione, da teatro dell'ascesa del principio di trasparenza, potrebbe anche diventarne il promotore presso gli Stati membri; trasparenza e approfondimento dell'integrazione vengono quindi strettamente legati essendo funzionali al coinvolgimento e al senso di appartenenza.

Tuttavia, non si riscontra attualmente nella società europea un forte senso di identità paragonabile ai sentimenti di identità nazionale presenti nel XIX secolo[90]. Il regolamento generale di codificazione potrebbe costituire, sotto più profili, una sintesi dell'identità multipla dell'Europa, che ne costituisce l'incomparabile ricchezza, ed anche l'espressione, in questa sintesi, della sua ricerca di unità politica attraverso l'indispensabile affermazione della reciproca solidarietà. Tale regolamento sarebbe espressione di un nuovo diritto che sarà effettivamente europeo se corrisponderà ad una società e ad una soggettività costituzionale europee[91] ed al recupero pieno delle basi dello Stato di diritto, purtroppo in

[88] SCHUPPERT, BUMKE, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, Baden-Baden, 2000, p. 40; PURNHAGEN, *The Politics of Systematization in EU Product Safety Regulation: Market, State, Collectivity, and Integration*, London, 2013, p. 105. Per IRTI la codificazione si lega alla necessità di "mettere ordine nelle cose, cogliere fili sottili di raccordo, raggruppare le leggi con criteri di stabilità e unità. Nel sistema, o nella pluralità di sistemi, le leggi trovano un luogo di ordine e di significati" (*Legislazione e codificazione*, in *Treccani*, *Enciclopedia delle scienze sociali*, 1996).

[89] Secondo PANEBIANCO "la complessità crescente dei fenomeni regolati impone di passare dai codici-raccolte di trattati e di atti normativi a veri e propri 'codici comunitari omogenei' autonomi, di livello esterno-interno altrimenti codici legislativi o amministrativi" (*Codici internazionali diplomatici e diritto europeo*, Napoli, 2017, p. 58).

[90] Giustamente MENGONI rilevava il passaggio a una idea di codice puramente tecnica e non più rivestita dei significati ideologico-politici propri dell'ottimismo ottocentesco della codificazione (*Ancora sul metodo giuridico,* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1984, p. 321 ss.).

[91] CASAVOLA, *Dal diritto romano al diritto europeo,* in MALINVAUD, GLENDON (eds.), *Conceptualization of the Persons in Social Sciences, Proceedings of the Eleventh Plenary Session of the Pontifical Academy of Social Sciences 18-22 novembre 2005, Acta 11*, Vatican City, 2016, p. 194. Per LIPARI è "ormai impensabile la chiusura nell'ottica

crisi in più di un Paese membro[92]. Ma proprio perché potrebbe rappresentare simbolica evidenza del processo d'integrazione europea, tale regolamento avrebbe bisogno di un consenso ampio nel Parlamento europeo e, soprattutto, fra i cittadini europei[93]. Senza i suddetti elementi si tratterebbe di un progetto destinato al fallimento e, francamente, lo scenario che oggi si presenta non ci rende ottimisti.

angusta di un singolo ordinamento, non solo per l'ormai evidente universalità del mercato, ma anche per la sempre più diffusa convinzione che vi sono beni inclusivi che si sottraggono a qualsiasi forma di appropriabilità e di commercialità" (*La codificazione*, cit., p. 882).

[92] Per VAN DEN BERG il progetto di una codificazione europea potrebbe essere parte di un processo di formazione di uno Stato (*The Politics of European Codification: A History of the Unification of Law in France, Prussia, the Austrian Monarchy and the Netherlands*, Groningen, 2007, p. 273).

[93] "È indispensabile ormai un'iniziativa politica forte per uscire dall'impasse di un impossibile codice civile europeo […] V'è da sperare che a ciò si arrivi attraverso un genuino processo democratico, senza dover attendere un Napoleone del terzo millennio" (RODOTÀ, *Il Codice civile,* cit., p. 33).

PARTE TERZA

GLI STRUMENTI DELLA CODIFICAZIONE

GLI STRUMENTI DELLA CODIFICAZIONE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE PUBBLICO NELL'ETÀ DELLA CODIFICAZIONE *LIGHT*

Santiago VILLALPANDO[*]

SOMMARIO: 1. L'età della codificazione *light*. – 2. I limiti intrinseci della codificazione del diritto internazionale pubblico tramite trattati multilaterali. – 3. La codificazione del diritto internazionale pubblico in una perspettiva storica. – 4. L'emergenza della codificazione *light*. – 5. L'uso della codificazione *light* dalla giurisprudenza. – 6. La posizione del codificatore, del giudice e del rappresentante dello Stato davanti alla codificazione *light*.

1. L'età della codificazione light

In un volume ormai classico pubblicato nel 1979 e intitolato "L'età della decodificazione"[1], Natalino Irti identificava i parametri di una possibile crisi della codificazione in diritto privato. In quel volume, l'Irti descriveva un fenomeno di progressiva erosione del codice civile e l'emergenza di un policentrismo legislativo fatto di leggi speciali che rispondono agli interessi di diversi soggetti sociali. Questo fenomeno, secondo lui, aveva delle conseguenze non soltanto sulla nostra concezione della legge e dei valori che esprime, ma anche sul ruolo del giurista nella società. Sebbene si riferisca a un settore del diritto ben lontano dal diritto internazionale pubblico, questo volume dimostra che il tema del nostro convegno – quello della codificazione – può rivelarsi uno strumento per riflettere sull'evoluzione sistemica dell'ordinamento giuridico, nonché servire da avvertimento che la codificazione può far scaturire controversie fondamentali sul concetto di diritto.

[*] Consigliere giuridico e Direttore, Ufficio delle norme internazionali e degli affari giuridici, UNESCO. L'autore è responsabile per la selezione e presentazione dei fatti contenuti in questo contributo e per le opinioni espresse, che non sono necessariamente quelle dell'UNESCO né impegnano l'Organizzazione. Ringrazia Francesco Messineo per la sua paziente rilettura e per i suoi preziosi suggerimenti.

[1] IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979. V. anche IRTI, *Decodificazione*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, vol. V, 142-148.

È subito da chiarire che non è l'intenzione di questo contributo argomentare che il diritto internazionale pubblico stia vivendo una "età della decodificazione". E ciò se non altro perché l'opera codificatrice non ha mai raggiunto, nel nostro ordinamento, la centralità del codice civile nel diritto privato.

C'è però, nell'ultimo quarto di secolo, un'evoluzione negli strumenti che vengono usati dalle Nazioni Unite per la codificazione, che ci porta a riflettere sul concetto stesso di codificazione del diritto internazionale pubblico e dei mezzi che devono essere usati per raggiungere quest'obiettivo. Fino agli anni Ottanta, l'Organizzazione sembrava favorire la forma convenzionale come strumento della codificazione: numerose sono le convenzioni adottate in quel periodo, alcune delle quali sono celebrate come le opere più riuscite della codificazione del diritto internazionale pubblico, quali le convenzioni di Vienna sulle relazioni diplomatiche o sul diritto dei trattati. Negli ultimi venticinque anni, l'opera delle Nazioni Unite, lungi dall'essersi fermata, ha avuto un'intensità forse mai vista. I lavori dell'Assemblea generale, però, hanno di rado dato luogo a strumenti vincolanti. Soltanto due convenzioni di codificazione sono state adottate sotto l'egida delle Nazioni Unite dagli anni Novanta: la Convenzione sull'utilizzo dei corsi d'acqua internazionali per scopi diversi dalla navigazione del 1997 e la Convenzione sulle immunità degli Stati e dei loro beni del 2004[2]. Ormai, i governi esitano ad adottare convenzioni di codificazione e quest'ultima prende piuttosto la forma di strumenti di *soft law*, variamente denominati.

Ciò porta a chiedersi se non siamo forse entrati in una fase nuova della codificazione del diritto internazionale pubblico. Un'età che – per motivi che saranno spiegati nelle prossime pagine – questo contributo propone di chiamare della "codificazione *light*", una codificazione che viene ormai compiuta prevalentemente con strumenti che non sono fonti formali del diritto internazionale. L'obiettivo di questo contributo è appunto quello di analizzare questo fenomeno per determinare se costituisce una crisi della codificazione del diritto internazionale pubblico, oppure se ci si debba vedere soltanto una nuova tappa dell'opera codificatrice, che presenta nuove sfide, ma forse anche nuove opportunità.

[2] La prima di queste convenzioni è entrata in vigore soltanto nel 2014 e ha solo 36 parti (vedasi: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-12&chapter=27&clang=_en); la seconda ha raccolto soltanto 21 delle 30 ratifiche necessarie per la sua entrata in vigore (vedasi: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=_en).

2. I limiti intrinseci della codificazione del diritto internazionale pubblico tramite trattati multilaterali

L'idea che la codificazione si debba fare tramite una fonte formale del diritto è ispirata dal modello degli ordinamenti interni.

La codificazione interna, in effetti, viene compiuta tramite un atto legislativo che è integrato, anche in un posto centrale, nell'ordinamento giuridico. Tuttavia, questa codificazione dei diritti interni è assai diversa da quella del diritto internazionale pubblico. Prima di tutto, la codificazione interna effettuata da una legge costituisce un atto di autorità che s'impone ai destinatari delle norme. Spesso, la codificazione interna rappresenta anche un *upgrade* normativo, in quei casi nei quali traduce norme consuetudinarie in norme legislative di maggior valore giuridico formale. E infine, la codificazione legislativa generalmente abroga la normativa contraria preesistente e s'impone dunque come regolamentazione centrale della materia. Tutto ciò spiega perché la codificazione dei diritti interni viene associata – come menziona l'Irti – alle idee di stabilità e di unità dell'ordinamento giuridico. In questa perspettiva, la codificazione legislativa presenta indubbi vantaggi, poiché propone una sistemazione delle norme che è allo stesso tempo sicura e di applicazione universale.

La codificazione del diritto internazionale pubblico, invece, incontra certe limitazioni intrinseche al sistema delle fonti del nostro ordinamento. L'unica fonte formale che si trova a disposizione del codificatore internazionale è il trattato multilaterale, che è però una fonte che deve necessariamente essere accettata dai destinatari[3]: costoro hanno sempre l'opzione di chiamarsi fuori, o astenendosi dal ratificare il trattato oppure formulandovi riserve[4]. La codificazione convenzionale, poi, non fa altro che riprodurre la norma consuetudinaria in una fonte scritta che non ha un valore giuridico formale maggiore: non esiste, infatti, una gerarchia delle fonti nel diritto internazionale pubblico. E ne consegue che il tratta-

[3] Questo è un corollario del famoso *dédoublement fonctionnel* identificato da SCELLE in *Droit international public, Manuel élémentaire avec les textes essentiels*, Paris, 1944, pp. 21-23.

[4] Nella sua Guida sulle riserve, la CDI ha segnalato che la formulazione di riserve è possibile anche su disposizioni convenzionali che riflettono il diritto consuetudinario, precisando, nel commentario, che non si può considerare che le riserve a convenzioni di codificazione siano necessariamente contrarie all'oggetto e scopo del trattato (vedasi direttiva 3.1.5.3 e commentario, in *Report of the International Law Commission on the work of its sixty-third session*, UN doc. A/66/10/Add.1, pp. 368-376, in particolare p. 373, http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/66/10/Add.1&referer= http://legal.un.org/ilc/texts/1_8.shtml&Lang=F).

to di codificazione non abroga, ma piuttosto coesiste con le norme del diritto consuetudinario preesistente; e ciò, si badi bene, non soltanto nelle relazioni fra gli Stati che hanno accettato il trattato di codificazione e coloro che non vi hanno aderito[5], ma anche in quelle fra gli Stati parti del trattato di codificazione[6].

Ne risulta che, per l'internazionalista, il vantaggio di procedere a una codificazione per trattato non è così manifesto. Ci si guadagna, sì, in chiarezza e sistematizzazione, ma non in valore giuridico formale o unità di regime. E si corre addirittura il rischio di portare confusione, nel caso in cui le negoziazioni catalizzassero controversie sullo stato del diritto o risultassero in un trattato di codificazione che non raccolga sufficienti ratifiche per entrare in vigore. Insomma, l'esercizio codificatore internazionale comporta il pericolo che, non essendoci accontentati di quelle norme consuetudinarie dal contenuto forse incerto ma almeno universali, ci ritroviamo con una sistematizzazione convenzionale più nitida, ma che porta instabilità e frammentazione del sistema.

3. La codificazione del diritto internazionale pubblico in una perspettiva storica

In realtà, se prendiamo una prospettiva storica, l'idea che la codificazione del diritto internazionale pubblico si debba compiere tramite la via convenzionale non è un dato di fatto[7].

[5] Vedasi la sentenza nel caso della *Piattaforma continentale nel Mare del Nord*, nella quale la CIG dovette identificare la norma di diritto internazionale generale per la delimitazione della piattaforma continentale applicabile fra la Danimarca e i Paesi Bassi, che erano parti della Convenzione del 1958 sulla piattaforma continentale, e la Germania, che non ne era parte. CIG, sentenza 20 febbraio 1969, *Case Concerning North Sea Continental Shelf (Proceedings joined with Federal Republic of Germany* v. *Denmark)*, *I.C.J. Reports 1969*, spec. p. 24, par. 25.

[6] Vedasi la sentenza nel caso delle *Attività militari e paramiliatari in e contro il Nicaragua*, dove la CIG determinò che la riserva fatta dagli Stati Uniti nella sua dichiarazione unilaterale (che escludeva dalla giurisdizione della Corte le controversie riguardanti trattati multilaterali) impediva l'applicazione da parte della Corte stessa della Carta delle Nazioni Unite e della Carta dell'Organizzazione degli Stati americani, ma non quella di altre fonti del diritto internazionale a norma dell'art. 38 del suo Statuto, come le regole consuetudinarie sulla proibizione dell'uso della forza o dell'intervento negli affari interni dello Stato. CIG, sentenza 27 giugno 1986, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America)*, *I.C.J. Reports 1986*, p. 38, par. 56.

[7] Sul ruolo dei trattati nell'opera di codificazione e sviluppo progressivo delle Nazioni Unite, vedasi GAJA, *The Place of Treaties in the Codification and Progressive De-*

Nello stabilire che l'Assemblea generale "intraprende studi e fa raccomandazioni allo scopo di […] incoraggiare lo sviluppo progressivo del diritto internazionale e la sua codificazione", l'art. 13 della Carta delle Nazioni Unite non identifica quali siano gli strumenti che debbano essere usati per quest'opera. Lo Statuto della Commissione del diritto internazionale (CDI) – l'organo che assiste l'Assemblea generale nel suo mandato codificatore – distingue chiaramente le procedure che devono essere seguite e gli strumenti che devono essere prodotti per lo "sviluppo progressivo", da un lato, e per la "codificazione", dall'altro[8]. Lo Statuto richiede la preparazione di "progetti di convenzione" soltanto nell'ipotesi di uno sviluppo progressivo, cioè della regolamentazione di materie nelle quali la prassi statale non si è ancora sviluppata[9]. E ciò è logico: una fonte formale del diritto è necessaria in questo caso poiché si tratta di creare norme nuove. Per la codificazione *stricto sensu*, cioè per la formulazione e sistematizzazione di norme consuetudinarie preesistenti[10], lo Statuto

velopment of International Law, in CHESTERMAN, MALONE, VILLALPANDO (eds), *Oxford Handbook on United Nations Treaties*, Oxford (in corso di pubblicazione).

[8] La procedura applicabile per lo sviluppo progressivo viene stabilita dagli articoli 16 e 17, mentre quella della codificazione è regolata dagli articoli 18-24. Queste procedure hanno alcuni elementi in comune, e cioè: i) l'adozione preliminare di un piano di lavoro; ii) la richiesta d'informazioni ai governi per procedere allo studio della materia; iii) la preparazione di un primo progetto che viene pubblicato quale documento della CDI e distribuito ai governi per commenti; e iv) l'adozione di un progetto finale con un rapporto esplicativo, che viene sottoposto all'Assemblea generale con una serie di raccomandazioni. Secondo lo Statuto, però, ci sono alcune differenze significative. Per lo sviluppo progressivo, lo Statuto prevede che la procedura debba essere iniziata dall'Assemblea generale o da una proposta di uno Stato membro delle Nazione Unite, un altro organo principale delle Nazione Unite, un'agenzia specializzata o un organo ufficiale stabilito tramite accordo intergovernativo per la codificazione e lo sviluppo progressivo del diritto internazionale. Per la codificazione, invece, la CDI ha potere di iniziativa, dovendo procedere a un'indagine del diritto internazionale e fare raccomandazioni all'Assemblea su materie per le quali la codificazione sarebbe necessaria e opportuna. Per quanto riguarda i metodi di lavoro, la nomina di un Relatore speciale chiamato a presentare progetti alla CDI viene prevista soltanto per lo sviluppo progressivo; invece, gli articoli riguardanti la procedura di codificazione prevedono che la CDI debba preparare "progetti nella forma di articoli", accompagnati da commentari, da sottoporre all'Assemblea.

[9] Secondo la definizione dell'art. 15 dello Statuto, "the expression 'progressive development of international law' is used for convenience as meaning the preparation of draft conventions on subjects which have not yet been regulated by international law or in regard to which the law has not yet been sufficiently developed in the practice of States".

[10] Secondo la definizione dell'art. 15 dello Statuto, "the expression 'codification of international law' is used for convenience as meaning the more precise formulation and systematization of rules of international law in fields where there already has been extensive State practice, precedent and doctrine".

contempla invece un ventaglio più ampio di possibilità: secondo l'art. 23, la CDI può raccomandare all'Assemblea generale: i) di non agire, considerando che la pubblicazione del rapporto della CDI è sufficiente, ii) di prendere nota o di adottare il rapporto della CDI in una risoluzione, iii) di raccomandare il progetto preparato dalla CDI agli Stati membri per la possibile conclusione di una convenzione, o iv) di convocare una conferenza diplomatica per l'adozione di una convenzione.

Nei suoi primi anni di lavoro, la CDI produsse vari progetti non intesi per una codificazione convenzionale: il progetto di Dichiarazione sui diritti e doveri degli Stati[11]; la formulazione dei Principi di Norimberga[12]; il progetto di Codice di crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità[13]; o le regole modello sulla procedura arbitrale[14].

[11] Nella risoluzione 178 (II) del 21 novembre 1947, l'Assemblea generale diede istruzione alla CDI di preparare un progetto di dichiarazione basato su una proposta fatta dal Panama. Nel 1949, la CDI sottopose il progetto di dichiarazione all'Assemblea, indicando che "it was for the General Assembly to decide what further course of action should be taken […] and, in particular, whether it should be transmitted to Member Governments for comments" (*YILC*, 1949, vol. I, p. 290). L'Assemblea generale trasmise il progetto di dichiarazione agli Stati membri per commenti (risoluzione 375 (V), 6 dicembre 1949) e poi decise di rinviare la sua considerazione fino a quando una maggioranza degli Stati non avesse risposto a quella domanda (risoluzione 596 (VI), 7 dicembre 1951).

[12] L'Assemblea generale diede alla CDI il mandato di formulare i Principi di Norimberga nella sua risoluzione 177 (II) del 21 novembre 1947. La CDI sottopose la formulazione dei principi, con commentari, nel 1950 (*YILC*, 1950, vol. II, pp. 374-378). Nella sua risoluzione 488 (V) del 12 dicembre 1950, l'Assemblea generale invitò gli Stati membri a dare i loro commenti al progetto, invitando la CDI a considerare le osservazioni ricevute nei suoi lavori per il suo progetto di Codice di crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità.

[13] La CDI ricevette il mandato di preparare un progetto di Codice di crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità nella risoluzione 177 (II) del 21 novembre 1947 dell'Assemblea generale. La CDI presentò una prima versione del progetto nel 1951 (*YILC*, 1951, vol. II, pp. 133-140) e alcune aggiunte nel 1954 (*YILC*, 1954, vol. II, pp. 149-152). L'Assemblea generale rinviò la considerazione di questo progetto nell'attesa del risultato dei lavori del Comitato speciale sulla definizione dell'aggressione (risoluzione 897 (IX), 4 dicembre 1954).

[14] La CDI decise di dare priorità a questo tema fra le materie di codificazione nel 1949. Nel 1953, sottopose all'Assemblea un progetto di articoli con la raccomandazione che fosse adottata una convenzione. Considerate le critiche a questa proposta, la CDI presentò nel 1958 un secondo progetto nella forma di regole sulla procedura arbitrale, con commentari, che potessero servire da modello agli Stati nei loro trattati di arbitrato (*YILC*, 1958, vol. II, pp. 80-88). Nella sua risoluzione 1262 (XIII) del 14 novembre 1958, l'Assemblea generale raccomandò queste regole all'attenzione degli Stati membri per la redazione di trattati di arbitrato e *compromis*.

Ben presto, però, la CDI incominciò a focalizzarsi nella preparazione di veri e propri progetti di convenzione, per esempio sull'apolidia[15], il diritto del mare[16] o le relazioni diplomatiche e consolari[17]. Negli anni Sessanta, si era ormai affermata nelle menti degli internazionalisti l'idea che la CDI fosse – essenzialmente e preferibilmente – una redattrice di progetti di convenzione.

Questo sviluppo si spiega, in parte, per le difficoltà incontrate dalla CDI nel separare chiaramente gli esercizi di codificazione e di sviluppo progressivo. Già nel 1949, il Segretario generale aveva fatto osservare alla CDI che le definizioni di queste due espressioni venivano adottate dallo Statuto "for the sake of convenience", e che "there was no intention that the Commission should limit itself, in the matter of codification,

[15] Nel 1954, la CDI presentò due progetti di convenzione (uno sull'eliminazione dell'apolidia, l'altro sulla sua riduzione), lasciando all'Assemblea generale la decisione se preferire l'uno o l'altro (*YILC*, 1954, vol. II, pp. 141-147). Nella sua risoluzione 896 (IX) del 4 dicembre 1954, l'Assemblea generale espresse il desiderio che fosse convocata una conferenza diplomatica per la conclusione di una convenzione. La Conferenza delle Nazioni Unite sull'eliminazione e la riduzione dei casi futuri di apolodia ebbe luogo negli anni 1959 e 1961, e culminò nell'adozione della Convenzione sulla riduzione dell'apolidia del 1961.

[16] La CDI decise di dare priorità al tema del regime dell'alto mare nel 1949, e fu richiesta dall'Assemblea generale, nella sua risoluzione 374 (V) del 6 dicembre 1949, di aggiungere il tema del regime del mare territoriale. La CDI presentò, nel 1956, dei progetti di articoli sul diritto del mare, con la raccomandazione che fosse convocata una conferenza diplomatica per l'esame di tutte le questioni afferenti al diritto del mare e l'adozione di una o più convenzioni o di altri strumenti appropriati (*YILC*, 1956, vol. II, pp. 254-301). La Conferenza delle Nazioni Unite sul diritto del mare, convocata dalla risoluzione 1105 (XI) del 21 febbraio 1957 dell'Assemblea generale, si riunì nel 1958 e si concluse con l'adozione di quattro convenzioni: La Convenzione sul mare territoriale e la zona contigua, la Convenzione sull'alto mare, la Convenzione sulla pesca e la conservazione delle risorse biologiche dell'alto mare e la Convenzione sulla piattaforma continentale.

[17] L'Assemblea generale chiese alla CDI di dare priorità al tema delle relazioni e immunità diplomatiche nella sua risoluzione 685 (VII) del 5 dicembre 1952. La CDI presentò un progetto di articoli nel 1958, con la raccomandazione che fosse adottata una convenzione (*YILC*, 1958, vol. II, pp. 89-105). Convocata dalla risoluzione 1450 (XIV) del 7 dicembre 1959, la Conferenza delle Nazioni Unite sulle relazioni e le immunità diplomatiche si tenne nel 1961 e portò all'adozione della Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche e di due protocolli facoltativi. La CDI iniziò i suoi lavori sulle relazioni consolari nel 1955, e presentò un progetto di articoli nel 1961 con la raccomandazione che fosse convocata una conferenza diplomatica per la conclusione di una convenzione (*YILC*, 1961, vol. II, pp. 89-128). Convocata dalla risoluzione 1685 (XVI) del 18 dicembre 1961, la Conferenza delle Nazioni Unite sulle relazioni consolari si tenne nel 1963 e terminò con l'adozione della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari e di due protocolli facoltativi.

to a mere recording, in a systematized form, of the existing law"[18]. La CDI stessa ha indicato che l'esercizio delle sue funzioni "proved not to require a method of 'codification' and another of 'progressive development', the draft articles prepared on particular topics incorporating elements of both *lex lata* and *lex ferenda*"[19]. La CDI ha addirittura considerato che "[t]he distinction between codification and progressive development is difficult if not impossible to draw in practice; the Commission has proceeded on the basis of a composite idea of codification and progressive development. Distinctions drawn in its statute between the two processes have proved unworkable and could be eliminated in any review of the statute"[20]. In altre parole, la CDI ha adottato un approccio molto flessibile nell'applicazione delle procedure e metodi di lavoro previsti dal suo Statuto. E per quanto riguarda i prodotti del suo lavoro, nel dubbio sulla natura delle norme codificate, ha sovente preferito lo strumento convenzionale, che assicura una fonte formale di creazione normativa.

La scelta del trattato multilaterale come strumento di codificazione non risponde, però, a una ragione di principio. Per esempio, una delle codificazioni più celebrate delle Nazioni Unite – quella sul diritto dei trattati – adottò la forma convenzionale semplicemente per ragioni circostanziali legate a un periodo storico particolare. Nel 1956, il terzo Relatore speciale sulla materia, Gerald Fitzmaurice, aveva inizialmente preso la posizione contraria: secondo lui, "any codification of the law of treaties […] should take the form of a code and not of a draft convention"[21]. Fu soltanto nel 1961, su iniziativa del quarto Relatore speciale, Humphrey Waldock, che la CDI optò per la preparazione di un progetto di arti-

[18] *Survey of International Law in relation to the Work of Codification of the International Law Commission*, UN doc. A/CN.4/1/Rev.1, 10 febbraio 1949, par. 3, riprodotto in: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_1_rev1.pdf&lang=EF.

[19] *Review of the multilateral treaty-making process (paragraph 2 of General Assembly resolution 32/48)*, UN doc A/CN.4/325, par. 13, riprodotto in *YILC*, 1979, vol. II, part 1, p. 187.

[20] *Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session*, UN doc. A/51/10, par. 147, riprodotto in *YILC*, 1996, vol. II, part. 2, p. 84.

[21] *Report on the law of treaties, by Mr. G.G. Fitzmaurice*, UN doc. A/CN.4/101, par. 9, riprodotto in *YILC*, 1956, vol. II, pp. 106-107. Secondo Gerald Fitzmaurice, "it seems inappropriate that a code on the law of treaties should take the form of a treaty; or rather it seems more appropriate that it should have an independent basis". Nella sua opinione, poi, "much of the law of treaties is not especially suitable for framing in conventional form", poiché "[i]t consists of enunciations of principles and abstract rules, most easily stated in the form of a code" con "declaratory and explanatory material".

coli destinato a diventare una convenzione[22], con la motivazione seguente: "First, an expository code, however well formulated, cannot in the nature of things be so effective as a convention for consolidating the law; and the consolidation of the law of treaties is of particular importance at the present time when so many new States have recently become members of the international community. Secondly, the codification of the law of treaties through a multilateral convention would give all the new States the opportunity to participate directly in the formulation of the law if they so wished; and their participation in the work of codification appears to the Commission to be extremely desirable in order that the law of treaties may be placed upon the widest and most secure foundations"[23].

Fu dunque per questa ragione, legata al contesto specifico della decolonizzazione, che la CDI raccomandò all'Assemblea generale di convocare una conferenza diplomatica che sarebbe poi risultata nell'adozione della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969. In un commentario scritto un paio d'anni più tardi, Roberto Ago – membro della CDI e Presidente della Conferenza di Vienna – confermò l'adeguatezza di questa scelta, segnalando quanto fosse stato importante riconoscere le trasformazioni profonde nella composizione e nella struttura sociale della comunità internazionale che erano avvenute negli anni precedenti, tenuto conto della sfiducia degli Stati decolonizzati verso norme internazionali alla creazione delle quali non avevano partecipato[24].

Tuttavia, appena raggiunto quest'apogeo, il successo della codificazione convenzionale cominciò a declinare. La Convenzione di Vienna stessa ci mise più di un decennio per entrare in vigore e oggi ancora non

[22] *Report of the International Law Commission on the work of its thirteenth session*, UN doc. A/CN.4/141, par. 39, riprodotto in *YILC*, 1961, vol. II, p. 28.

[23] *Report of the International Law Commission on the work of its fourteenth session*, UN doc. A/CN.4/148, par. 17, riprodotto in *YILC*, 1962, vol. II, p. 160. È interessante segnalare l'osservazione che venne fatta, nei dibattiti, dal Segretario della CDI: "States did not seem sufficiently academically minded to use models of that type (cioè del tipo di codice espositivo); what they required was an adequate presentation of the material of international law in the form of draft conventions. Particularly in recent years, there had been a marked tendency on the part of States to prefer the convention form for the purpose of codifying international law". *Summary record of the 620th meeting*, UN doc. A/CN.4/SR.620, parr. 33-34, riprodotto in *YILC*, 1961, vol. I, p. 250.

[24] AGO, *Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne*, in *Collected Courses*, 1971, vol. 134, pp. 306-309. Vedasi anche ROSENNE, *A Posteriori Reflections on the Vienna Convention on the Law of Treaties*, in MIAJA DE LA MUELA (ed.), *Estudios de derecho internacional. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, Madrid, 1979, vol. I, pp. 441-455, spec. pp. 441-444.

conta che 116 Stati Parti[25], restando ben lontana dall'universalità. Inoltre, quasi nessuno dei trattati di codificazione adottati da allora ha raggiunto un tale successo[26].

4. L'emergenza della codificazione light

Ecco che entra in scena la codificazione *light*[27]. Dagli anni Novanta, la nostra affidabile redattrice di progetti di convenzione incomincia a cambiare corso.

Nel 1993, la CDI decise di riprendere il tema delle riserve – che era già stato codificato nelle Convenzioni di Vienna sul diritto dei trattati –, ma ai fini di preparare una "guida della prassi", cioè una serie di direttive non vincolanti che dovevano servire semplicemente da "cassetta degli attrezzi" (queste sono le parole della CDI) per i professionisti della materia[28]. Alla fine dei suoi lavori sulla nazionalità in casi di successione degli Stati, nel 1999, la CDI raccomandò all'Assemblea generale l'adozione di una semplice dichiarazione sulla materia, invece di un trattato[29]. E poi, colpo di scena, dopo mezzo secolo di lavori sulla responsa-

[25] Per lo stato delle adesioni alla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, v. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=_en.

[26] La Convenzione di Vienna sulla rappresentanza degli Stati nelle loro relazioni con organizzazioni internazionali di carattere universale del 1975 è stata ratificata solo da 34 Stati e non è entrata in vigore; per lo stato delle adesioni, v. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-11&chapter=3&clang=_en. La Convenzione di Vienna sulla successione degli Stati rispetto ai trattati del 1978 è entrata in vigore nel 1996 e ha soltanto 22 Stati parti. La Convenzione di Vienna sulla successione degli Stati rispetto ai beni pubblici, gli archivi e i debiti pubblici del 1983 è stata ratificata solo da 7 Stati e non è entrata in vigore. La Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati fra Stati e organizzazioni internazionali e fra organizzazioni internazionali del 1986 ha 44 ratifiche, ma non è entrata in vigore. Vedasi anche le convenzioni menzionate *supra*, nota 2. Un'eccezione è la Convenzione sulla prevenzione e repressione dei reati contro le persone internazionalmente protette, compresi gli agenti diplomatici, del 1973, che è entrata in vigore velocemente nel 1977 e ha 180 Stati parti; per lo stato delle adesioni, v. https://treaties.un.org/ Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-7&chapter=18&clang=_en.

[27] Per una descrizione più approfondita di questo fenomeno, vedasi VILLALPANDO, *Codification Light: A New Trend in the Codification of International Law at the United Nations*, in *Anuário brasileiro de direito internacional*, 2013, pp. 117-155.

[28] *Report of the International Law Commission on the work of its sixty-third session*, UN doc. A/66/10/Add.1, spec. pp. 34-35.

[29] *YILC*, 1999, vol. II, part 2, par. 44, p. 20. L'Assemblea generale invece decise di rinviare la questione a più tardi, lasciando aperta la possibilità di adottare una convenzione e invitando gli Stati a sottoporre i propri commenti (risoluzione 54/112, 9 dicembre 1999). Negli anni seguenti, l'Assemblea ritornò sulla questione periodicamente (vedasi le

bilità degli Stati per fatti internazionalmente illeciti, la CDI presentò all'Assemblea generale, nel 2001, un elaborato "progetto di articoli", pregandola, però, di limitarsi a prenderne nota in una risoluzione e di lasciare a più tardi, vista l'importanza del tema, la decisione se convocare una conferenza diplomatica allo scopo di adottare una convenzione[30]. Ci sono molte spiegazioni per questa proposta, ma sembra utile menzionarne una in particolare. È stato avanzato l'argomento che la negoziazione di una convenzione su questo tema potrebbe addirittura avere un effetto "decodificatore", non nel senso dell'Irti, ma nel senso che potrebbe provocare dubbi sullo stato del diritto nella materia che sono stati risolti grazie all'equilibrato prodotto della CDI[31].

Dagli anni Novanta, questa sembra essere la nuova tendenza nella codificazione del diritto internazionale pubblico dalle Nazioni Unite. Negli ultimi anni, la maggior parte dei lavori della CDI consistono in vari tipi di strumenti di *soft law*. Ci sono i "principi", cioè prescrizioni generali destinate a venire incluse in uno strumento non vincolante, come un annesso a una risoluzione dell'Assemblea generale[32]. Ci sono le "direttive", cioè una serie di enunciati prescrittivi che però non hanno valore vincolante formale e non intendono essere progetti di convenzione[33]. Ci sono poi le "conclusioni", cioè descrizioni della prassi che non hanno vocazione prescrittiva[34]. E infine, ci sono i "rapporti" o gli "studi" che raccolgono i risultati dei lavori della CDI su un tema[35].

risoluzioni 55/153 del 12 dicembre 2000, 59/34 del 2 dicembre 2004 e 63/118 dell'11 dicembre 2008), fino al 2011 quando decise di rinviare la questione *sine die* finché uno Stato non avesse richiesto di riprendere la discussione sulla base dello sviluppo della prassi (risoluzione 66/92, 9 dicembre 2011).

[30] *YILC*, 2001, vol. II, part 2, parr. 72-73, p. 25.

[31] In senso contrario, v. BODEAU-LIVINEC, *Responsibility of States and International Organizations*, in CHESTERMAN, MALONE, VILLALPANDO (eds), *Oxford Handbook*, cit.

[32] Per esempio, sul tema della responsabilità per danni transfrontalieri derivanti dall'esercizio di attività pericolose, la CDI presentò all'Assemblea generale otto progetti di principi sull'allocazione delle perdite (*YILC*, 2006, vol. II, part 2, pp. 56-90), dei quali l'Assemblea prese nota, annettendoli alla sua risoluzione 61/36 del 4 dicembre 2006. Vedasi anche i "principi guida" proposti dalla CDI sul tema degli atti unilaterali degli Stati (*YILC*, 2006, vol. II, part 2, pp. 159-166), dei quali l'Assemblea generale prese nota nella sua risoluzione 61/34 del 4 dicembre 2006.

[33] Oltre alla Guida della prassi sulle riserve menzionata *supra*, vedasi, per esempio: le direttive sull'applicazione provvisoria dei trattati e quelle sulla protezione dell'atmosfera, sulle quali i lavori della CDI sono attualmente in corso.

[34] Per esempio, le conclusioni del Gruppo di studio sulla frammentazione del diritto internazionale (*YILC*, 2006, vol. II, part 2, pp. 177-184), le conclusioni sugli accordi successivi e la prassi successiva in materia d'interpretazione dei trattati (adottate in seconda lettura dalla CDI nel 2018: *Report of the International Law Commission on the work of its seventieth session*, UN doc. A/73/10, par. 51, pp. 12-116), le conclusioni

In certe materie, la CDI continua a preparare dei veri e propri "progetti di articoli" destinati a diventare la base di uno strumento vincolante, con la raccomandazione fatta all'Assemblea generale di adottare una convenzione di codificazione alla vecchia maniera. In questi casi, però, l'Assemblea sembra ormai esitare: invece di prendere una decisione, preferisce rimandare la discussione sulla possibile negoziazione, in sede diplomatica, di uno strumento convenzionale, di solito in periodi di tre anni. Così, i "progetti di articoli" della CDI rimangono in un purgatorio d'indecisione nell'attesa di raggiungere il paradiso convenzionale, e in alcuni casi quest'attesa, degna di Godot, si può prolungare per diversi anni. Per esempio, quando ricevette dalla CDI, nel 2001, i progetti di articoli sulla responsabilità degli Stati, l'Assemblea generale ne prese nota, annettendoli alla sua risoluzione, ma poi decise di rinviare la discussione sulla forma definitiva che avrebbe dovuto prendere la codificazione[36]. L'Assemblea ritornò sulla questione tre anni più tardi, nel 2004, e poi ancora nel 2007, nel 2010, nel 2013 e nel 2016, senza giungere a una decisione[37]. Diciassette anni dopo la conclusione dei lavori della CDI, la sorte di questo progetto di articoli è ancora incerta. E non si tratta di un caso isolato: lo stesso *modus operandi* è stato seguito nei casi dei progetti di articoli della CDI sulla prevenzione di danni transfrontalieri che risultano da attività pericolose[38], la protezione diplomatica[39], le falde ac-

sull'identificazione del diritto consuetudinario internazionale (ivi, pp. 119-156, par. 65) e le conclusioni sullo *ius cogens* sulle quali i lavori sono in corso.

[35] Per esempio, il Rapporto finale della CDI sull'obbligo di estradare o perseguire (*aut dedere aut judicare*): *Report of the International Law Commission on the work of its sixty-sixth session*, UN doc. A/69/10, par. 65.

[36] Risoluzione 56/83, 12 dicembre 2001.

[37] Vedasi le risoluzioni 59/35, 2 dicembre 2004; 62/61, 6 dicembre 2007; 65/19, 6 dicembre 2010; 68/104, 16 dicembre 2013; 71/133, 13 dicembre 2016.

[38] La CDI presentò il Progetto di articoli sulla prevenzione di danni transfrontalieri che risultano da attività pericolose nel 2001 con la raccomandazione che fosse adottata una convenzione basata su tale Progetto (*YILC*, 2001, vol. II, part 2, pp. 144-170). Il testo del Progetto di articoli fu annesso alla risoluzione 62/68 del 6 dicembre 2007 dell'Assemblea generale. L'Assemblea poi ritornò sulla questione se adottare una convenzione nel 2010, nel 2013 e nel 2016, senza prendere una decisione definitiva al riguardo (vedasi le risoluzioni 65/20 del 6 dicembre 2010, 68/114 del 16 dicembre 2013 e 71/143 del 13 dicembre 2016). I dibattiti saranno ripresi nel 2019.

[39] La CDI presentò il Progetto di articoli sulla protezione diplomatica nel 2006 con la raccomandazione che fosse adottata una convenzione su tale base (*YILC*, 2006, vol. II, part 2, pp. 23-55). L'Assemblea si felicitò del Progetto di articoli, che fu annesso alla sua risoluzione 62/67 del 6 dicembre 2007, rinviando però la decisione sulla loro sorte. I dibattiti sono continuati nel 2010, nel 2013 e nel 2016, senza una decisione definitiva (vedasi le risoluzioni 65/27 del 6 dicembre 2010, 68/113 del 16 dicembre 2013 e 71/142 del 13 dicembre 2016), e saranno ripresi nel 2019.

quifere transfrontaliere[40], la responsabilità delle organizzazioni internazionali[41], gli effetti dei conflitti armati sui trattati[42], l'espulsione degli stranieri[43] e la protezione di persone in caso di catastrofi[44]. Nel frattempo, in quello che sembra ben più che un semplice lapsus freudiano, l'Assemblea generale, dopo averne preso nota nella sua prima risoluzione sulla materia, non si riferisce più ai "progetti di articoli", ma parla ormai semplicemente di "articoli", che diventano così una nuova specie nella fauna ormai ricchissima degli strumenti di *soft law*.

[40] La CDI presentò il Progetto di articoli sul diritto delle falde acquifere transfrontaliere nel 2008, con la raccomandazione che l'Assemblea generale ne prendesse nota e rinviasse la decisione se elaborare una convenzione sulla loro base: *Report of the International Law Commission on the work of its sixtieth session*, UN doc. A/63/10, pp. 19-43. Così fece l'Assemblea nella sua risoluzione 63/124 dell'11 dicembre 2008, riprendendo poi il dibattito sulla questione nel 2011, nel 2014 e nel 2017 (vedasi le risoluzioni 66/104 del 9 dicembre 2011, 68/118 del 6 dicembre 2014 e 71/150 del 13 dicembre 2016), senza decidere sulla sorte del Progetto. I dibattiti saranno ripresi nel 2019.

[41] La CDI presentò il Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali nel 2011, con la raccomandazione che l'Assemblea ne prendesse nota e rinviasse la decisione se elaborare una convenzione sulla loro base: *Report of the International Law Commission on the work of its sixty-third session*, UN doc. A/66/10, 2011, pp. 52-172. Così fece l'Assemblea nella sua risoluzione 66/110 del 9 dicembre 2011, ritornando poi sulla questione nel 2014 e nel 2017, senza giungere a una conclusione (vedasi le risoluzioni 69/16 del 10 dicembre 2014 e 72/122 del 10 dicembre 2017). I dibattiti saranno ripresi nel 2020.

[42] La CDI presentò il Progetto di articoli sugli effetti dei conflitti armati sui trattati nel 2011, con la raccomandazione che l'Assemblea ne prendesse nota e rinviasse la decisione se elaborare una convenzione su la loro base: *Report of the International Law Commission on the work of its sixty-third session*, UN doc. A/66/10, pp. 173-217. Così fece l'Assemblea nella sua risoluzione 66/99 del 9 dicembre 2011, ritornando poi sulla questione nel 2014 (vedasi la risoluzione 69/125 del 10 dicembre 2014) e nel 2017. Nella sua risoluzione 72/121 del 7 dicembre 2017, decise però di sospendere il dibattito periodico su questo tema e di ritornarci "at an appropriate time".

[43] La CDI presentò il Progetto di articoli sull'espulsione degli stranieri nel 2014, con la raccomandazione che l'Assemblea ne prendesse nota e rinviasse la decisione se elaborare una convenzione sulla loro base: *Report of the International Law Commission on the work of its sixty-sixth session*, UN doc. A/69/10, pp. 10-83. Così fece l'Assemblea generale nella sua risoluzione 69/119 del 10 dicembre 2014, ritornando poi sulla questione nel 2017, senza giungere a una conclusione; vedasi la risoluzione 72/117 del 7 dicembre 2017. I dibattiti saranno ripresi nel 2020.

[44] La CDI presentò il Progetto di articoli sulla protezione di persone in caso di catastrofi nel 2016 con la raccomandazione che fosse adottata una convenzione sulla loro base; vedasi *Report of the International Law Commission on the work of its sixty-eighth session*, UN doc. A/71/10, pp. 12-73. Ancora di recente, l'Assemblea generale con la risoluzione 73/209 del 20 dicembre 2018 ha preso atto del Progetto e sollecitato ulteriori commenti da parte dei Governi.

5. L'uso della codificazione light *dalla giurisprudenza*

La domanda che si pone è se questo abbandono della forma convenzionale costituisca un passo indietro nell'opera codificatrice.

Nella sua seconda risoluzione riguardo agli articoli sulla responsabilità degli Stati, nel 2004, l'Assemblea generale chiese al Segretario generale di preparare una compilazione di decisioni di tribunali internazionali che si fossero riferite ai progetti di articoli della CDI. Questa compilazione, presentata per la prima volta nel 2007, è stata aggiornata tre volte (nel 2010, nel 2013 e nel 2016) per tenere conto di ulteriori sviluppi giurisprudenziali[45]. Da uno studio di queste compilazioni risulta che i progetti di articoli (come l'Assemblea, chiamiamoli ormai semplicemente gli "articoli") sono stati invocati esplicitamente in centinaia di decisioni giurisprudenziali per determinare il diritto consuetudinario applicabile alla fattispecie. I tribunali che ne fanno ricorso sono assai variegati: non si tratta soltanto della Corte internazionale di giustizia (CIG) (che vi ha fatto riferimento ormai in parecchi casi), ma anche dell'Organo di Appello dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, di diversi tribunali arbitrali interstatali, numerosi tribunali arbitrali d'investimento, e anche di alcuni tribunali penali internazionali. È particolarmente interessante notare, poi, che, nella maggioranza dei casi, gli articoli costituiscono l'unica autorità invocata dal giudice per determinare il diritto applicabile e che essi non sono mai stati criticati frontalmente per contestarne la loro conformità col diritto consuetudinario. In altre parole, anche senza essere una fonte formale del diritto, gli articoli sono diventati un punto di riferimento *sine qua non* della responsabilità internazionale. Lo stesso può dirsi, fra l'altro – in alcuni casi forse a un minore livello – per altri articoli della CDI, per esempio in materia di protezione diplomatica, danni transfrontalieri o responsabilità delle organizzazioni internazionali.

Questo fenomeno è ancor più straordinario se lo raffrontiamo all'uso che i tribunali internazionali hanno fatto della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Anche questa è il riferimento *sine qua non* della sua materia, usata da una miriade di sentenze. E, a prima vista, ciò potrebbe giustificarsi per il fatto che questa codificazione ha un vero e proprio valore giuridico formale, poiché è stata cristallizzata in una fonte del diritto. A guardare più da vicino, però, risulta che la Convenzione di Vienna viene raramente applicata in quanto tale. Se prendiamo, per esempio, la giurisprudenza della CIG, scopriamo che, seppure si sia rife-

[45] *Report of the Secretary-General on the Responsibility of States for internationally wrongful acts*, UN doc. A/62/62, Corr.1 e Add.1, UN doc. A/65/76, UN doc. A/68/72, UN doc. A/71/80.

rita alla Convenzione di Vienna tantissime volte per determinare le regole applicabili in materia di diritto dei trattati, essa non ha applicato la Convenzione – quale fonte convenzionale del diritto applicabile al trattato in questione – che una sola volta (nel caso dell'Accordo interinale del 1995 fra l'ex-Repubblica iugoslava di Macedonia e la Grecia[46]). In tutti gli altri casi, non ha fatto altro che usare la Convenzione come descrizione autorevole delle norme consuetudinarie applicabili.

In altre parole, il successo di una codificazione non sembra affatto dipendere dal valore giuridico formale dello strumento. Ciò che conta, non è la *potestas* di colui che ha effettuato la codificazione come produttore di norme dell'ordinamento, ma invece la sua *auctoritas*, la sua autorevolezza come manifestazione di un sapere socialmente riconosciuto.

Questo fenomeno spiega perché le Nazioni Unite possono permettersi di non codificare più tramite trattati multilaterali. Basta produrre uno strumento che venga socialmente riconosciuto quale codificazione delle norme consuetudinarie e saranno queste ultime a fornire la fonte formale della loro obbligatorietà. Non c'è bisogno di perdere tempo in lunghe e costose conferenze diplomatiche. Non c'è rischio d'incertezza o frammentazione del diritto, né di decodificazione. Come le bibite analcoliche, la codificazione *light*, fatta di strumenti di *soft law*, sembra offrire tutto il sapore della codificazione classica convenzionale… senza le calorie.

La codificazione *light* presenta addirittura un vantaggio sulla codificazione convenzionale, poiché permette di risolvere uno dei paradossi intrinseci all'opera codificatrice. Il problema di una codificazione è sovente quello di congelare le norme nell'immagine che se ne fa in un momento storico specifico. Una volta che le norme sono formulate e sistematizzate in uno strumento, c'è il rischio che la prassi rimanga statica, nel seguire le norme codificate, e non si adatti ai bisogni che possono sorgere ulteriormente nella società. Se la codificazione si fa tramite una fonte formale, come un trattato, l'adattabilità della norma all'evoluzione sociale richiede di riaprire le negoziazioni diplomatiche: ciò è non soltanto difficile (rari sono i casi nei quali c'è un consenso sull'opportunità di fare una revisione di convenzioni di codificazione già adottate e significativamente queste ultime non prevedono mai delle procedure per il loro emendamento), ma comporta anche un rischio di instabilità normativa (la revisione potendo permettere di riaprire i dibattiti sulla codificazione nel suo insieme). La codificazione *light*, invece, risponde alle stesse esi-

[46] CIG, sentenza 5 dicembre 2011, *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (The former Yugoslav Republic of Macedonia* v. *Greece)*, in *I.C.J. Reports 2011*, p. 644, par. 91.

genze di stabilità e sicurezza normativa della codificazione convenzionale – poiché anch'essa formula e sistematizza le norme –, ma, grazie alla sua flessibilità formale, permette alla prassi di continuare a evolvere e di adattarsi ai bisogni cangianti della società contemporanea. Il processo di revisione di una codificazione *light* è molto meno impegnativo e, a dire il vero, non è nemmeno necessario (basta ignorare quelle disposizioni che non rispondono più alla consuetudine).

6. La posizione del codificatore, del giudice e del rappresentante dello Stato davanti alla codificazione light

Questa evoluzione recente, dunque, non è necessariamente negativa. Ma senz'altro pone delle sfide. E ciò, in particolare, per quanto riguarda tre attori della scena della codificazione: il codificatore, il giudice, e il rappresentante dello Stato.

Per il codificatore, prima di tutto, la codificazione *light* implica una democratizzazione del potere codificatore. Se l'obiettivo della codificazione è l'adozione di un trattato multilaterale, non c'è dubbio che i codificatori istituzionali pubblici si trovano in una situazione privilegiata: la CDI, per esempio, si è specializzata nella redazione di progetti di convenzioni poiché gode di una relazione istituzionale unica con quegli organi intergovernativi dell'ONU che possono adottare un trattato multilaterale o convocare una conferenza diplomatica. Se, invece, è sufficiente uno strumento autorevole di *soft law*, altri attori possono assumere un ruolo centrale nella codificazione, purché abbiano un'*auctoritas* riconosciuta nella società internazionale. Questa non è una novità: dopo tutto l'Institut de Droit International fa codificazione *light* da ben più di cent'anni e ha ricevuto un premio Nobel in riconoscimento della sua opera già nel 1904. Ma altri attori sociali si sono resi conto più di recente che possono anche loro sfruttare i potenziali vantaggi della codificazione *light*, proponendo degli strumenti di codificazione che, sebbene non abbiano valore giuridico formale, possono diventare riferimenti autorevoli nelle loro materie. Questo spiega il successo ottenuto, per esempio, dalla monumentale indagine sul diritto internazionale umanitario consuetudinario pubblicata dal Comitato internazionale della Croce Rossa[47] o dallo studio sulla giurisdizione universale preparato da Amnesty Internatio-

[47] HENKAERTS, DOSWALD-BECK (eds), *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, 2005. Il Comitato mantiene questo studio aggiornato sul suo sito internet: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/home.

nal[48], che è dovuto non soltanto all'autorevolezza istituzionale dei loro autori ma anche alla serietà dei lavori preparatori e alla quantità delle fonti primarie recensite. Nell'età della codificazione *light*, in altre parole, il mercato della codificazione diventa molto più competitivo e non è detto che i prodotti più riusciti siano quelli che provengono dalle istituzioni pubbliche.

In questo panorama, il codificatore onusiano gode comunque di un vantaggio data la sua relazione istituzionale con i governi che incrementa la sua autorevolezza. Però, se il prodotto dell'opera codificatrice non è più la redazione di un progetto di convenzione da negoziare in sede intergovernativa, diventa fondamentale che ci sia una consultazione stretta e produttiva coi governi già dalle prime fasi preparatorie della codificazione. Ecco che l'interazione annuale fra la CDI e la Sesta Commissione dell'Assemblea generale acquista un'importanza essenziale, poiché è a questo punto che si forma e si consolida l'*auctoritas* della codificazione *light*; una volta che la codificazione verrà cristallizzata in uno strumento di *soft law* non ci sarà nessun'altra opportunità di discuterne i risultati in una conferenza diplomatica. Ed è altrettanto importante per il codificatore essere chiaro – sin dall'inizio dei suoi lavori – sulle sue intenzioni: codificazione convenzionale, o no? Non è escluso che il trattato multilaterale continui a essere un mezzo adeguato, in alcuni casi, per codificare. Soltanto il trattato, per esempio, può permettere la creazione di meccanismi istituzionali di monitoraggio o risoluzione di controversie. In alcuni casi, però, la codificazione *light* offre forse una migliore alternativa. Tuttavia, questa è una questione che si dovrebbe considerare sin dall'inizio dei lavori, e non alla fine. Forse uno dei problemi nel dibattito sul futuro degli articoli sulla responsabilità degli Stati è appunto il fatto che è sorto verso la fine dei lavori: durante i vari decenni nei quali la CDI aveva studiato la materia, l'intesa generale era che il prodotto sarebbe stato sottoposto ad una conferenza di plenipotenziari (non più tardi che nella metà degli anni Novanta, la CDI discuteva ancora di possibili meccanismi di risoluzione di controversie nel suo progetto, ciò che presupponeva una convenzione). Il fatto che si sia cambiata idea verso la fine dei lavori ha forse colto gli Stati di sorpresa, privandoli *ex post facto* di un'opportunità sulla quale alcuni di loro forse contavano – quella della conferenza diplomatica – per pronunciarsi definitivamente sulle proposte della CDI.

[48] Amnesty International, *Universal Jurisdiction. A Preliminary Survey of Legislation Around the World – 2012 Update*, riprodotto in: https://www.amnesty.org/download/Documents/24000/ior530192012en.pdf.

Il giudice, poi, si ritrova con un potere centrale in materia di codificazione. Per gli articoli sulla responsabilità, per esempio, l'Assemblea generale sembra considerare che la decisione se procedere o no con una convenzione dipenda dall'uso che di questi articoli fa la giurisprudenza. Nel caso della codificazione *light*, il giudice si trova dunque in una posizione che, pur non essendo di creazione normativa formale, costituisce un ruolo attivo nel determinare la sorte dell'opera codificatrice e può addirittura far evolvere il diritto consuetudinario a una velocità inusuale, come presentì già da tempo Luigi Condorelli quando parlò di una consuetudine *grande vitesse* nell'ambito del diritto internazionale umanitario[49].

Infatti, i lavori di codificazione, già nella loro fase preparatoria, danno sovente luogo a un'interazione fra il codificatore e il giudice: la prima interpretazione e formulazione delle norme consuetudinarie fatta dal codificatore viene ripresa dal giudice nelle sue decisioni giurisprudenziali, le quali saranno poi usate come ulteriori riferimenti della prassi dal codificatore nei suoi lavori susseguenti, che determineranno poi la giurisprudenza futura.

In alcuni casi, quest'interazione può addirittura dar luogo a un processo "autocatalitico", che si favorisce da solo e accelera col tempo[50]. Un esempio palese di questo fenomeno è la codificazione dello stato di necessità nella responsabilità degli Stati: nel 1980, la CDI incluse nel suo progetto lo stato di necessità fra le circostanze che precludono l'illecito, sebbene non ci fosse nessun caso nel quale questa difesa fosse stata ritenuta valida *in specie* e rimanessero dubbi sulla sua esistenza nel diritto consuetudinario[51]; nel 1997, la CIG invocò i lavori della CDI, senza nessun altro esame della prassi, per giustificare la sua considerazione dell'argomento dello stato di necessità nel caso del *Progetto Gabčíkovo-Nagymaros*[52]; nel 2001, quest'ultimo fu l'unico precedente poi riferito dalla CDI per confermare la disposizione sullo stato di necessità nella seconda lettura del suo progetto[53]; nel 2004, la Corte si riferì a quest'ultima versione nella sua motivazione sullo stato di necessità nel parere consultivo sulle *Conseguenze giuridiche della costruzione di un*

[49] CONDORELLI, *La Cour internationale de Justice: un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli...)*, in *Revue générale de droit international public*, 1999, pp. 7-21.

[50] Su questo fenomeno per quanto riguarda la CIG, vedasi VILLALPANDO, *Editorial: On the International Court of Justice and the Determination of Rules of Law*, in *Leiden Journal of International Law*, 2013, pp. 243-251.

[51] *YILC*, 1980, vol. II, part 2, pp. 34-52.

[52] CIG, sentenza 25 settembre 1997, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, in *I.C.J. Reports 1997*, pp. 39-40, par. 50.

[53] *YILC*, 2001, vol. II, part 2, pp. 80-84.

muro nel territorio palestinese occupato[54]; e tutti questi precedenti vennero sovente citati in diverse procedure arbitrali d'investimento, dando finalmente luogo al primo caso storico nel quale questa difesa è stata accolta in diritto internazionale[55]. Nell'assenza di una conferenza diplomatica che prenda una decisione finale sulla codificazione, processi di questo tipo possono continuare più o meno liberamente e dar luogo a una cristallizzazione dell'*opinio juris* guidata essenzialmente dall'interazione fra il codificatore e il giudice (e la dottrina!), piuttosto che dalla prassi degli Stati.

In altri casi, se c'è una divergenza di opinione fra il giudice e il codificatore, la codificazione *light* può creare incertezze sullo stato del diritto. Questo è successo, per esempio, sulla questione del criterio applicabile per determinare l'attribuzione a un'organizzazione internazionale della condotta di un organo messo a sua disposizione da uno Stato o da un'altra organizzazione internazionale, questione sulla quale la CDI ha criticato la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani (Corte EDU)[56], che pur si riferiva al suo progetto di articoli in materia di responsabilità delle organizzazioni internazionali[57]. In situazioni come questa, nell'assenza di una conferenza diplomatica, l'indeterminatezza può rimanere irrisolta.

E infine, il rappresentante dello Stato deve prendere coscienza di due corollari importantissimi della codificazione *light*. Prima di tutto, che la postergazione di una decisione sul futuro dei vari progetti di articoli non mantiene lo *status quo*. Questo non è un caso di *quieta non movere*: l'esistenza di un prodotto di codificazione, anche contenuto in strumenti di *soft law* – anzi, addirittura l'esistenza stessa di un processo di codificazione ancora in corso – innesca un'interazione fra il codificatore, il giudice e la dottrina che può permettere il consolidamento delle regole mediante i processi autocatalitici descritti *supra*. E l'indecisione degli Stati sulla sorte dei vari progetti di articoli presentati dalla CDI,

[54] *I.C.J. Reports 2004*, p. 195, par. 140.

[55] International Centre for Settlement of Investment Disputes, lodo 3 ottobre 2006, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International Inc.* v. *Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1, riprodotta in *ILM*, 2007, vol. 46, p. 36.

[56] Vedasi Corte EDU (GC), decisione 2 maggio 2007, *Agim Behrami and Bekir Behrami* v. *France*, App. No. 71412/01 e *Ruzhdi Saramti* v. *France*, *Germany e Norway*, App. No. 78166/01; decisione 5 luglio 2007, *Kasumaj* v. *Greece*, App. No. 6974/05; sentenza 28 agosto 2007, *Gajic* v. *Germany*, App. No. 31446/02; decisione 16 ottobre 2007, *Berić et al.* v. *Bosnia-Herzegovina*, App. No. 36357/04 *et al*. Vedasi anche la decisione del 12 dicembre 2007 della *House of Lords* Britannica in *R (on the application of Al-Jedda) (FC)* v. *Secretary of State for Defence*.

[57] *Report of the International Law Commission on the work of its sixty-third session*, UN doc. A/66/10, p. 23.

soprattutto se si prolunga durante diversi anni, può far sì che i rappresentanti degli Stati si ritrovino davanti a un fatto compiuto quanto allo stato del diritto nella materia. In alcuni casi, questa sembra essere proprio l'intenzione della CDI e di alcune delegazioni nell'Assemblea generale, che suggeriscono appunto di rimandare la decisione sulla sorte dei progetti di articoli per permettere alla prassi di stabilizzarsi.

Ciò porta al secondo corollario, e cioè che la codificazione *light* richiede agli Stati di non rimanere passivi e di prendere l'iniziativa per far valere la loro posizione, poiché forse non ci sarà una conferenza diplomatica che, quale *deus ex machina*, possa dare loro quest'opportunità. Non pronunciarsi sul contenuto della codificazione *light* vuol dire dare libertà ai processi autocatalitici che abbiamo descritto: *qui tacet, consentire videtur*. Per preservare gli interessi dei loro governi, i rappresentati statali devono reagire sin dall'inizio dei lavori della CDI, prendendo posizione sullo scopo e sulla forma che deve avere la codificazione; devono regolarmente presentare commenti sui progetti in corso di elaborazione dalla CDI, per esprimere appoggio a quelle disposizioni con le quali sono d'accordo o sollevare dubbi sugli aspetti della codificazione che non condividono; e poi, anche una volta che il processo è concluso, devono rimanere attenti all'evoluzione della prassi e della giurisprudenza (nonché della dottrina!) per identificare fino a che punto i prodotti della codificazione stiano influenzando lo stato del diritto internazionale.

Insomma, come l'età della decodificazione dell'Irti, quest'età della codificazione *light* non è necessariamente uno sviluppo inopportuno, ma ci porta senz'altro a ripensare i *checks and balances* della formazione delle norme del nostro ordinamento e del nostro ruolo come giuristi nella società internazionale.

LA CODIFICAZIONE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO FRA STRUMENTI INTERNAZIONALISTICI E DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Antonio LEANDRO*

SOMMARIO: 1. Il dialogo tra concezioni giuridiche, politiche e sociali alla base dei processi di codificazione. – 2. Il prisma polifunzionale dei processi di codificazione e il dialogo tra i sistemi codificati. – 3. Gli atti di impulso: il ruolo degli strumenti non vincolanti. – 4. Il teatro dei processi internazionali di codificazione. – 5. *Segue*: conseguenze nel campo della codificazione. – 6. Processi internazionali di codificazione e apertura ai valori giuridici (e non) stranieri: influenza e limiti derivanti dall'appartenenza all'Unione europea. – 7. Esclusione di una codificazione compiuta del diritto internazionale privato dell'Unione europea. – 8. Gestione processuale delle regole codificate e ruolo assegnato al giudice dalle regole codificate. – 9. *Segue*: la prospettiva dell'arbitrato commerciale internazionale.

1. Il dialogo tra concezioni giuridiche, politiche e sociali alla base dei processi di codificazione

I processi di codificazione nazionale, i frammenti di codificazione europea, l'unificazione regionale o universale del diritto internazionale privato in settori circoscritti poggiano oramai da tempo sul dialogo tra "concezioni giuridiche, politiche e sociali"[1] nazionali e "concezioni giuridiche, politiche e sociali" risultanti dalla partecipazione degli Stati a fenomeni di integrazione regionale (come l'Unione europea) ovvero a forme di cooperazione internazionale avanzata (come quella realizzata nella Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato).

* Professore associato di Diritto internazionale, Università degli Studi di Bari "Aldo Moro".

[1] Espressione di VITTA, *Per una riforma del diritto internazionale privato italiano nel movimento verso nuove codificazioni interne e internazionali*, in *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, Milano, 1987, p. 395 ss., p. 401.

Il dialogo tra dette "concezioni" conduce alla contaminazione o alla condivisione di impostazioni, di principi e dello stesso linguaggio giuridico[2].

Peraltro, ciò ha luogo anche tra le stesse concezioni giuridiche nazionali, se è vero che i legislatori nazionali si guardano *manifestement les uns les autres*[3] e che una contaminazione tra impostazioni di *civil (continental) law* e impostazioni di *common law* ha connotato sia le tappe del processo di codificazione settoriale del diritto internazionale privato dell'Unione sia i processi di unificazione del diritto internazionale privato su scala globale[4].

Quanto alla codificazione settoriale nell'ambito dell'Unione, la contaminazione pendeva in partenza sulle concezioni di *civil law* proprie degli Stati fondatori per poi equilibrarsi con il tempo soprattutto in seguito all'adesione del Regno Unito (processo che potrebbe subire un'inversione per effetto della c.d. "Brexit"). Si pensi, in particolare, alle impostazioni iniziali della Convenzione giudiziaria di Bruxelles del 27 settembre 1968, originariamente conclusa tra Stati a tradizione continentale, e alle successive difese erette dalla Corte di giustizia contro istituti anglosassoni quali le *anti-suit injunctions*[5] e la dottrina del *forum non conveniens*[6]: quadro, questo, successivamente temperato, sia pur timidamente, non tanto durante la trasformazione a tappe della Convenzione di Bruxelles nell'attuale regolamento Bruxelles I-*bis*[7], quanto, più in ge-

[2] V. *amplius* VITTA, *International Conventions and National Conflict Systems*, in *Collected Courses*, 1969, vol. 126, p. 115 ss.; JAYME, *Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé*, in *Collected Courses*, 1982, vol. 177, p. 9 ss. Vedi già NOLDE, *Les étapes historiques de la codification législative du droit international privé*, in *Revue critique de droit international privé*, 1927, p. 362 ss.; ID., *La codification du droit international privé*, in *Collected Courses*, 1936, vol. 55, p. 299 ss.; VAN HOOGSTRATEN, *La codification par traités en droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye*, in *Collected Courses*, 1967, vol. 122, p. 337 ss.

[3] GUILLEMARD, PRUJINER, *La codification internationale du droit international privé: un échec*, in *Les Cahiers de Droit*, 2005, p. 175 ss., p. 191.

[4] VAN LOON, *The Global Horizon of Private International Law*, in *Collected Courses*, 2016, vol. 380, p. 1 ss., p. 30 ss.; vedi anche FIORINI, *The Codification of Private International Law in Europe: Could the Community Learn from the Experience of Mixed Jurisdiction?*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 2008, https://www.ejcl.org/121/art121-7.pdf.

[5] Cfr. CGUE, sentenza 27 aprile 2004, *Gregory Paul Turner*, causa C-159/02; sentenza 10 febbraio 2009, *Allianz SpA and Generali Assicurazioni Generali SpA* v. *West Tankers*, causa C-185/07.

[6] Cfr. CGUE, sentenza 1° marzo 2005, *Owusu*, C-281/02.

[7] Regolamento (UE) 1215/2012, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *GUUE* L 351, 20 dicembre 2012, p. 1 ss. Tratti di apertura alla *common law* processuale emergono dalla disciplina della connessione e della litispendenza nei con-

nerale, alla luce del complessivo sviluppo del diritto processuale civile internazionale europeo[8].

2. Il prisma polifunzionale dei processi di codificazione e il dialogo tra i sistemi codificati

Il dialogo, dunque, è a più livelli: tra concezioni statali e concezioni derivanti dai progressi dell'integrazione europea o concezioni delineate nei consessi internazionali al cui interno hanno luogo i processi di codificazione.

In ogni caso, il dialogo è condotto nel prisma dell'obiettivo – generalmente riconosciuto a ogni processo di codificazione e non meno importante in caso di tentativi di codificazione europea e di unificazione derivante da convenzioni internazionali – di conferire prevedibilità, certezza e sistematicità alle regole (alle quali notoriamente si contrappongono i timori dei *common lawyers* di pietrificare e rendere poco flessibili le stesse regole[9]).

fronti di processi instaurati in Stati terzi rispetto alla quale può scorgersi una parziale apertura alla dottrina del *forum non conveniens*, la quale, tuttavia, continua a non operare nei rapporti tra processi celebrati in Stati membri. Altra indicazione proviene dalle tecniche di difesa degli accordi di scelta del foro, in specie attraverso le deroghe al criterio della priorità cronologica in caso di litispendenza tra foro prorogato e foro non prorogato. In argomento v. diffusamente LEANDRO, *Prime osservazioni sul regolamento (UE) n. 1215/2012 ("Bruxelles" I bis)*, in *Il giusto processo civile*, 2013, p. 583 ss.; CARBONE, TUO, *Il nuovo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*, 7a ed., Torino, 2016; SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (UE) n. 1215/2012 (rifusione)*, 4a ed., Padova, 2015.

[8] Vedi le comparse, sia pur in forma blanda, del *forum non conveniens* nel regolamento (CE) 2201/2003, del 27 novembre 2003, sulla competenza il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, in *GUUE* L 338, 23 dicembre 2003, p. 1 ss.; nel regolamento (CE) 4/2009, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, in *GUUE* L 7, 10 gennaio 2009, p. 1 ss.; e nel regolamento (UE) 650/2012, del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, in *GUUE* L 201, 27 luglio 2012, p. 107 ss.

[9] VON SCHWIND, *Problems of Codification of Private International Law*, in *International Comparative Law Quarterly*, 1968, p. 434 ss.; SYMEONIDES, *Codification and Flexibility in Private International Law*, in BROWN, SNYDER (eds), *General Report of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*, Dordrecht, Heidelberg, London, New York, 2012, p. 182 ss. V. pure KESSEDJIAN, *La codification en droit international privé*, in *La codification du droit international. Colloque d'Aix-en-Provence*, SFDI, Paris, 1998, p. 101 ss.

V'è senz'altro di più. Attraverso il dialogo multi-livello tra "concezioni giuridiche, politiche e sociali", l'opera di codificazione intende promuovere la coerenza, il ravvicinamento e anche l'ammodernamento delle regole di diritto internazionale privato nazionali, europee e internazionali, ovvero, nello stadio più avanzato, la loro unificazione, in vista degli obiettivi propri del diritto internazionale privato (a cominciare da quello *classico* di conseguire l'"armonia internazionale delle decisioni").

Tutto ciò prescinde dalla circostanza che la "codificazione" miri a elaborare nuove convenzioni di diritto internazionale privato ovvero a revisionare e aggiornare convenzioni adottate in epoche risalenti al fine del loro adeguamento a nuove concezioni giuridiche, politiche e sociali, oppure alle nuove tecnologie che abbiano un impatto nel mondo del diritto.

Le codificazioni nazionali, dal canto loro, sovente traggono ispirazione dalle regole formate a livello internazionale o europeo secondo lo schema del c.d. "effetto trascinante"[10]. Non mancano, come è noto, addirittura casi di *adattamento* attraverso riformulazioni o rinvii formali (totali o parziali) allo strumento internazionale o europeo, ovvero rinvii materiali attraverso i quali il legislatore nazionale si appropria, in tutto o in parte, delle regole non nazionali condividendone *ratio* e precetto.

D'altro canto, anche l'Unione europea talvolta si astiene dal legiferare – se l'unificazione raggiunta a livello internazionale rende superflua (o ripetitiva) un'opera di codificazione europea, sia pur in un settore specifico[11] – oppure trae ispirazione dal modello di unificazione internazionale per formulare la propria normativa di diritto internazionale privato[12].

[10] Di "emulation, borrowing, transplantation" parla SYMEONIDES, *Codifying Choice of Law around the World*, Oxford, 2014, p. 346. Vi sono casi in cui gli strumenti nazionali di codificazione dichiarano espressamente di ispirarsi alle convenzioni internazionali adottate nella Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato: v. il preambolo alla legge di diritto internazionale privato della Repubblica Dominicana del 5 dicembre 2014, una versione in lingua inglese della quale si trova in BASEDOW, RÜHL, FERRARI, DE MIGUEL ASENSIO (eds), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Northampton, 2017, p. 3140 ss.

[11] Tale è, ad esempio, il caso della legge applicabile alle obbligazioni alimentari per effetto del ruolo svolto dal Protocollo dell'Aja, del 23 novembre 2007, nell'ambito del regolamento (CE) 4/2009.

[12] Con riguardo all'ispirazione fornita dalla Conferenza dell'Aja, si pensi, ancora una volta, all'adeguamento delle regole sulla litispendenza del sistema Bruxelles I alla disciplina della Convenzione dell'Aja del 30 giugno 2005 sulla scelta del foro: dal criterio risolutivo poggiato sulla priorità cronologia sancito nel regolamento (CE) 44/2001 (e difeso dalla Corte di giustizia nella sentenza 9 dicembre 2003, *Gasser*, causa C-116/02) si passa a quello disposto nel regolamento (UE) 1215/2012 che dà in ogni caso priorità al foro prorogato. Lo stesso può dirsi in merito all'attuale rinvio alla *legge* dello Stato del

3. Gli atti di impulso: il ruolo degli strumenti non vincolanti

Ferme restando le diverse gradualità tra "coerenza", "ravvicinamento", "ammodernamento" e "unificazione", questi fenomeni hanno in comune di non derivare sempre da strumenti vincolanti o da opere di *grandiose codification*[13].

Simili risultati possono discendere anche da convenzioni non in vigore che propongono un modello suscettibile di attecchire soltanto (*rectius*, meglio) nella cornice della codificazione nazionale.

Inoltre, l'impulso può discendere da atti di *soft law* internazionali, i quali accertano lo stato dell'arte delle regole di diritto internazionale privato in determinati settori a seguito di una comparazione su scala regionale o globale, oppure incorporano i risultati di un processo di formazione spontanea avvenuto nella prassi, o, ancora, mirano a promuovere lo sviluppo di regole internazionalprivatistiche intorno a principi ritenuti fondamentali in determinati settori[14].

Analogamente, si notano iniziative *soft* dell'Unione europea che intendono valorizzare e consolidare, anche con finalità di indirizzo sia per il legislatore dell'Unione sia per gli Stati membri, elementi che accomunano regole di diritto internazionale privato dell'Unione, regole nazionali, e regole stabilite da strumenti internazionalistici (anche quelli che non sono in vigore né per l'Unione né per gli Stati membri quando la manca-

foro prorogato per stabilire la validità sostanziale dell'accordo di proroga. Sull'ispirazione esercitata dalla Conferenza dell'Aja rispetto alle attività dell'Unione nel campo del diritto internazionale privato in generale v. PIRRUNG, *A Special Relationship: the EU and the Hague Conference*, in CARDONNEL, ROSAS, WAHL (eds), *Constitutionalising the EU Judicial Space*, Oxford, 2012, p. 77 ss.; VAN LOON, *op. cit*., p. 43. Mette conto ricordare che l'Unione europea è membro della Conferenza dell'Aja dal 3 febbraio 2007.

[13] Cfr. VAN LOON, *op. cit*., p. 29, a proposito del significato di "progressive unification" di cui all'art. 1 dello Statuto della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato.

[14] Esempi provengono dalle regole conflittuali presenti nelle *Model Laws* adottate della Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (UNCITRAL), dai Principi dell'Aja del 2015 sulla scelta di legge nei contratti commerciali internazionali, dalle risoluzioni di associazioni accademico-professionali come l'ILA, l'International Law Institute o l'European Group for Private International Law (GEDIP). Sul punto v. DROZ, *La Conférence de La Haye de droit international privé et les méthodes d'unification du droit: traités internationaux ou lois modèles*, in *Revue du droit international e droit comparé*, 1961, p. 511 ss. Con particolare riguardo ai Principi dell'Aja, VAN LOON, *op. cit*., p. 52 ss.; DAVÌ, ZANOBETTI, *Autonomia delle parti e certezza del diritto nei principi dell'Aja sulla scelta della legge applicabile ai contratti commerciali internazionali*, in *Dir. comm. int.*, 2017, p. 881 ss.; nonché BASEDOW, *EU-Kollisionsrecht und Haager Konferenz-Ein schwieriges Verhältnis*, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2017, p. 194 ss., p. 199.

ta entrata in vigore non adombra la condivisione delle impostazioni e dei principi ispiratori dello strumento).

Un recente esempio proviene dalla comunicazione della Commissione sulla legge applicabile agli effetti patrimoniali delle operazioni su titoli[15], la quale traccia un *fil rouge*, a vantaggio della coerenza e del consolidamento della regola conflittuale, tra le soluzioni accolte, rispettivamente, nella direttiva 98/26/CE del 19 maggio 1998 concernente il carattere definitivo del regolamento nei sistemi di pagamento e nei sistemi di regolamento titoli[16], nella direttiva 2002/47/CE del 6 giugno 2002 relativa ai contratti di garanzia finanziaria[17], nella direttiva 2001/24/CE del 4 aprile 2001 in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi[18] e nella Convenzione dell'Aja del 5 luglio 2006 sulla legge applicabile ad alcuni diritti su titoli intermediati, che non è in vigore né per l'Unione né per gli Stati membri[19]. In particolare, la comunicazione intende chiarire e consolidare, nella prospettiva qui indicata, la regola conflittuale comune ai vari atti a dispetto delle diverse formulazioni che questi adottano: il riferimento è soprattutto al concetto/criterio di "luogo di tenuta del conto". Lo scopo, pertanto, è di valorizzare il significato sostanzialmente unitario delle diverse formulazioni e la condivisione della regola che quelle intendono esprimere.

4. Il teatro dei processi internazionali di codificazione

Al momento della "codificazione" del diritto internazionale privato in consessi internazionali, la condivisione di – o l'adesione a – concezioni giuridiche, politiche e sociali (nazionali o frutto di integrazione) porta gli Stati a salvaguardare (o, ove possibile, promuovere) tali concezioni in un terreno negoziale nel quale i rapporti privatistici, ai quali si rivolge il processo di codificazione, superano le frontiere di comunità nazionali e regionali, portando, pertanto, tradizioni, valori giuridici e valori socio-religioso-culturali degli Stati coinvolti nella negoziazione ad affrontare, nella lente della comparazione, momenti di dialogo, ma anche di contrapposizione[20].

[15] COM (2018) 89 del 12 marzo 2018.

[16] *GUCE* L 166, 11 giugno 1998, p. 45 ss.

[17] *GUCE* L 168, 27 giugno 2002, p. 43 ss.

[18] *GUCE* L 125, 5 maggio 2001, p. 15 ss.

[19] La Convenzione è stata ratificata da Repubblica di Mauritius, Stati Uniti e Svizzera.

[20] Il confronto in seno alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato tra "concezioni europee" e "concezioni extraeuropee" si è acuito soprattutto dal 2000 in poi

Il campo di gioco delle contrapposizioni tra concezioni e valori differenti ovviamente non vede *contendere* soltanto gli Stati membri dell'Unione, da un lato, e tutti gli altri Stati, dall'altro, ma l'insieme degli Stati aderenti al consesso internazionale in cui ha luogo il processo di adozione dello strumento di "codificazione" *de quo*.

Oltre al confronto o alla contrapposizione tra "concezioni e valori" propri degli ordinamenti giuridici statali (o risultanti dall'appartenenza a sistemi giuridici integrati) e fra tradizioni socio-religioso-culturali di cui gli Stati si fanno portatori, talune caratteristiche dei rapporti privatistici contemporanei, che emergono con vigore al cospetto di fattispecie transfrontaliere, incidono in vario modo sui processi di "codificazione".

Si notano, infatti, la crescente specializzazione e la complessità dei rapporti giuridici, l'interazione tra singoli istituti giuridici nell'ambito di operazioni economiche unitarie complesse, la diversità di ruolo e finalità di singoli istituti a seconda che siano inclusi o meno in siffatte operazioni (si pensi alla cessione del credito) e l'interazione (che sfocia talvolta nella tensione), all'interno di detti rapporti, tra interessi riconducibili a soggetti degni a vario titolo di tutela (quali, ad esempio, le c.d. "parti deboli").

Tutto ciò va collocato nella cornice della globalizzazione dei rapporti privatistici, all'interno della quale il processo formativo delle regole giuridiche assegna un ruolo non marginale ad attori non statali, i cui interessi, pertanto, incidono molto sull'esito finale di ogni processo di "codificazione".

5. Segue: *conseguenze nel campo della codificazione*

Il confronto tra "valori e concezioni" statali o regionali e le caratteristiche dei rapporti privatistici contemporanei determinano alcune importanti conseguenze nei processi di "codificazione".

Anzitutto, il compromesso tra i riferiti "valori e concezioni" sfocia spesso nell'adozione di regole complesse e di non semplice applicazione oppure nell'inserimento delle c.d. "clausole di disconnessione" a salvaguardia di sistemi altamente integrati (come quello dell'Unione europea).

per effetto dell'adesione di oltre 30 Stati terzi rispetto all'Unione. Cfr. BASEDOW, *EU-Kollisionsrecht*, cit., p. 194 ss.; ID., *The Hague Conference and the Future of Private International Law*, in *Rabels Zeitschrift*, 2018, p. 922 ss., p. 925.

In secondo luogo, si può notare la formulazione di regole sempre più specialistiche[21], il cui reciproco coordinamento richiede la soluzione di seri problemi di qualificazione solo parzialmente risolti attraverso le definizioni accolte negli atti normativi. Ma può notarsi altresì l'impossibilità di elaborare regole specialistiche unitarie.

In terzo luogo, ma in stretta correlazione, gli strumenti internazionali di codificazione aprono il varco a riserve o a dichiarazioni interpretative che finiscono (pur nel lodevole intento di accogliere il maggior numero di Stati nel trattato) per pregiudicare, in una visione globale, la coerenza, il ravvicinamento e, *a fortiori*, l'unificazione delle regole di diritto internazionale privato.

Inoltre, gli strumenti di codificazione talvolta escludono dal proprio ambito di applicazione rapporti che, sebbene riconducibili al settore cui lo strumento è destinato, sottendono interessi e valori particolari che inducono i *negoziatori* a estrapolarli dal testo non ritenendo adeguata ad essi la disciplina "codificata".

Ancora, compaiono, all'interno di codificazioni nazionali e internazionali, regole che conferiscono all'operatore giuridico una certa discrezionalità nella determinazione del diritto applicabile (criteri di collegamento alternativi, clausole di eccezione rispetto alla regola conflittuale generale, ricorso al collegamento più stretto, utilizzo di fattori ulteriori rispetto al criterio o ai criteri di collegamento prescelti) così da *sopperire* all'assenza di consenso su criteri oggettivi predeterminati e da *fronteggiare* con flessibilità la soluzione dei conflitti di leggi dinanzi a rapporti giuridici complessi e articolati.

Non è escluso, infine, che le riferite complessità dei rapporti privatistici (soprattutto nell'ambito del commercio internazionale) inducono ad abbandonare l'elaborazione di regole codificate per lasciare spazio a imprecisati "principi di diritto internazionale privato"[22], oppure a regole di chiusura come quelle forgiate sul criterio del collegamento più stretto.

D'altro canto, la rinuncia a codificare regole di diritto internazionale privato può rivelare un'implicita apertura a fonti non-statali (ipotesi da non confondere con la regola codificata che rinvia a regole non-statali) apprezzandone la maggior adeguatezza alle esigenze della *comunità* nelle quali i rapporti specializzati, complessi e concatenati hanno luogo, o la maggiore flessibilità rispetto alla natura dei rapporti medesimi. Non va

[21] GONZALES CAMPOS, *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé*, in *Collected Courses*, 2002, vol. 287, p. 9 ss.

[22] V., ad esempio, l'art. 3 della legge slovena di diritto internazionale privato del 1999, una versione in lingua inglese della quale si trova in BASEDOW, JÜRGEN *et al.* (eds), *Encyclopedia of Private International Law*, cit., p. 3784 ss.

taciuto che talvolta la flessibilità della regola scivola nella "evanescenza" del precetto che essa dispone allorché si faccia ricorso ai c.d. "principi generali del diritto degli affari" o ai "principi generali del diritto commerciale internazionale". Cionondimeno, compaiono casi in cui il rispetto di siffatti principi è affermato in ambito contrattuale da alcune codificazioni a supporto della ricerca del collegamento più stretto[23] ovvero come sostegno generico alla ricerca del diritto applicabile condotta in base ad altri criteri[24].

6. Processi internazionali di codificazione e apertura ai valori giuridici (e non) stranieri: influenza e limiti derivanti dall'appartenenza all'Unione europea

Assumendo per un momento la prospettiva del sistema italiano di diritto internaionale privato, la cooperazione realizzata da strumenti internazionalistici e l'integrazione realizzata con strumenti europei poggiano su – e allo stesso tempo coltivano – un terreno di rispetto reciproco di valori giuridici, il quale a sua volta riflette la tendenziale apertura nei confronti degli ordinamenti stranieri quale postulato definitivo e consolidato dell'abbandono di ottiche universalistiche ed esclusivistiche dell'ordinamento statale a favore dell'accoglimento (talvolta mitigato) dei postulati della determinatezza, della relatività e della pluralità degli ordinamenti giuridici propri dell'impostazione istituzionistica[25].

Ponendosi in questa prospettiva, quando la regola formata a livello internazionale o europeo si riversa nella codificazione nazionale (attraverso – come si è detto – l'emulazione, le riformulazioni o i rinvii formali/materiali totali o parziali) oppure, al contrario, riflette regole già concepite a livello statale in uno spirito di apertura a valori giuridici stranieri, essa funge complessivamente da mezzo di consolidamento e leva motrice di una *societas* aperta che sviluppa nei contenuti, nel linguaggio e nell'impianto sistematico un diritto internazionale privato integrato,

[23] Cfr. SYMEONIDES, *Codification and Flexibility*, cit., il quale porta gli esempi, rispettivamente, dell'art. 9 della Convenzione interamericana del 17 marzo 1994 sulla legge applicabile ai contratti e dell'art. 30 della legge venezuelana di diritto internazionale privato (una versione in lingua inglese di quest'ultima si trova in BASEDOW, JÜRGEN *et al.* (eds), *Encyclopedia of Private International Law*, cit., p. 3985 ss.).

[24] Ivi, in relazione agli articoli 10 e 31, rispettivamente, delle citate Convenzione interamericana e legge venezuelana.

[25] Sull'impostazione istituzionistica in generale v. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 2a ed., Firenze, 1946.

sempre più aperto e rispettoso della parità degli ordinamenti che sono in "conflitto" nel caso concreto.

Di converso, i limiti che nello Stato chiudono la porta ai valori giuridici e culturali stranieri (senza inficiarne il rispetto come espressioni di un ordinamento giuridico di pari dignità) o i principi, sottostanti ai limiti medesimi, che condizionano fortemente la formulazione delle regole di diritto internazionale privato e che vengono codificati in fase ascendente o discendente nella comunicazione tra "vaso" del sistema statale e "vaso" dello strumento dell'Unione o dello strumento internazionale, segnano i limiti anche dell'integrazione di matrice internazionalprivatistica.

Osservando la partecipazione dell'Unione e degli Stati membri nei processi di "codificazione" internazionali, essi si muovono nel rispetto della ripartizione di competenze (che nella materia in parola pende decisamente a favore della prima in un contesto senza dubbio non definitivo, né cristallizzato), con uno spirito di apertura all'esterno condizionato dalla difesa e dalla promozione di "concezioni giuridiche, politiche e sociali" proprie della integrazione europea, ma anche dalla difesa di valori e principi fondamentali espressi nelle Carte costituzionali o derivanti da fonti dell'Unione o strumenti internazionali (come la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione o la Convenzione europea dei diritti umani).

Così, ad esempio, con riguardo all'efficacia delle decisioni, è da constatare la generica e trasversale apertura degli ordinamenti – nella prospettiva sia del diritto comune sia degli strumenti internazionali condivisi[26] – alla sentenza straniera quale atto reso da un giudice che assolve funzioni non diverse o *minoris generis* rispetto a quelle del giudice nazionale, e in ogni caso rientranti nel mondo degli atti giuridici. A ciò si aggiunga il consolidato convincimento che l'efficienza del commercio transfrontaliero e la stabilità di *status* personali e rapporti giuridici familiari sono strettamente collegate alla semplificazione del riconoscimento delle sentenze[27].

[26] Vedi, ad esempio, i lavori avviati da tempo (e rinvigoriti di recente) presso la Conferenza dell'Aja ai fini dell'adozione di una convenzione universale sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Il testo provvisorio della convenzione e il rapporto esplicativo preliminare di F. J. Garcimartín Alférez e G. Saumier sono consultabili nel sito *www.hcch.net*. La sessione diplomatica per l'adozione della convenzione è stata indetta per il periodo 18 giugno-2 luglio 2019.

[27] Più in generale, ogni tentativo di codificazione compiuto nella cornice europea o al suo esterno nell'ambito della circolazione delle sentenze straniere in materia civile e commerciale muove dalla premessa che "cross-border trade and the enforcement of foreign claims are interrelated": BASEDOW, *The Hague Conference*, cit., p. 929.

Senonché, la codificazione di regole che semplificano e velocizzano la circolazione delle sentenze risente del livello di integrazione e condivisione delle norme sulla giurisdizione e sul diritto applicabile, ma anche di regole materiali (sostanziali e processuali), sullo sfondo della condivisione di un nucleo minimo dei valori e dei principi fondamentali accennati poc'anzi.

Così si va, in proporzione al livello decrescente di integrazione e condivisione, dall'abolizione dell'*exequatur* al suo mantenimento, oppure alla presenza di un giudizio di delibazione per il riconoscimento e finanche, quando l'efficacia delle sentenze compete alla "codificazione nazionale", a condizionare il riconoscimento o l'esecuzione alla reciprocità[28].

D'altro canto, al momento della partecipazione a processi di "codificazione" internazionali, l'Unione e gli Stati membri devono difendere, oltre che le "concezioni giuridiche, politiche e sociali" proprie della integrazione europea e i principi fondamentali costituzionali o condivisi, anche l'effettività, la coerenza e il corretto funzionamento della normativa di diritto internazionale privato dell'Unione.

Tale difesa è realizzata attraverso: *a*) l'affermazione di una competenza esterna esclusiva dell'Unione (delineata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e degli articoli 3, par. 2, e 216 del TFUE); *b*) la previsione di strumenti che subordinano a un'autorizzazione dell'Unione la negoziazione e la conclusione da parte degli Stati membri di accordi con Stati terzi in materie che rientrano nella competenza esclusiva dell'Unione[29]; *c*) le riferite clausole di disconnessione previste in talune convenzioni internazionali; *d*) il *modus operandi* delle clausola di salvaguardia delle convenzioni internazionali previste in alcuni regolamenti dell'Unione secondo l'interpretazione che la Corte di giustizia ha accolto a protezione dei principi e dell'effetto utile degli atti europei di diritto internazionale privato[30].

[28] Cfr. DUTTA, *Reciprocity*, in BASEDOW, JÜRGEN *et al.* (eds), *Encyclopedia of Private International Law*, cit., p. 1466 ss.

[29] Cfr. il regolamento 662/2009, del 13 luglio 2009, che istituisce una procedura per la negoziazione e la conclusione di accordi tra Stati membri e paesi terzi su particolari materie concernenti la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali e il regolamento 664/2009, del 7 luglio 2009, che istituisce un'analoga procedura per gli accordi riguardanti la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale, in materia di responsabilità genitoriale e di obbligazioni alimentari, e la legge applicabile in materia di obbligazioni alimentari, in *GUUE* L 200, 31 luglio 2009, rispettivamente, p. 25 ss. e p. 46 ss.

[30] Vedi l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia all'art. 71 del regolamento Bruxelles I-*bis* avendo riguardo alla prevedibilità delle regole di giurisdizione, al perseguimento della buona amministrazione della giustizia, all'armonia tra procedimenti, alla

7. Esclusione di una codificazione compiuta del diritto internazionale privato dell'Unione europea

Il riferimento alle clausole di salvaguardia di convenzioni internazionali offre lo spunto per stabilire se e in quale misura un processo di codificazione *stricto sensu* sia in atto nel diritto internazionale privato dell'Unione europea e, in caso affermativo, a quale stadio esso sia giunto.

Le convenzioni che dette clausole proteggono sono concluse da alcuni Stati membri nelle materie che i regolamenti dell'Unione disciplinano per tutti gli Stati membri, salvo note eccezioni.

Ciò rivela un primo sintomo di *frammentazione* delle regole di diritto internazionale privato tra gli Stati membri dell'Unione: si pensi alle materie non regolate dal regolamento "Roma II"[31] che sono oggetto di convenzioni internazionali, applicabili in alcuni Stati membri, e fatte salve dall'art. 28[32]; analogamente è a dirsi con riguardo alle convenzioni in materia contrattuale (salvate dall'art. 25 del regolamento "Roma I"[33]) e in materia successoria (salvate dall'art. 75 del regolamento (UE) 650/2012).

La frammentazione deriva anche dagli stessi limiti di applicazione degli strumenti europei. Essa può essere compensata solo localmente e unilateralmente dagli Stati membri per effetto di rinvii formali o materiali o mediante riformulazioni della normativa uniforme. Senonché, in assenza di simili tecniche, la codificazione nazionale di diritto internazionale privato opera in via residuale portando con sé le differenti soluzioni accolte da Stato membro a Stato membro nell'ambito lasciato scoperto dai regolamenti dell'Unione.

Ancora, la c.d. "cooperazione rafforzata" genera effetti analoghi là dove il regime che ne discende concorre, nello stesso ambito *ratione ma-*

mutua fiducia e al *favor executionis*: sentenza 4 maggio 2010, *TNT Express Nederland*, C-533/08, punti 49, 54-56.

[31] Regolamento (CE) 864/2007, dell'11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali ("Roma II"), in *GUUE* L 199, 31 luglio 2007, p. 40 ss.

[32] Tale è, ad esempio, la Convenzione dell'Aja, del 4 maggio 1971, sulla legge applicabile agli incidenti stradali, la quale vincola 12 Stati membri dell'Unione. Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, *International Conventions and European Instruments of Private International Law: Interrelation and Codification*, in DE MIGUEL ASENSIO, BERGÉ, *The Place of International Agreements and European Law in a European Code of Private International Law*, in FALLON, LAGARDE, POILLOT-PERUZZETTO (sous la direction de), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, Frankfurt am Main, 2011, p. 185 ss., p. 212.

[33] Regolamento (CE) 593/2008, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ("Roma I"), in *GUUE* L 177, 4 luglio 2008, p. 6 ss.

teriae, con le convenzioni internazionali concluse tra Stati aderenti e Stati non aderenti a detto regime, oppure Stati non membri dell'Unione (come sembra consentire l'art. 19, par. 1, del regolamento (UE) 1259/2010[34]), ovvero concorre con le codificazioni nazionali di Stati membri estranei alla cooperazione rafforzata.

Dalla frammentazione si passa al *vuoto normativo* sol pensando, da un lato, al difetto di regole di parte generale applicabili a prescindere dalla materia disciplinata nei regolamenti settoriali e, dall'altro, al difetto di regole settoriali in campi nevralgici del diritto privato e commerciale (vedi il diritto societario e il diritto di proprietà[35]).

Di "vuoti" può parlarsi anche all'interno dei vari regolamenti. Talvolta v'è consapevolezza del vuoto e della relativa problematicità: è il caso della legge applicabile agli effetti della cessione del credito nei confronti dei terzi che il regolamento "Roma I" ha rimesso a uno studio della Commissione europea per escogitare eventualmente un'apposita soluzione al momento della sua revisione[36]. In altri casi, si constatano vuoti volutamente incolmati – sebbene il settore tralasciato abbia chiari collegamenti con la materia disciplinata dal regolamento – e, come tali, rimessi definitivamente alle soluzioni di conflitto nazionali e alla conseguente incertezza collegata ai differenti approcci accolti nei vari ordinamenti. Si pensi, su un piano generale, alla disciplina delle conseguenze positive del funzionamento del limite dell'ordine pubblico e, su un piano particolare, alla materia dei poteri del rappresentante non disciplinata dal regolamento "Roma I".

Alla frammentarietà e ai vuoti si affianca anche il rischio di *incoerenza* interna in ambiti nei quali un frammento di codificazione sembra pur esserci: è il caso della materia dei consumatori rispetto alla quale il regolamento "Roma I" (art. 27, par. 1, lett. *b*)) auspica interventi per assicurare coerenza tra le soluzioni proposte in vari atti dell'Unione di rilevanza internazionalprivatistica.

Infine, emerge anche un problema di *chiarezza*: si pensi, ancora nell'ambito del regolamento "Roma I", alla necessità, ivi espressa, di

[34] Regolamento (UE) 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, 29 dicembre 2010, p. 10 ss.

[35] KIENINGER, *Die weitere Kodifikation des europäischen IPR*, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2017, p. 200 ss. Sui vuoti di "parte generale" v., in particolare, BARIATTI, PATAUT, *Codfication et théorie générale de droit international privé*, in FALLON, LAGARDE, POILLOT-PERUZZETTO (sous la direction de), *Quelle architecture*, cit., p. 337 ss.

[36] Cfr. art. 27, par. 2. In realtà, la Commissione si è orientata per la proposta di un apposito regolamento: COM (2018) 96 def., del 12 marzo 2018.

uno studio sulla legge applicabile ai contratti di assicurazione al fine di chiarire il quadro risultante dalla pluralità di atti (direttive incluse) che prevedono regole conflittuali (art. 27, par. 1, lett. *a*)).

In definitiva, è impossibile ravvisare, allo stato attuale, completezza, sistematicità e organicità nel diritto internazionale privato dell'Unione.

Esistono – beninteso – alcune tecniche che possono contenere i rischi di incoerenza e contraddittorietà nei rapporti tra i vari atti normativi.

Si può ricorrere, ove praticabile, all'interpretazione intertestuale come tecnica promossa e valorizzata dalla Corte di giustizia (e poi accolta nei preamboli di taluni regolamenti) per consolidare e uniformare l'applicazione di concetti comuni, ad esempio, ai regolamenti "Roma I", "Roma II" e Bruxelles I-*bis*[37].

Un'altra via è rappresentata dalla interoperatività tra i regolamenti nel cui ambito ricadano profili di uno stesso rapporto giuridico. Si pensi alla cessione contrattuale di crediti non contrattuali, alla compensazione legale o volontaria di crediti non contrattuali, alla surrogazione legale (stabilita dalla *lex contractus*) o alla responsabilità solidale da obbligazioni non contrattuali: fenomeni che richiedono un'interazione tra regolamento "Roma I" e regolamento "Roma II", i quali disegnano, in casi del genere, un mini-sistema quasi organico composto da regole conflittuali e tecniche di coordinamento.

Sovvengono anche il principio *lex specialis derogat legi generali* – si pensi ai rapporti tra regolamento "Roma I", regolamento Bruxelles I-*bis*, e regolamento (UE) 2015/848 sulle procedure di insolvenza[38] – e la clausola di salvaguardia presente in taluni regolamenti a favore di altri[39].

[37] Vedi, *ex multis*, CGUE, sentenza 21 gennaio 2016, *ERGO Insurance*, cause riunite C-359/14 e C-475/14, con riguardo alla nozione di obbligazione contrattuale; sentenza 12 ottobre 2016, *Kostanjevec*, causa C- 185/15, in materia di ingiusto arricchimento; sentenza 15 giugno 2017, *Kareda*, causa C-249/16, in materia di responsabilità solidale. Sul punto v. di recente SZPUNAR, *Droit international privé de l'Union: cohérence des champs d'application et/ou des solutions*, in *Revue critique de droit international privé*, 2018, p. 573 ss.

[38] Regolamento (UE) 2015/848, del 20 maggio 2015, relativo alle procedure di insolvenza, in *GUUE* L 141, 5 giugno 2015, p. 19 ss. Sulla natura speciale e derogatoria rispetto agli altri regolamenti citati nel testo v., in particolare, CGUE, sentenza 8 giugno 2017, *Vinyls*, causa C-54/16.

[39] Vedi l'art. 2 del regolamento (UE) 1259/2010 e l'art. 76 del regolamento (UE) 650/2012, i quali "salvano" l'applicazione, rispettivamente, del regolamento (CE) 2201/2003 e del regolamento (CE) 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza (e, dunque, del regolamento (UE) 2015/848). Possono riscontrarsi fini analoghi negli articoli 23 del regolamento "Roma I" e 27 del regolamento "Roma II", i quali "salvano" l'applicazione di "disposizioni dell'ordinamento comunitario che, con riferimento a settori specifici, disciplinino i conflitti di leggi" in materia di obbligazioni contrattuali o extracontrattuali.

La particolarità di questi casi e la ristretta applicabilità delle tecniche descritte induce tuttavia a nutrire dubbi sull'esistenza di sistematicità e organicità anche nella relazione tra gli attuali strumenti di diritto internazionale privato dell'Unione.

Né la sistematicità e l'organicità possono (sempre) discendere dal raccordo tra normativa dell'Unione e codificazioni nazionali: si è visto che queste potrebbero svolgere una funzione suppletiva (attraverso, in particolare, le norme di funzionamento di parte generale), ma si è anche visto che esse talvolta prevedono soluzioni differenti l'una dall'altra con riferimento a uno stesso problema (vedi, ancora, la disciplina delle conseguenze positive del limite dell'ordine pubblico o il trattamento processuale delle norme straniere richiamate)[40].

Non si può certo negare che già esistono regole che esprimono criteri, tecniche e definizioni comuni a più atti di diritto internazionale privato dell'Unione. Si pensi alla residenza abituale delle persone giuridiche e dei professionisti, alla formulazione del limite dell'ordine pubblico, alla disciplina del rinvio, alla formulazione delle norme di applicazione necessaria, alla disciplina della compensazione dei crediti, della surrogazione legale, delle obbligazioni solidali, al richiamo degli ordinamenti plurilegislativi[41], finanche alla disciplina del rapporto con le convenzioni

[40] JAYME, *Die künftige Bedeutung der nationalen IPT-Kodifikationen*, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2017, p. 179 ss.

[41] Nell'ambito del richiamo di ordinamenti plurilegislativi e alla luce delle specificità della materia trattata, è possibile distinguere tra atti che dettano identiche disposizioni rispetto ai soli sotto-ordinamenti a base territoriale (articoli 25 del regolamento "Roma II" e 22 del regolamento "Roma I") e atti che prevedono disposizioni molto simili tra loro anche con riguardo ai sotto-ordinamenti a base personale. Con riguardo a quest'ultimo profilo si vedano, in particolare, gli articoli 15 del regolamento (UE) 1259/2010, 37 del regolamento (UE) 650/2012 e 34 "comune" al regolamento (UE) 2016/1103, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, in *GUUE* L 183, 8 luglio 2016, p. 1 ss., e al regolamento (UE) 2016/1104, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, in *GUUE* L 183, 8 luglio 2016, p. 30 ss. Inoltre, compaiono disposizioni che richiamano direttamente il sotto-ordinamento come, ad esempio, l'art. 25 del regolamento "Roma II", l'art. 22 del regolamento "Roma I" e l'art. 14 del regolamento (UE) 1259/2010, quest'ultimo con riferimento ai sotto-ordinamenti su base territoriale, eccetto quando l'ordinamento è richiamato dal criterio della cittadinanza. Infine, rilevano atti che rinviano in prima battuta alle norme di conflitto interlocali e interpersonali eventualmente presenti nell'ordinamento plurilegislativo per richiamare, in mancanza delle prime, i sotto-ordinamenti individuati in base a criteri variamente forgiati in coerenza con il criterio di collegamento utilizzato dal regolamento ai fini della determinazione del diritto applicabile, mentre, in mancanza di norme di conflitto interpersonali, il sotto-ordinamento indivi-

di diritto internazionale privato. Resta aperto, tuttavia, il quesito se si tratta di criteri, tecniche e definizioni comuni oppure di una base per costruire regole generali che possano un giorno sostituire, in un ipotetico regolamento "Roma 0", quelle speciali *replicate* nei vari regolamenti.

Né può negarsi che esistono da tempo sotto-sistemi di codificazione con riguardo a specifiche materie: è il caso dei regolamenti che si occupano di giurisdizione, legge applicabile ed efficacia delle decisioni con riferimento al settore per cui sono stati adottati. Senonché, si tratta di sotto-sistemi o mini-codici a loro volta incompiuti soprattutto in merito alle "questioni generali".

Sulla scorta di quanto precede va ribadito che, nel suo complesso, il diritto internazionale privato dell'Unione non presenta i requisiti di completezza, organicità, coerenza di insieme e sistematicità propri di una codificazione in senso stretto.

8. Gestione processuale delle regole codificate e ruolo assegnato al giudice dalle regole codificate

Presentati i tratti caratteristici del fenomeno della "codificazione" del diritto internazionale privato, occorre, in conclusione, valutare in quale misura essi incidano sull'interpretazione delle regole codificate. A tal proposito, conviene assumere la prospettiva del giudice.

Il ruolo del giudice, peraltro, assume peculiare rilievo secondo quelle regole codificate che, come si è anticipato, rimettono ad esso, piuttosto che ai criteri astratti e predeterminati, la soluzione dei conflitti di legge e, più in generale, la determinazione del diritto applicabile.

Sull'interpretazione della regola incidono sia i fattori che distinguono una "codificazione" dall'altra, sia le tecniche di dialogo tra le stesse "codificazioni".

In generale, sensibilità va prestata: *a*) alla derivazione nazionale, "comunitaria", internazionale del codice, del "frammento" di codificazione o dell'atto di unificazione; *b*) alla interazione, propria del diritto internazionale privato dell'Unione, tra atti che poggiano sulla stessa base giuridica, la quale funge da collegamento tra gli obiettivi degli atti medesimi e, dunque, tra i vari "frammenti" di codificazione europea; *c*) alla

duato in base al collegamento più stretto: cfr. art. 15 del regolamento (UE) 1259/2010 con riguardo ai conflitti su base interpersonale – e, come visto, ai sensi dell'art. 14, con riguardo ai conflitti interlocali quando l'ordinamento è richiamato dal criterio della cittadinanza –, articoli 36 e 37 del regolamento (UE) 650/2012, articoli 33 e 34 "comuni" ai regolamenti (UE) 2016/1103 e 2016/1104.

condivisione di concezioni giuridiche radicate e sviluppate in un medesimo consesso internazionale dal quale provengono gli atti di unificazione: condivisione, questa, che richiede, un'interpretazione sistematica di eventuali nozioni comuni (è il caso delle nozioni comuni alle convenzioni adottate in seno alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato); *d*) alla trasversalità di definizioni, tecniche, criteri di collegamento o norme di funzionamento condivisi negli atti di diritto internazionale privato dell'Unione, senza dimenticare l'obiettivo perseguito da ciascun atto preso singolarmente; *e*) alla ispirazione che un sistema "codificato" trae da un altro nei termini esposti in precedenza.

Dinanzi, in particolare, all'interazione tra diritto internazionale privato nazionale e atti dell'Unione europea, l'organo giudicante deve ricordarsi, se del caso, che "sussiste un sicuro interesse dell'Unione a che, per evitare [...] divergenze d'interpretazione, le disposizioni o le nozioni riprese dal diritto dell'Unione ricevano un'interpretazione uniforme quando una normativa nazionale si conforma, per le soluzioni che apporta a situazioni estranee all'ambito di applicazione dell'atto dell'Unione considerato, a quelle adottate da quest'ultimo atto, al fine di assicurare un trattamento identico alle situazioni interne e alle situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, a prescindere dalle condizioni in presenza delle quali si chiede l'applicazione delle disposizioni o delle nozioni riprese dal diritto dell'Unione"[42].

L'interazione ha luogo, in una diversa accezione, anche tra codificazioni nazionali. Ciò accade soprattutto per effetto della tecnica del rinvio, la quale impone una "gestione" della codificazione straniera nei termini indicati dalla codificazione nazionale, dal "frammento" di codificazione europea o dall'atto di unificazione internazionale che eventualmente ed eccezionalmente l'accolga.

[42] V. CGUE, sentenza 2 marzo 2010, *Salahadin Abdulla et al.*, cause riunite C‑175/08, C‑176/08, C‑178/08 e C‑179/08, punto 48; sentenza 12 luglio 2012, *SC Volksbank România*, causa C-602/10, punti 87 e 88; sentenza 18 ottobre 2012, *Nolan*, causa C-583/10, punto 46; sentenza 14 marzo 2013, *Allianz Hungária Biztosító*, causa C-32/11, punto 20; nonché sentenza 7 novembre 2013, *Romeo*, causa C-313/12, punto 22. Il *caveat* imposto dalla Corte riguarda disposizioni del diritto dell'Unione rese applicabili dal diritto nazionale in modo diretto e incondizionato a situazioni puramente interne al fine di assicurarne un trattamento identico rispetto a quelle sottoposte al diritto dell'Unione: v., in particolare, sentenza 28 marzo 1995, *Kleinwort Benson*, causa C‑346/93, punto 16; sentenza 21 dicembre 2011, *Cicala*, causa C-482/10, punto 19; sentenze *Nolan*, cit., punto 47 e *Romeo*, cit., punto 23. Per contro, lo stesso *caveat* è inapplicabile quando le disposizioni del diritto nazionale consentono al giudice nazionale di scostarsi dalle norme del diritto dell'Unione, come interpretate dalla Corte: v. sentenze *Kleinwort Benson*, cit., punto 18; *Romeo*, cit., punto 33 e *Allianz Hungária Biztosító*, cit., punto 21.

D'altro canto, come si è anticipato, la stessa regola codificata può assegnare al giudice – in misura variabile a seconda del sistema considerato[43] – un ruolo nella soluzione dei conflitti di legge alla ricerca del bilanciamento tra flessibilità e certezza del diritto applicabile. Ciò ha luogo allorché la regola accolga il criterio del collegamento più stretto, ovvero clausole di eccezione (le quali diano peso ai maggiori collegamenti tra la fattispecie e lo Stato sulla base di fattori geografici valutati caso per caso, o a maggiori connessioni sulla base di fattori non geografici in deroga anche alle determinazioni provenienti da criteri di collegamento forgiati sul principio di prossimità), oppure norme di chiusura che, come si è notato, invocano finanche l'utilizzo di principi generali di diritto internazionale privato.

9. Segue: *la prospettiva dell'arbitrato commerciale internazionale*

L'arbitrato commerciale internazionale offre, a sua volta, una particolare visuale sul tema della gestione processuale delle regole codificate e del ruolo del giudicante nella cornice della "codificazione".

Una prospettiva di analisi è quella del diritto applicabile al merito della controversia in assenza di *optio iuris*.

Uno sguardo di insieme della prassi e delle regole arbitrali, statali, internazionali o partorite dalle principali istituzioni arbitrali, rivela che il problema della determinazione del diritto applicabile in mancanza di scelta trova almeno cinque soluzioni[44].

[43] VASSILAKAKIS, *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe*, Paris, 1987.

[44] Vedi LUZZATTO, *International Commercial Arbitration and Municipal Law of States*, in *Collected Courses*, 1977, vol. 157, pp. 9 ss., 61 ss.; FUMAGALLI, *La legge applicabile al merito della controversia nell'arbitrato commerciale internazionale*, in *Riv. dir, int. priv. proc.,* 1985, p. 465 ss.; GAJA, *Sulle norme applicabili al merito secondo la nuova disciplina dell'arbitrato internazionale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1994, p. 433 ss.; GAILLARD, SAVAGE (eds), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague, 1999, p. 783 ss.; VISMARA, *Le norme applicabili al merito della controversia nell'arbitrato internazionale*, Milano, 2001; LEW, MISTELIS, KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague, 2003, p. 411 ss.; POUDRET, BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, 2nd ed., London, 2007, p. 676 ss.; BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, 2a ed., Milano, 2008, p. 199 ss.; BORN, *International Commercial Arbitration*, 2nd ed., The Hague, 2014, vol. II, p. 2614 ss.; DE BOER, *Choice of Law in Arbitration Proceedings*, in *Collected Courses*, 2014, vol. 375, p. 55 ss.; BLACKBAY, HUNTER, PARTASIDES, REDFERN, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th ed., The Hague-Oxford, 2015, p. 155 ss.; RADICATI DI BROZOLO, *Applying the Rules Governing the Merits in International*

La prima consiste nell'applicazione delle norme di conflitto generali dello Stato in cui l'arbitrato ha sede. La seconda prevede l'applicazione delle norme di conflitto speciali in materia arbitrale stabilite dall'ordinamento di sede ovvero la previsione diretta di una regola di conflitto, come il ricorso al criterio del collegamento più stretto [45]. La terza accoglie la regola secondo cui l'arbitro deve utilizzare le norme di conflitto che risultino *applicabili* secondo la sua personale percezione[46]. La quarta impone l'applicazione della legge che l'arbitro ritenga più appropriata[47], oppure delle regole di diritto che ritenga più appropriate (c.d. *voie directe*) [48]. La quinta prevede che l'arbitro, quale che sia l'approccio adottato nella ricerca del diritto applicabile, deve rispettare le norme di applicazione necessaria e l'ordine pubblico internazionale dell'ordinamento di sede e dell'ordinamento con il quale la controversia è maggiormente collegata anche nella prospettiva della esecuzione del lodo.

Se la prima, la seconda e la quinta soluzione pongono l'arbitro in posizione *affine* a quella del giudice al momento di applicare la regola o i sistemi conflittuali codificati, le soluzioni per le quali l'arbitro deve utilizzare le norme di conflitto che *ritenga applicabili* ovvero la *legge che ritenga più appropriata* o, ancora, le *regole di diritto che ritenga più appropriate*, paiono squisitamente attagliate all'arbitrato.

Tali soluzioni dipendono, a ben vedere, da un giudizio di appropriatezza che può condurre tanto alla scelta del sistema conflittuale da cui ricavare il diritto applicabile, quanto alla diretta determinazione della "legge" o della "regola di diritto materiale".

Commercial Arbitration, in FERRARI, ROSENFELD (eds), *Inherent Powers of Arbitrators*, Huntington, 2019, p. 269 ss.

[45] Cfr. art. 187, par. 1, della legge svizzera di diritto internazionale privato (rispetto al quale è dibattuto se il richiamo possa comprendere anche regole non statali); art. 1051, par. 2, ZPO; art. 20, par. 2 del regolamento dell'Associazione Italiana dell'Arbitrato.

[46] Cfr. art. VII, par. 1, della Convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961 sull'arbitrato commerciale internazionale; art. 28 dell'*UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* del 21 giugno 1985, emendata il 7 luglio 2006; *section* 46, par. 3 dell'*English Arbitration Act* del 1996.

[47] Cfr. art. 35 delle *UNCITRAL Arbitration Rules* adottate con risoluzione dell'Assemblea generale dell'ONU il 15 dicembre 1976, modificate il 6 dicembre 2010 e il 16 dicembre 2013; l'art. 22, par. 3, del regolamento della *London Court of International Arbitration* e l'art. 27 del regolamento della Camera di commercio di Stoccolma pongono in alternativa l'applicazione delle regole di diritto ritenute più appropriate.

[48] Cfr. art. 1511, *Code de procedure civil* francese; art. 21 del regolamento della *International Chamber of Commerce*; cfr. anche l'art. 22, par. 3, del regolamento della *London Court of International Arbitration* e l'art. 27 del regolamento della Camera di commercio di Stoccolma, i quali, come si è visto, ammettono, in alternativa, l'applicazione della legge ritenuta più appropriata.

Invero, la cognizione esatta di quale sia il ruolo del "giudizio di appropriatezza" nell'arbitrato commerciale internazionale dipende dalle note impostazioni teoriche che, distinguendosi tra loro, professano l'aderenza piena, parziale o nulla dell'arbitrato agli ordinamenti giuridici statali (o al solo ordinamento giuridico dello Stato di sede) quando si tratta di determinare il fondamento del potere dell'arbitro e le fonti a sua disposizione[49].

L'idea che l'arbitrato, a prescindere dal suo fondamento contrattuale, poggi su un ordinamento o più ordinamenti statali giustifica, meglio di altre, la ricerca di un sistema di conflitto *appropriato* (appartenenti a uno di tali ordinamenti) da cui desumere la legge applicabile nel rispetto degli usi del commercio e dei termini del contratto.

Questa ricerca è tuttavia condotta in vario modo. Ricorrono, infatti, casi di applicazione cumulativa dei sistemi conflittuali degli Stati maggiormente collegati alla controversia. Altra prassi mostra che gli arbitri cercano una soluzione conforme a regole di conflitto *generalmente* accettate, per tali potendosi intendere le regole incluse in una codificazione internazionale ovvero le regole comuni a distinte codificazioni nazionali.

Di contro, l'applicazione diretta della legge appropriata o della regola materiale appropriata si rivelano, invece, soluzioni maggiormente conformi alle impostazioni teoriche che sostengono l'autonomia e la distinzione dell'"ordinamento dell'arbitrato" dagli ordinamenti giuridici statali al momento della soluzione della controversia.

Non va taciuto, però, che la ricerca della legge appropriata talvolta coincide con quella dell'ordinamento più strettamente collegato con l'oggetto della controversia: in questo modo, giudizio di appropriatezza (proprio delle valutazioni dell'arbitro) e giudizio di prossimità (proprio di criteri di collegamento "codificati", come il criterio del collegamento più stretto) rappresenterebbero due facce dalla stessa medaglia sulla quale compaiono regole di diritto internazionale privato che, da un lato, sono imposte al giudice, mentre, dall'altro, sono rimesse al giudizio di appropriatezza svolto dall'arbitro.

Fatto sta che, osservando solo il lato arbitrale della suddetta medaglia e aderendo, in ipotesi, all'idea di un "ordinamento dell'arbitrato" autonomo e distinto da quello statuale, la ricerca della *legge appropriata* o della *regola materiale appropriata* risponderebbe a un principio "codifi-

[49] Per una recente disamina delle impostazioni teoriche riguardanti il fondamento statale, anazionale o contrattuale del potere arbitrale v. CARELLA, LEANDRO, *Le fonti dell'arbitrato*, in BENEDETTELLI, CONSOLO, RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, 2a ed., Milano, 2017, p. 627 ss., anche per ulteriori riferimenti.

cato" di tale "ordinamento autonomo e distinto", con la conseguenza che l'arbitro potrà utilizzare per la determinazione del diritto applicabile mezzi non necessariamente coincidenti con quelli a disposizione dei giudici, in particolare con quelli derivanti dai processi di codificazione considerati in precedenza.

GLI STRUMENTI DELLA CODIFICAZIONE NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Paola MORI*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La codificazione nel diritto dell'Unione europea: la codificazione ufficiale. – 3. *Segue*: Il consolidamento. – 4. *Segue*: la rifusione. – 5. La codificazione ufficiale nel contesto del programma "Legiferare meglio". – 6. Di altre forme di codificazione. – 7. Gli strumenti normativi di codificazione: diritto uniforme e armonizzazione delle legislazioni. – 8. Il problema della base giuridica degli atti di codificazione. – 9. Di alcuni tentativi di codificazione uniforme. – 10. I codici di autoregolamentazione e i codici di *soft law*. – 11. La Carta dei diritti fondamentali. – 12. Conclusioni.

1. Considerazioni introduttive

Una riflessione sugli strumenti di codificazione nell'Unione europea appare particolarmente complessa per la difficoltà di individuare un concetto unitario di codificazione, un concetto, questo, che si rivela invece mutevole a seconda degli ordinamenti giuridici in cui interviene e degli strumenti che utilizza. Ulteriori elementi di difficoltà derivano dalle caratteristiche dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea; ordinamento caratterizzato da una struttura non statale, non sovrana, ma sopranazionale, ente di governo di un processo di integrazione tra gli Stati europei, fortemente dinamico e in continua evoluzione.

Com'è emerso anche dalle relazioni svolte nella prima sessione di questo Convegno, la nozione di codificazione assume diversi significati a seconda del sistema entro il quale essa viene utilizzata. E questi diversi significati sono anche in funzione delle caratteristiche di ciascun sistema, delle norme che sono oggetto di codificazione all'interno di essi, degli strumenti utilizzati e delle finalità cui risponde di volta in volta o in ognuno di essi la codificazione.

* Professoressa ordinaria di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro.

Senza contare che anche all'interno di uno stesso sistema, la codificazione può assumere diversi significati, forme e modalità.

Negli ordinamenti nazionali la codificazione nasce allo scopo di eliminare il particolarismo giuridico e il pluralismo di fonti normative che caratterizzavano le società europee nel periodo precedente la Rivoluzione francese. Essa era legata ai caratteri dell'unitarietà, della coerenza sistematica e della stabilità nel tempo e ha accompagnato i processi di unificazione giuridica degli Stati nazionali[1]. Strumento di elezione della codificazione è quindi la legge. Tanto che nella codificazione nazionale il suo prodotto principale, il codice, si presenta come un sistema di norme strutturato in modo organico (per riguardare un intero settore dell'esperienza giuridica) e sistematico (per il coordinamento logico che lo sorregge), così realizzando una semplificazione nel rinvenimento della disciplina da applicare; insomma un testo, ordinato ed ordinante di regole e principi, che abbandona tradizionali privilegi e particolarismi giuridici. E tuttavia anche negli stessi diritti nazionali non è dato individuarne un concetto univoco, in quanto la codificazione è stata caratterizzata o ha finito con l'assumere varie configurazioni: codificazione generale, codificazione parziale o settoriale, testi unici e ha anche conosciuto processi di decodificazione.

Se guardiamo poi a un sistema giuridico come quello internazionale, ritroviamo altrettanta varietà sia sotto il profilo funzionale, sia sotto quello degli strumenti utilizzati, diversificati in atti di *hard law*, ovvero l'accordo, e atti di *soft law* di varia origine e natura.

Nell'ordinamento internazionale è dato infatti rinvenire una codificazione tutta interna a tale ordinamento perché si identifica con una operazione di sistematizzazione di settori di questo diritto precedentemente regolati prevalentemente da norme non scritte, le quali vengono codificate in uno strumento formale come una convenzione internazionale; ma troviamo anche una codificazione che, seppur attuata attraverso strumenti del diritto internazionale, finisce per essere una codificazione che, riprendendo un'espressione del collega Salerno nella sua introduzione generale a questo Convegno[2], risulta duale perché, realizzata nell'ordinamento internazionale, svolge i suoi effetti ultimi negli ordinamenti nazionali. Mi riferisco prima di tutto a quella che opera nel settore del diritto internazionale privato e processuale attraverso la Conferenza dell'Aia; ma casi assimilabili possono essere ritrovati anche in altri ambiti come

[1] La dottrina in argomento è sconfinata, per più ampi riferimenti si rinvia ai contributi in CAPPELLINI, SORDI (a cura di), *Codici – Una riflessione di fine millennio*, Milano, 2012; MORI (a cura di), *Unificazione politica e unificazione giuridica*, Napoli, 2012.

[2] V. *supra* SALERNO, *Idee e significati della codificazione*, par. 4.

quello ad esempio, più multidisciplinare, delle convenzioni del Consiglio d'Europa.

Le diversità tra questi due tipi di codificazione internazionale non si limitano peraltro a quelle appena indicate. Basti pensare che la prima opera rispetto a norme e attraverso norme appartenenti tutte allo stesso ordinamento, quello internazionale; soprattutto, essa non si sostituisce alle norme che ne sono oggetto, visto che le norme consuetudinarie codificate continueranno a vincolare, nei rapporti tra di loro e con gli Stati contraenti della convenzione di codificazione, gli Stati che non sono parti di questa. Al contrario, la seconda codifica nella sostanza norme e discipline nazionali, perché riguarda settori che toccano direttamente, sia pur in molti casi nei loro profili transfrontalieri, fattispecie individuali o comunque di vita interna degli Stati; e proprio per questo la sua operatività si esplica attraverso il diritto degli Stati contraenti, a ciascuno dei quali spetta tradurre in norme interne le norme di codificazione.

E tuttavia, ambedue queste forme di codificazione rivestono carattere inevitabilmente innovativo. La prima non solo perché porta quasi sempre all'introduzione di integrazioni più o meno rilevanti del complesso normativo che ne costituisce l'oggetto, ma anche perché il solo fatto di formalizzare in un testo scritto la norma consuetudinaria può avere l'effetto di innovare rispetto all'effettiva portata di questa. La seconda perché la sua ragion d'essere è proprio quella di armonizzare, e quindi di modificare, discipline che, se rimanessero affidate alla sola regolamentazione nazionale, non riuscirebbero a governare e risolvere i problemi transfrontalieri che ne pregiudicano una maggior efficacia.

2. La codificazione nel diritto dell'Unione europea: la codificazione ufficiale

Ebbene, venendo all'oggetto proprio di questa relazione, la codificazione nel diritto dell'Unione europea e i suoi strumenti di realizzazione, e prendendo in considerazione l'uso che di questo termine è fatto in tale diritto, la prima conclusione che verrebbe da trarre è che la codificazione europea differisce nettamente da quella di diritto internazionale.

Nel sistema dell'Unione il termine "codificazione" ha infatti un significato tecnico ben preciso che si identifica formalmente solo con una codificazione strettamente compilativa[3].

[3] In argomento si v. BIEBER, AMARELLE, *Simplification of European Law*, in *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, Oxford, 2000, p.

Ciò si spiega con le ragioni storiche che portarono alla sua comparsa nel panorama giuridico dell'Unione: quelle, evocate dal Consiglio europeo del 1992 prima a Birmingham[4] e poi a Edimburgo[5], di rendere la legislazione comunitaria più accessibile, semplice e chiara e, grazie a ciò, la "Comunità più aperta" e vicina ai cittadini[6]. Ciò facendo, il Consiglio europeo dava seguito alle sollecitazioni del Parlamento europeo, il quale, in una risoluzione del 1989, aveva sottolineato come la semplificazione, la trasparenza e la codificazione del diritto comunitario fossero essenziali allo scopo di rendere più semplici ed efficaci le relazioni giuridiche tra i cittadini degli Stati membri e di poter quindi "realizzare la 'Comunità di diritto' propugnata dai trattati costitutivi"[7].

Fatto sta che con l'Accordo interistituzionale del 20 dicembre 1994 su un "Metodo di lavoro accelerato ai fini della codificazione ufficiale dei testi legislativi", ancora oggi attuale, si è specificato che nell'Unione europea, "per codificazione ufficiale si intende la procedura volta ad abrogare gli atti oggetto della codificazione e a sostituirli con un atto unico che non contenga alcuna modificazione sostanziale di detti atti"[8].

Nello specifico, l'Accordo disciplina una procedura legislativa accelerata e semplificata per l'adozione di un atto giuridico nuovo che integri

219 ss.; BLANCHET, *Transparence et qualité de la législation*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1997, p. 915 ss.; DRAGONE, *La codification communautaire, techniques et procédures*, in *Revue du Marché Unique Européen*,1998, p. 77 ss.; ISAAC, *La codification du droit communautaire*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1977, p. 79 ss.; MAGNIN, *La codification du droit communautaire*, in *Actualité juridique. Droit administratif,* 1997, p. 678 ss.; PIRIS, *Après Maastricht, les institutions communautaires sont-elles plus efficaces, plus démocratiques et plus transparentes?*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1994, p. 1 ss.; SIMON, *Justifications et enjeux de la codification en droit communautaire*, in *Revue juridique de l'océan Indien*, 2003-2004, p. 45 ss.; TIMMERMANS, *How can One Improve the Quality of Community Legislation*?, in *Common Market Law Review*, 1997, p. 1229 ss.; WALLACE, *Transparency and the Legislative Process in the European Union,* in RIDEAU (sous la dir. de), *La transparence dans l'Union européenne, mythe ou principe juridique*?, Paris, 1999, p. 113 ss.

[4] Conclusioni del Consiglio europeo, Birmingham 16 ottobre 1992, All. I, *Dichiarazione di Birmingham*.

[5] Conclusioni del Consiglio europeo, Edimburgo 11-12 dicembre 1992, Annexe 3 à la partie A, p. 5.

[6] Lo stretto collegamento tra il ricorso "in modo sistematico alla codificazione" e "l'obiettivo generale di rendere la legislazione comunitaria più accessibile" è poi ulteriormente evocato nella risoluzione del Consiglio dell'8 giugno 1993 relativa alla qualità redazionale della legislazione comunitaria, *GUCE* C 166, 17 giugno 1993, p. 1. In argomento v. *infra*, par. 5.

[7] Parlamento europeo, risoluzione sulla semplificazione, trasparenza e codificazione del diritto comunitario, 26 maggio 1989, doc. A 2-152/89, in *GUCE* C 158, 26 giugno 1989, p. 386, punto L.

[8] *GUUE* C 102, 4 aprile 1996, p. 2, punto 1.

in un testo unico, senza cambiarne la sostanza, un atto di base precedente con le sue successive modifiche. Il nuovo atto sostituisce e abroga il precedente, eliminandone tutte le disposizioni obsolete. La codificazione può riguardare un singolo atto di base e le sue successive modifiche (codificazione verticale) oppure due o più atti di base paralleli sulla stessa materia e le successive relative modifiche i quali vengono incorporati in un unico testo (codificazione orizzontale).

A questo fine, pur prevedendo in linea di principio che il normale iter legislativo venga integralmente rispettato, l'Accordo ne comprime i tempi di alcuni passaggi[9] e quindi la pienezza delle prerogative altrimenti spettanti alle istituzioni coinvolte. E proprio per questo esso pone alla Commissione l'impegno a non introdurre nelle proposte di codificazione alcuna modifica sostanziale degli atti oggetto di codificazione ed esclude espressamente la possibilità delle altre istituzioni legislative di presentare emendamenti a tali proposte, in quanto il loro oggetto, "vale a dire la mera codificazione dei testi esistenti, rappresenta un limite giuridico che preclude qualsiasi modifica sostanziale da parte del Parlamento europeo e del Consiglio"[10]. A questo proposito, il Parlamento europeo, ribadendo che l'oggetto della proposta della Commissione, ovvero una codificazione pura e semplice di testi esistenti, costituisce in linea di principio un limite alla presentazione di qualsiasi modifica sostanziale da parte del Parlamento europeo e del Consiglio, ha precisato che "spetterà poi a ciascuna istituzione valutare la nozione di 'modifica sostanziale'"[11].

Ciò ha, d'altra parte, anche una sua ragione di sistema. L'ordinamento dell'Unione, per le sue caratteristiche, opera infatti sulla base di uno stretto principio di rispetto delle procedure previste, e nello specifico di quelle decisionali. L'art. 13, par. 2, TUE stabilisce, infatti, che le istituzioni agiscono nei limiti delle attribuzioni conferite loro dai Trattati "secondo le procedure, condizioni e finalità da essi previste". Il pieno rispetto di queste può conoscere delle deroghe solo limitate e comunque capaci di non alterare l'efficacia e la portata di quelle imposte dai Trattati in modo tale da non pregiudicare il principio dell'equilibrio istituzionale. E, secondo la giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, "le regole relative alla formazione della volontà delle istituzioni comuni-

[9] In particolare, l'Accordo prevede che "la proposta della Commissione sarà esaminata in tutti i suoi aspetti con procedura accelerata in seno al Parlamento europeo (una commissione unica per l'esame della proposta e procedura semplificata per la sua approvazione) e al Consiglio (esame da parte di un gruppo unico e procedura "dei punti I/A" nel COREPER-Consiglio)" (punto 7).

[10] Ivi, punto 6.

[11] Cosi nella risoluzione sulla trasparenza del diritto comunitario e la necessità della sua codificazione, A3-0266/94, in *GUCE* C 205, 25 giugno 1994, p. 514, punto 5, h).

tarie trovano la loro fonte nel Trattato e […] esse non sono derogabili né dagli Stati membri né dalle stesse istituzioni"; solamente il Trattato può, in casi specifici, autorizzare un'istituzione a modificare una procedura decisionale da esso prevista[12].

Nel caso specifico della codificazione ufficiale quale disciplinata dall'Accordo del 1994, le sia pur minime deviazioni da quelle procedure appaiono giustificate e ammissibili proprio per la neutralità dell'atto da adottare rispetto al contenuto delle norme che ne sono oggetto, neutralità che si traduce nella contemporanea irrilevanza di quelle deviazioni procedurali per il contenuto finale dell'atto. Non a caso, il Parlamento europeo ha anche ritenuto, con una specifica dichiarazione allegata all'Accordo, di doversi riservare la possibilità futura di obiettare a proposte di codificazione, quando, per il trascorrere del tempo, gli atti da codificare siano stati basati su fondamenti giuridici e adottati con procedure decisionali che risultino cambiati al momento della codificazione[13].

Naturalmente, per il suo carattere strettamente compilativo, la codificazione in questione usa strumenti giuridici della medesima natura di quelli che dettano le disposizioni legislative oggetto di codificazione. Nel senso che, là dove queste siano contenute in direttive, è ugualmente con direttiva che si provvede alla loro codificazione; e simmetricamente nel caso in cui oggetto di questa siano dei regolamenti. Una soluzione diversa, d'altronde, alterando la portata giuridica delle norme codificate[14], si scosterebbe dal compito strettamente ricognitivo che riveste la

[12] Ciò in quanto "riconoscere ad un'istituzione la facoltà di porre in essere fondamenti normativi derivati, che vadano nel senso di un aggravio ovvero di una semplificazione delle modalità d'adozione di un atto, significherebbe attribuire alla stessa un potere legislativo che eccede quanto previsto dal Trattato. Ciò significherebbe, del pari, consentirle di arrecare pregiudizio al principio dell'equilibrio istituzionale, che comporta che ogni istituzione eserciti le proprie competenze nel rispetto di quelle delle altre istituzioni", CGUE, sentenza 6 maggio 2008, *Parlamento europeo c. Consiglio*, causa C-133/06, punti 54-57; nonché sentenza 10 settembre 2015, *Parlamento europeo c. Consiglio*, causa C-363/14, punto 43; sentenza 22 settembre 2016, *Parlamento europeo c. Consiglio*, causa C-14/15, punto 47.

[13] "Il Parlamento europeo ritiene di dover riservarsi, in particolare in presenza di una modificazione o della base giuridica o del procedimento di adozione del testo in oggetto, la valutazione dell'opportunità della codificazione, tenuto conto del necessario rispetto del 'normale iter legislativo' ai sensi del par. 5 del presente accordo": dichiarazione del Parlamento europeo relativa al par. 5 dell'Accordo interistituzionale su un Metodo di lavoro accelerato ai fini della codificazione ufficiale dei testi legislativi. Ciò in quanto la base giuridica e le procedure di adozione dell'atto potrebbero essere cambiate nel tempo a vantaggio di maggiori prerogative del Parlamento europeo: in questo modo il Parlamento europeo si riserva di tornare sul merito delle norme da codificare.

[14] Com'è noto, gli atti normativi previsti dall'art. 288 TFUE si distinguono tra di loro per le rispettive caratteristiche strutturali e per i diversi effetti giuridici che producono

codificazione ufficiale nell'Unione, impedendo anche in questo caso la sua riconduzione alle modalità procedurali accelerate di adozione per essa previste.

3. Segue: *Il consolidamento*

Le finalità di maggior trasparenza e accessibilità per il cittadino cui la codificazione ufficiale principalmente assolve fanno sì che essa possa in realtà esplicarsi anche in una forma giuridicamente più semplice e proceduralmente ancor più rapida di quella ufficiale. Risponde alla stessa finalità di maggior trasparenza e accessibilità per il cittadino la prassi ormai sistematica dell'Ufficio interistituzionale delle pubblicazioni dell'Unione di procedere autonomamente a una codificazione informale periodica degli atti legislativi, o almeno di una gran parte di essi, che siano stati oggetto di modifiche successive; e il risultato è reso pubblico attraverso il sito eur-lex. L'esercizio, comunemente noto come "consolidamento", dà luogo a un prodotto sostanzialmente analogo a quello della codificazione ufficiale, di cui sovente rappresenta una sorta di anticipazione[15]. Il consolidamento è stato sollecitato anch'esso, e per le stesse finalità, dal Consiglio europeo di Edimburgo del 1992 che ha portato all'Accordo interistituzionale del 1994 sulla codificazione. In quell'occasione, anzi, il Consiglio europeo precisò espressamente che "le due impostazioni possibili – il consolidamento non ufficiale e la codificazione ufficiale – vanno perseguite parallelamente". Nelle conclusioni il consolidamento non ufficiale era definito come "composizione editoriale, al di fuori di qualsiasi procedura legislativa, delle parti sparse di una legislazione relativa ad una specifica materia, che è priva di effetti giuridici e lascia in vigore tutte le parti in questione". Ed infatti esso non si svolge attraverso percorsi e strumenti ufficiali e quindi non porta, a differenza della codificazione ufficiale, all'abrogazione degli atti consolidati, i quali rimangono quelli unicamente vigenti.

nei confronti dei loro destinatari, sul punto sia consentito rinviare a MORI, *Art. 288 TFUE*, in TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 2249 ss.

[15] Nella comunicazione "Aggiornare e semplificare l'acquis comunitario", COM(2003) 71 def., p. 11, la Commissione considera che "il consolidamento è la base della successiva codificazione".

4. Segue: *la rifusione*

In taluni casi la codificazione formale del diritto dell'Unione può anche assumere, assoggettandosi però di conseguenza al normale iter legislativo, una veste non esclusivamente ricognitiva. Sulla base di un altro Accordo interistituzionale del 2001[16], l'Unione fa molto spesso ricorso alla tecnica legislativa della c.d. rifusione degli atti normativi, tecnica che consente, come recita tale Accordo, "di codificare e modificare gli atti in un unico testo legislativo"[17].

Attraverso la rifusione si procede all'adozione di un nuovo atto legislativo che codifica sì le disposizioni di uno o più atti precedenti, abrogandoli, ma vi integra al tempo stesso delle modificazioni sostanziali che si intendono apportare alla disciplina oggetto di codificazione[18]. Così come la codificazione anche la rifusione può essere "verticale", quando il nuovo atto sostituisce un solo atto precedente (e le relative modifiche), oppure "orizzontale", quando il nuovo atto sostituisce più atti che disciplinano la stessa materia[19].

Lo stretto legame comunque esistente tra la rifusione e la codificazione è dimostrato dal fatto che lo stesso Accordo istituzionale del 2001 esclude la possibilità di riportare alla tecnica della rifusione l'ipotesi in cui si modifichi la sostanza di tutte le disposizioni precedenti che sono oggetto di rifusione, quando cioè l'intervento legislativo finisce per essere nei fatti totalmente innovativo.

Ciò non impedisce che, a differenza di quanto abbiamo detto per la codificazione, la rifusione possa realizzarsi, proprio perché non esclusivamente ricognitiva, anche attraverso uno strumento giuridico diverso da taluni degli atti che ne sono oggetto. Si possono, infatti, trovare casi di

[16] Accordo interistituzionale, del 28 novembre 2001, ai fini di un "Ricorso più strutturato alla tecnica della rifusione degli atti normativi", in *GUUE* C 77, 28 marzo 2002, p. 1.

[17] Va detto che talvolta gli atti di rifusione vengono definiti come "codice", v. ad esempio la direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche (Rifusione), che abroga direttive 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE, 2002/22/CE e l'art. 5 della decisione n. 243/2012/UE.

[18] È definita come "modificazione sostanziale", una modificazione della sostanza dell'atto precedente, in contrapposizione agli adattamenti meramente formali o redazionali, v. Accordo interistituzionale, del 28 novembre 2001, cit., punto 4.

[19] Si veda ad esempio la direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche (rifusione), cit., che costituisce la rifusione orizzontale delle quattro direttive esistenti (quadro, autorizzazioni, accesso e servizio universale) e le ricomprende in un'unica direttiva (v. la relazione introduttiva della proposta COM(2016) 590 final).

regolamenti di rifusione che hanno codificato, modificato e abrogato, accanto a precedenti regolamenti, una decisione del Consiglio[20] o di direttive dello stesso tipo che hanno fatto altrettanto rispetto a un precedente regolamento[21].

È da pensare, però, che questa possibilità non possa essere spinta fino al punto di modificare la natura giuridica non di alcuni soltanto, ma di tutti gli strumenti oggetto della rifusione, come ad esempio nel caso della prospettata riforma del diritto d'asilo, che porterebbe alla sostituzione della "direttiva procedure"[22] e della "direttiva qualifiche"[23] con due regolamenti[24]. Qui non solo si sarebbe di fronte a una sostanziale modifica della disciplina della materia interessata, incompatibile con il carattere principalmente codificatorio della rifusione, ma la diversa natura giuridica assunta dalle norme codificate coinvolgerebbe l'intera disciplina oggetto di rifusione, la quale passerebbe da un regime di armonizzazione delle legislazioni nazionali a un regime uniforme.

In ogni caso, e indipendentemente dall'ipotesi appena menzionata, la finalità parzialmente emendativa della rifusione può porre un problema di coordinamento con gli strumenti che ne hanno fatto oggetto, laddove questi e l'atto di rifusione abbiano la forma della direttiva. La sua non immediata applicabilità impone infatti alla direttiva di rifusione di distinguere accuratamente al suo interno, in vista del recepimento, le di-

[20] Regolamento (UE) n. 1380/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2013 relativo alla politica comune della pesca, che modifica i regolamenti (CE) n. 1954/2003 e (CE) n. 1224/2009 del Consiglio e che abroga i regolamenti (CE) n. 2371/2002 e (CE) n. 639/2004 del Consiglio, nonché la decisione 2004/585/CE del Consiglio.

[21] Direttiva 2014/60/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 relativa alla restituzione dei beni culturali usciti illecitamente dal territorio di uno Stato membro e che modifica il regolamento (UE) n. 1024/2012 (Rifusione).

[22] Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale.

[23] Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta.

[24] E infatti la Commissione ha lanciato un programma globale di riforma (v. la comunicazione "Riformare il Sistema europeo comune d'asilo e potenziare le vie d'accesso legali all'Europa", COM (2016) 197 final) comprendente, tra l'altro, una proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante la rifusione del regolamento Dublino III (COM (2016) 270 final), una proposta di rifusione della direttiva accoglienza (COM(2016) 465 final) e due proposte di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio destinate ad abrogare, e non a rifondere, l'una la direttiva procedure (COM(2016) 467 final), l'altra la direttiva qualifiche (COM(2016) 466 final).

sposizioni che costituiscono una modifica sostanziale rispetto alle direttive precedenti, visto che l'obbligo di recepire le disposizioni che restano immutate discenderà dalla direttiva precedente e non da quella di rifusione. E infatti, lo stesso Accordo del 2001 precisa che quest'ultima debba stabilire formalmente che l'abrogazione delle direttive interessate "fa salvi il termine di attuazione imposto agli Stati membri e, eventualmente, il termine di applicazione che figurano" in tali direttive (punto 7, lett. *c*), i)) e che "l'obbligo di attuazione nel diritto nazionale di una direttiva oggetto di rifusione riguarda soltanto le disposizioni modificate in modo sostanziale", mentre l'attuazione delle disposizioni immutate avviene a norma delle direttive precedenti (punto 7, lett. *c*), iii)).

5. La codificazione ufficiale nel contesto del programma "Legiferare meglio"

Dando seguito alle conclusioni della presidenza del Consiglio europeo di Lisbona e al suo Libro bianco sulla governance europea[25], nel 2001 la Commissione ha lanciato un imponente progetto di codificazione dell'*acquis communautaire*, che si è chiuso nel 2009[26]. La circostanza che dalla fondazione delle Comunità europee la normativa comunitaria non fosse mai stata sottoposta ad un riesame della sua organizzazione, struttura o presentazione e che la nuova legislazione o le modifiche degli atti normativi venissero aggiunte ai testi già esistenti, rendeva indispensabile il riordino sistematico della normativa. E ciò a un duplice scopo: da un lato fornire ai cittadini e alle imprese degli Stati membri e degli Stati candidati (si era alla vigilia del grande allargamento) un quadro legislativo più accessibile e trasparente; dall'altro lato, "eliminare 'i rami secchi', vale a dire i testi normativi obsoleti e antiquati", così da ridurre il volume della normativa e realizzare in tal modo significativi risparmi nelle spese di revisione, sia linguistica sia giuridica, e di stampa nella Gazzetta Ufficiale[27].

[25] COM(2001) 428 def., 25 luglio 2001.

[26] Comunicazione "Codificazione della normativa comunitaria", 21 novembre 2001, COM(2001) 645 final. Si veda anche la comunicazione "Aggiornare e semplificare l'acquis comunitario, 11 febbraio 2003, COM(2003) 71 def., con cui la Commissione espone il quadro d'azione per il miglioramento della regolazione e di semplificazione e codificazione dell'*acquis* e nel cui allegato sono elencati i settori di regolamentazione oggetto di semplificazione.

[27] Comunicazione della Commissione "Aggiornare e semplificare l'acquis comunitario", cit.

L'esigenza di agevolare l'applicazione e accrescere la leggibilità della legislazione comunitaria aveva poi determinato le tre istituzioni politiche ad avviare un processo di aggiornamento e di riduzione del suo volume. Con un Accordo interistituzionale del 2003[28] si stabiliva che tale processo sarebbe stato tra l'altro effettuato "tramite l'abrogazione degli atti non più applicati nonché la codificazione o la rifusione degli altri atti". In particolare, la semplificazione legislativa doveva essere effettuata mediante la rifusione degli atti vigenti oppure tramite nuove proposte legislative, preservando nel contempo il contenuto delle politiche comunitarie.

Nell'ultima legislatura la Commissione Junker ha posto tra le priorità del proprio programma politico quella di legiferare meglio[29] e ha promosso la conclusione di un nuovo Accordo interistituzionale con l'obiettivo di "produrre una legislazione dell'Unione di qualità elevata e garantire che tale legislazione si concentri sui settori in cui apporta il massimo valore aggiunto ai cittadini europei, consegua gli obiettivi politici comuni dell'Unione nel modo più efficiente ed efficace possibile, sia quanto più semplice e chiara, eviti l'eccesso di regolamentazione e gli oneri amministrativi per i cittadini, le amministrazioni e le imprese, in particolare per le piccole e medie imprese (PMI), e sia concepita in modo tale da facilitarne il recepimento e l'applicazione pratica e da rafforzare la competitività e la sostenibilità dell'economia dell'Unione"[30]. L'Accordo, che sostituisce quello del 2003, rafforza e sviluppa principi e procedure per migliorare la qualità della legislazione e assicurarne il rispetto, intervenendo sull'intero ciclo programmatico della regolamentazione. Come strumenti per legiferare meglio sono indicati le valutazioni d'impatto iniziali, cioè della proposta, e *ex post*, ovvero della legislazione vigente. Un ruolo molto importante è poi attribuito alle consultazioni

[28] Accordo interistituzionale "Legiferare meglio" del 16 dicembre 2003, in *GUUE* C 321, 31 dicembre 2003, p. 1 ss.; v. anche Approccio interistituzionale comune per le valutazioni d'impatto del novembre 2005, in *GUUE* C 369, 17 dicembre 2011, p. 14 ss.

[29] Comunicazione "Legiferare meglio: risultati migliori per un'Unione più forte", 14 settembre 2016, COM(2016) 615 final.

[30] Accordo interistituzionale "Legiferare meglio" tra il Parlamento europeo, il Consiglio dell'Unione europea e la Commissione europea, 13 aprile 2016, in *GUUE* L 123, 12 maggio 2016, p. 1. Per più ampi riferimenti v. DAWSON, *Better regulation and the future of EU regulatory law and,* in *Common Market Law Review*, 2016, p. 1209 ss.; DI GIAMBATTISTA, *La valutazione d'impatto nell'Accordo interistituzionale "Legiferare meglio",* in *Il Diritto dell'Unione Europea*, *Osservatorio,* maggio 2016; PORCHIA, *Equilibrismi interistituzionali per "Legiferare meglio"*, in TRIGGIANI, CHERUBINI, INGRAVALLO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 645 ss.; PROKOPIAK, *La qualité de la législation de l'Union européenne*, in *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, 2017, p. 271 ss.

dei cittadini e dei portatori d'interesse, consultazioni che investono le varie fasi dell'iter legislativo, tramite i siti internet e la piattaforma REFIT[31].

Allo scopo di aggiornare e semplificare la legislazione ed evitare l'eccesso di regolamentazione e gli oneri amministrativi per i cittadini, l'Accordo ribadisce l'impegno delle tre istituzioni politiche a privilegiare la tecnica legislativa della rifusione per la modifica della legislazione vigente con maggior frequenza, nel rispetto dell'Accordo interistituzionale del 2001. Qualora la rifusione non sia opportuna la Commissione viene impegnata a presentare una proposta di codificazione ufficiale, conformemente all'Accordo interistituzionale del 1994, il prima possibile dopo l'adozione di un atto modificativo[32].

Siamo dunque in un contesto in cui la prassi istituzionale tiene accuratamente e formalmente distinte la codificazione di norme preesistenti a diritto invariato, dalla rifusione di quelle norme nel quadro di una loro integrazione con modifiche o ulteriori sviluppi.

Tanto nel caso della codificazione ufficiale, quanto in quello della rifusione si deve però comunque concludere che nel sistema giuridico dell'Unione la codificazione, dal punto di vista formale, risulta limitata sotto il profilo dei contenuti, analogamente, per certi versi, alla codificazione per testi unici propria dei diritti nazionali; e che, al pari di questa, essa può assumere anche una veste non meramente compilativa nella versione della rifusione.

Essa non è infatti finalizzata – come nella codificazione nazionale per codici o come la codificazione internazionale del diritto consuetudinario – a una sistematizzazione di ampi settori di quei diritti e quindi all'unificazione, nell'opera di codificazione, di più atti o discipline preesistenti, potenzialmente anche di diversa natura formale (norme positive, prassi, giurisprudenza). Al contrario nell'ordinamento giuridico dell'Unione essa è strettamente limitata alla codificazione di una specifica di-

[31] La piattaforma REFIT, cioè il "Programma di controllo dell'adeguatezza e dell'efficacia della regolamentazione", è stata istituita con decisione della Commissione 19 maggio 2015, C(2015) 3261 final.

[32] Accordo interistituzionale "Legiferare meglio", cit., p. 1, punto 46. V. anche la comunicazione della Commissione "Legiferare meglio: risultati migliori per un'Unione più forte", 14 settembre 2016, COM(2016) 615 final, p. 10, in cui è ribadito che la rifusione "dovrebbe costituire il principale metodo legislativo per elaborare un testo unico chiaro e comprensibile. Laddove risultasse impossibile procedere a una rifusione, si dovrebbe optare per la codificazione". Più recentemente, comunicazione della Commissione "Completare il programma 'Legiferare meglio': soluzioni migliori per conseguire risultati migliori", 24 ottobre 2017, COM(2017) 651 final.

sciplina quale formalizzata in un atto giuridico già vigente e negli atti successivi che l'hanno specificamente modificato o integrato.

Va infine osservato che, a ulteriore differenza di quanto avviene negli ordinamenti statali dove la codificazione di regola assume carattere legislativo, nel sistema dell'Unione tanto la codificazione ufficiale che la rifusione possono riguardare non soltanto gli atti legislativi o di base ma anche gli atti delegati e gli atti d'esecuzione[33].

Nel primo caso, la Commissione presenta proposte di codificazione o di rifusione che, secondo quanto rispettivamente previsto dall'Accordo interistituzionale del 1994 e da quello del 2001, richiedono l'adozione ufficiale da parte del Consiglio e del Parlamento secondo una procedura legislativa, seppur semplificata. Nel secondo caso si prospetta diversamente la procedura di adozione e, quindi, la stessa natura dell'atto di codificazione.

Laddove si tratti di codificare atti d'esecuzione l'operazione può essere effettuata direttamente dal Consiglio, qualora questo abbia riservato a se stesso, nell'atto di base, le competenze d'esecuzione[34]; oppure essa potrà essere realizzata dalla Commissione quando si tratti di atti di esecuzione adottati da questa in forza di un precedente conferimento di competenza da parte del legislatore[35]. In questa seconda ipotesi ci si potrebbe semmai chiedere se tale possibilità non debba essere oggetto di una specifica previsione dell'atto di base. La Commissione sembra avere considerato questa possibilità come pienamente riconducibile alla competenza di esecuzione originariamente conferitale dal legislatore, visto che sulla base unicamente di quest'ultima essa ha autonomamente proceduto, in taluni casi, alla codificazione di una serie di suoi atti di esecuzione[36]. Certo è, però, che in questo caso, come in quello precedente – in

[33] Nella comunicazione "Aggiornare e semplificare l'*acquis* comunitario", cit., punto 4, "l'*acquis* oggetto della presente comunicazione è definito come l'insieme degli atti vincolanti, vale a dire regolamenti, direttive e decisioni (sia le decisioni generali sia quelle rivolte a singoli destinatari) ai sensi dell'art. 249 del Trattato CE. Tale definizione comprende gli atti adottati dalla sola Commissione (atti autonomi), inclusi gli atti di attuazione adottati secondo le procedure di comitato. Il corpo normativo in tal modo individuato contiene tutti gli atti di diritto comunitario che creano diritti e obblighi per i cittadini dell'Unione".

[34] V., ad esempio, il regolamento di esecuzione (UE) n. 282/2011 del Consiglio, del 15 marzo 2011, recante disposizioni di applicazione della direttiva 2006/112/CE relativa al sistema comune di imposta sul valore aggiunto (rifusione).

[35] V. la comunicazione "Codificazione della normativa comunitaria", COM(2001) 645, cit., punti 2.3 e 4.3.

[36] Come, ad esempio, nel caso del regolamento (CE) n. 612/2009 della Commissione, del 7 luglio 2009, recante modalità comuni di applicazione del regime delle restituzioni all'esportazione per i prodotti agricoli (rifusione), adottato sulla base del regola-

cui è il Consiglio a procedervi –, l'atto di codificazione manterrà la natura "esecutiva" propria degli atti codificati.

La questione può invece presentarsi in modo più complesso nel caso di una eventuale codificazione di atti delegati. A dire il vero, laddove essa coinvolga solo questi, la fattispecie non sembra differire radicalmente da quella che abbiamo visto prospettarsi riguardo alla codificazione di atti di esecuzione. Altra potrebbe essere invece la situazione quando si proceda a codificare atti legislativi, alcuni degli "elementi non essenziali" dei quali – per riprendere il dettato dell'art. 290 TFUE – siano stati integrati o modificati da successivi atti delegati della Commissione. In questo caso, un obiettivo di maggior chiarezza della disciplina oggetto di quella codificazione potrebbe portare la Commissione a proporre e il legislatore ad adottare un atto (legislativo) di codificazione inclusivo di quegli elementi, attraverso, quindi, un'opera di "rilegificazione" di norme prima contenute negli atti delegati coinvolti[37].

6. Di altre forme di codificazione

Vista la varietà di forme che la codificazione ha assunto nei diversi ordinamenti, ci si può però chiedere se in quello dell'Unione sia comunque possibile rintracciare delle forme di codificazione del suo diritto ulteriori rispetto a quelle ufficiali appena esaminate, ed eventualmente quali ne siano gli strumenti.

Da questa ricerca escluderò alcune fattispecie che, pur se più o meno comunemente ricondotte a un fenomeno codificatorio, non ritengo appropriato trattare in questa sede.

Mi riferisco, da un lato, ai numerosi casi in cui in occasione dell'esercizio di revisione dei Trattati istitutivi si è proceduto alla positi-

mento (CE) n. 1234/2007 del Consiglio, del 22 ottobre 2007, recante organizzazione comune dei mercati agricoli e disposizioni specifiche per taluni prodotti agricoli (regolamento unico OCM).

[37] Strada diversa è stata però seguita nel caso del regolamento delegato (UE) 2018/625 della Commissione, del 5 marzo 2018, che integra il regolamento (UE) 2017/1001 del Parlamento europeo e del Consiglio sul marchio dell'Unione europea e abroga il regolamento delegato (UE) 2017/1430. Qui, infatti, a fronte della codificazione di una serie di atti legislativi, si è preferito da parte della Commissione limitarsi ad apportare al regolamento delegato adottato sotto la vigenza dei regolamenti legislativi oggetto della codificazione le modifiche necessarie a riflettere le novità redazionali recate da quest'ultima.

vizzazione o formalizzazione di prassi delle istituzioni o di principi enunciati nella giurisprudenza della Corte di giustizia[38].

E, dall'altro lato, mi riferisco a quegli ancora più numerosi atti legislativi che l'Unione ha adottato e adotta in alcuni dei settori di sua competenza per regolare aspetti più o meno ampi e di sistema di ciascuno di tali settori; talvolta, anche qui, "codificando" principi enunciati nella giurisprudenza della Corte di giustizia[39].

In tutte e due le ipotesi è in effetti possibile rintracciare da parte dell'Unione un intento codificatorio.

Nella prima ritroviamo, infatti, quel superamento del diritto non scritto che è uno degli obiettivi tipici della codificazione, e non solo nel diritto internazionale, anche se qui tale superamento sembra aver risposto, per la sua forte episodicità e mancanza di sistematicità, più a una volontà di "costituzionalizzazione" nei Trattati delle relative prassi e giurisprudenze, che ad un obiettivo di vera e propria codificazione.

Per la seconda l'assimilabilità ad un'azione di codificazione è ancora più fondata, visto che al suo interno è possibile in effetti ritrovare atti che, per quanto settoriali, possono legittimamente essere assimilati a strumenti di natura codificatoria. I più tipici di questi sono sicuramente alcuni di quegli atti che l'Unione ha adottato nel settore del diritto internazionale privato o processuale e che vengono comunemente ricondotti dalla gran parte della dottrina al più vasto ambito della codificazione di origine non statale di questa materia[40].

E altrettanto si può dire di talune iniziative legislative che soprattutto dopo il Trattato di Lisbona l'Unione ha attuato nel campo parallelo del diritto penale e processuale penale.

Ma anche al di fuori di questi due specifici settori, la regolazione di profili più o meno ampi delle materie di competenza dell'Unione è spesso avvenuta attraverso l'adozione di discipline normative che, pur non costituendo una codificazione ufficiale, a volte evocano, anche esplicitamente, forme di codificazione orizzontale[41].

[38] Su questo aspetto si veda *supra*, TRIGGIANI, *La codificazione nell'Unione europea attraverso i principi di democrazia, efficacia e trasparenza*, p. 277 ss.

[39] Su questo punto si veda *infra*, ADINOLFI (A.), *La Corte di giustizia dell'Unione europea dinanzi ai principi generali codificati*, p. 553 ss.

[40] In argomento si rinvia *supra* al contributo di LEANDRO, *La codificazione del diritto internazionale privato fra strumenti internazionalistici e diritto dell'Unione europea*, p. 279 ss

[41] Tra i molteplici casi si veda, ad esempio, il "Codice europeo di condotta sul partenariato nell'ambito dei fondi strutturali e d'investimento europei", adottato con il regolamento delegato (UE) n. 240/2014 della Commissione, del 7 gennaio 2014. Il codice ha l'obiettivo di sostenere e agevolare gli Stati membri nell'organizzazione di partenariati

Un esempio per tutte: la direttiva 2004/38 con cui l'Unione ha dato sistemazione alla disciplina generale della libera circolazione e soggiorno dei cittadini europei in uno Stato membro diverso dal loro, riunificando in quest'unico atto tanto le tre precedenti direttive sui lavoratori, sugli studenti e sugli altri cittadini, quanto i punti salienti della giurisprudenza della Corte in materia[42]. Significativamente, nel preambolo della direttiva è evidenziato il carattere settoriale e frammentario delle norme concernenti il diritto di libera circolazione e soggiorno e la necessità di "codificare e rivedere gli strumenti comunitari esistenti che trattano separatamente di lavoratori subordinati, lavoratori autonomi, studenti ed altre persone inattive al fine di semplificare e rafforzare il diritto di libera circolazione e soggiorno di tutti i cittadini dell'Unione".

Ciononostante, come ho detto, un esame dettagliato di queste diverse fattispecie non mi sembrerebbe appropriato in questa sede, sia perché in parte trattate in altre relazioni, sia perché equivarrebbe a occuparsi dell'attività normativa dell'Unione nel suo complesso. E se, d'altra parte, sarebbe forzato ritenere che in tutte le sue manifestazioni tale attività presenti un carattere sostanzialmente codificatorio, altrettanto difficile sarebbe, per mancanza di criteri distintivi univoci e certi, distinguere al suo interno tra gli atti che rispondono a quel carattere e quelli che ne sono privi.

E d'altro canto non può neppure ignorarsi che la prassi dà conto di un uso del termine codice non sempre coerente, non sempre lessicalmente corrispondente nelle varie lingue dell'Unione o comunque non definitorio di un atto che disciplini unitariamente una materia o un suo aspetto. Penso ad esempio a quello che in italiano e in spagnolo (ma non in altre

finalizzati agli accordi di partenariato e ai programmi finanziati dai "fondi strutturali e d'investimento europei" ("fondi SIE") e definisce un quadro comune all'interno del quale gli Stati membri, conformemente al proprio quadro istituzionale e giuridico nonché alle rispettive competenze nazionali e regionali, perseguono l'attuazione del partenariato. Il regolamento è stato adottato in attuazione della delega contenuta nel regolamento (UE) n. 1303/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, recante disposizioni comuni sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo, sul Fondo di coesione, sul Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale e sul Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca e disposizioni generali sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo, sul Fondo di coesione e sul Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca, e che abroga il regolamento (CE) 1083/2006 del Consiglio.

[42] Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE.

lingue) viene definito il "Codice unico europeo", ma che indica un complesso di atti normativi che costituiscono l'asse portante dell'Unione bancaria e della regolamentazione del settore finanziario nell'UE in generale[43].

Nei limiti contenutistici di questa relazione mi limito, quindi, a osservare come l'attività di codificazione dell'Unione in questo vasto ambito si presenta come una codificazione innovativa; che per realizzarla si è fatto ricorso a strumenti giuridici diversi; e, infine, che si presenta anch'essa, al pari della codificazione ufficiale, come una codificazione sostanzialmente parcellizzata.

7. Gli strumenti normativi di codificazione: diritto uniforme e armonizzazione delle legislazioni

Quanto in particolare agli strumenti utilizzati, la scelta è caduta talvolta su direttive, talaltra su regolamenti.

A parte il caso in cui è la stessa base giuridica a imporre specificamente il ricorso a uno di questi atti, l'art. 296 TFUE stabilisce che le istituzioni effettuino tale scelta nel rispetto delle procedure applicabili e del principio di proporzionalità. Ciò nondimeno le ragioni della scelta dell'uno piuttosto che dell'altro atto non sempre sono chiare.

Certo è che nei due settori dove l'attività legislativa dell'Unione è stata più attiva in una direzione di carattere codificatorio, la cooperazione giudiziaria in materia civile[44] e la cooperazione giudiziaria in materia penale, la scelta ha finito per tipizzarsi per settore[45].

[43] Sul sito https://www.consilium.europa.eu/it/policies/banking-union/single-rulebook/ si legge: "I pilastri del codice unico europeo, ovvero gli atti giuridici di maggior rilevanza per l'Unione bancaria, sono: la direttiva sui requisiti patrimoniali (CRD IV) e il regolamento sui requisiti patrimoniali (CRR); la direttiva modificata sul sistema di garanzia dei depositi; la direttiva sul risanamento e la risoluzione delle banche".

[44] Vedi *supra*, nota 40.

[45] In dottrina, tra i molti, v. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, in *Diritto penale contemporaneo,* 2012, p. 1 ss.; GIUDICELLI-DELAGE, MANACORDA (dir.), *L'intégration pénale indirecte*. *Interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, Paris, 2005; GIUDICELLI-DELAGE, LAZERGERS (dir.), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, Paris, 2012; GRASSO, PICOTTI, SICURELLA, (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011; MANACORDA, *Diritto penale europeo*, in *Diritto Online Treccani*; PALIERO, VIGANÒ (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, 2013; PERILLO, *Le droit pénal substantiel et l'espace de liberté sécurité et justice: deux ans après Lisbonne*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2012, p. 577 ss.; KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Cambridge, 2016.

Nella cooperazione giudiziaria in materia civile si è fatto ricorso quasi esclusivo allo strumento del regolamento, nonostante che l'art. 81, par. 2, TFUE parli genericamente di "misure".

Per la cooperazione giudiziaria in materia penale e per la cooperazione in materia penale, invece, lo strumento utilizzato in via quasi altrettanto esclusiva è la direttiva (prima della riforma di Lisbona la decisione-quadro). Certo, il ricorso a questo secondo tipo di atto è espressamente imposto dall'art. 82, par. 2, e dall'art. 83 TFUE per alcuni aspetti di questa cooperazione in cui l'Unione è richiesta di stabilire norme minime di armonizzazione; ma si è fatto ricorso allo stesso tipo di strumento anche per atti adottati sulla base dell'art. 82, par. 1, che fa genericamente menzione invece, al pari del già citato art. 81, del termine "misure" [46].

Fa eccezione il regolamento relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e confisca[47], per l'appunto basato sull'art. 82, par. 1, TFUE. Considerato che "per garantire l'efficacia del riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e dei provvedimenti di confisca è opportuno che le norme in materia di riconoscimento ed esecuzione di tali provvedimenti siano stabilite da un atto dell'Unione giuridicamente vincolante e direttamente applicabile", il legislatore europeo ha però avuto cura di precisare che "la forma giuridica del presente atto non dovrebbe costituire un precedente per i futuri atti giuridici dell'Unione nel settore del riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie in materia penale. La scelta della forma giuridica degli atti giuridici futuri dell'Unione dovrebbe essere valutata con attenzione caso per caso, tenendo conto, tra gli altri fattori,

[46] Non vengono qui in considerazione gli articoli 85 e 88 TFUE che prevedono l'adozione, secondo la procedura legislativa ordinaria, di regolamenti con cui determinare la struttura, il funzionamento, la sfera d'azione e i compiti rispettivamente di Eurojust (regolamento (UE) 2018/1727 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale (Eurojust) e che sostituisce e abroga la decisione 2002/187/GAI) e Europol (regolamento (UE) 2016/794 del Parlamento Europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2016, che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione nell'attività di contrasto (Europol) e sostituisce e abroga le decisioni del Consiglio 2009/371/GAI, 2009/934/GAI, 2009/935/GAI, 2009/936/GAI e 2009/968/GAI); inoltre anche l'art. 86 prevede che il Consiglio mediante regolamenti, secondo una procedura legislativa speciale, può istituire una Procura europea (regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea, "EPPO"). Si tratta infatti di disposizioni di carattere organizzativo-istituzionale che evidentemente non potrebbero essere adottate con direttiva.

[47] Regolamento (UE) 2018/1805 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca.

dell'efficacia dell'atto giuridico e dei principi di proporzionalità e sussidiarietà"[48].

Con il risultato che la "codificazione" di aspetti analoghi della cooperazione giudiziaria europea risulta regolata con strumenti diversi a seconda se quella cooperazione riguardi la materia civile (regolamento) o la materia penale (direttiva).

Indipendentemente dalle diverse caratteristiche di questi due tipi di atti, quali conclusioni si possono trarre ai fini della valutazione della codificazione attuata in quei diversi settori?

Mentre nel caso della codificazione ufficiale inizialmente esaminata, il tipo di strumento utilizzato non ha rilievo sull'efficacia delle norme codificate, che rimane quella originaria, nei casi appena trattati la scelta dello strumento incide sul modo di operare di tali norme.

Ciò non fa certo venire meno il carattere codificatorio, ma dà vita, al pari di quanto avviene in altri ordinamenti, a due forme diverse di codificazione: l'una – quella da regolamento – produttiva di norme uniformi e autoapplicative, l'altra – quella da direttiva – operante attraverso norme nazionali, seppur armonizzate nel quadro dei confini indicati dalla direttiva.

8. Il problema della base giuridica degli atti di codificazione

Se da questo punto di vista le forme di codificazione da ultimo analizzate si differenziano dalla codificazione ufficiale, quando le si guardi sotto il profilo dei contenuti anch'esse danno vita, al pari di quella ufficiale, a una codificazione episodica o comunque priva di sistematicità, anche quando le sue norme esprimano principi di ordine più generale o siano il risultato della loro applicazione.

Ciò non deve stupire, visto che per le sue caratteristiche il sistema dell'Unione non si presta in linea di principio ad una codificazione "codicistica", ovvero generale e sistematica.

L'Unione opera infatti sulla base di un rigido principio di attribuzione, il quale fa sì che la sua azione si svolga per singole basi giuridiche materiali e non si presti ad una regolamentazione trasversale di sistema, anche perché il negoziato europeo avviene anch'esso per specifiche materie finendo così per far prevalere, anche rispetto ai profili più generali

[48] Considerando n. 11 e n. 53. Sottolinea "l'audacia" della scelta del legislatore europeo, MAUGERI, *Il regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca: una pietra angolare per la cooperazione e l'efficienza*, in *Diritto penale contemporaneo*, gennaio 2019.

di esse, soluzioni specifiche e settoriali, perché strettamente legate agli interessi impostisi nel singolo negoziato.

A ciò si aggiunga che, tranne i rari casi in cui i Trattati riconoscono a uno specifico atto da adottare dalle istituzioni un carattere per così dire supralegislativo, in ragione della funzione che esso è chiamato ad assolvere nel quadro del funzionamento dell'Unione o della procedura con cui è adottato, tra gli atti delle istituzioni non esiste un rapporto gerarchico[49].

Tutto ciò introduce un importante limite di carattere contenutistico e sistematico ad una possibile attività di codificazione, di unificazione o di armonizzazione.

L'ipotesi di una codificazione generale che intervenga in modo orizzontale in un ambito relativamente ampio rischia infatti di riguardare più basi giuridiche e di porre quindi il problema di individuare l'appropriato fondamento normativo in un'unica norma di base.

Ciò perché, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, laddove esiste nei Trattati una disposizione specifica idonea a costituire il fondamento giuridico dell'atto da adottare, questo deve basarsi su tale disposizione a preferenza di altre disposizioni di portata più generale a cui possano ugualmente ricondursi il contenuto e lo scopo dell'atto[50]. Un eventuale cumulo di basi giuridiche nell'adozione di un unico atto è peraltro ammesso in via eccezionale dalla Corte di giustizia[51] a condizione che le procedure decisionali in esse previste non siano incompatibili tra loro[52].

Va poi considerato che qualora l'atto di codificazione interferisca con un atto che ha una diversa base giuridica da quella o da quelle su cui

[49] Sul tema sia consentito rinviare a MORI, *Rapporti tra fonti nel diritto dell'Unione europea. Il diritto primario*, Torino, 2010.

[50] V. CGUE, sentenza 6 settembre 2012, *Parlamento c. Consiglio*, causa C-490/10, punto 45, e giurisprudenza ivi citata.

[51] V. CGUE, sentenza 4 dicembre 2018, *Commissione c. Consiglio*, causa C-244/17, punto 37: "se l'esame di un atto dell'Unione dimostra che esso persegue una duplice finalità o che possiede una duplice componente, e se una di tali finalità o componenti è identificabile come principale mentre l'altra è solo accessoria, l'atto deve fondarsi solo su un fondamento giuridico, ossia quello richiesto dalla finalità o dalla componente principale o preponderante. In via d'eccezione, se è dimostrato, invece, che l'atto persegue contemporaneamente più finalità oppure ha più componenti legate tra loro in modo inscindibile, senza che una sia accessoria rispetto all'altra, cosicché siano applicabili diverse disposizioni dei trattati, un atto siffatto deve fondarsi sui diversi fondamenti giuridici corrispondenti".

[52] Ciò in quanto la loro applicazione combinata determinerebbe un'alterazione della posizione delle istituzioni coinvolte nel processo decisionale, CGUE, sentenza 10 gennaio 2006, *Commissione c. Parlamento e Consiglio*, causa C-178/03, punto 57. In argomento v. ADAM, TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, 2a ed., Torino, 2016, p. 192 ss.

si fonda, per un principio di competenza sarà inevitabilmente il primo a dover cedere il passo all'applicazione del secondo.

E anche il ricorso a basi giuridiche di portata tendenzialmente ampia come l'art. 114 TFUE[53], che consente il ravvicinamento, ovvero l'armonizzazione, delle legislazioni nazionali che hanno per oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno, o come la clausola di flessibilità di cui all'art. 352 TFUE[54], incontra gli stessi limiti di coordinamento rispetto agli atti adottati sulla base di fondamenti giuridici speciali.

9. Di alcuni tentativi di codificazione uniforme

Queste osservazioni trovano conferma anche nell'esito non positivo che hanno avuto sinora alcuni tentativi di realizzare codificazioni di questo tipo.

Tra questi ricordo l'iniziativa del Parlamento europeo per la codificazione dei procedimenti amministrativi dell'Unione europea[55], a cui però la Commissione ha deciso di non dar corso evidenziando una serie di problemi. Nella sua risposta al Parlamento europeo essa ha infatti sottolineato la difficoltà di ricondurre ad un unico strumento legislativo di portata generale e orizzontale procedure e regole altamente specializzate e settoriali che trovano regolamentazione negli atti che disciplinano la specifica materia[56]. La Commissione ha in particolare osservato come

[53] In argomento v. DE PASQUALE, PALLOTTA, *Art. 114 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 1262 ss.

[54] In argomento v. BARIATTI, *Art. 352 TFUE*, in TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, cit., p. 2551 ss.

[55] Risoluzione del 9 giugno 2016 con cui il Parlamento europeo ha indirizzato alla Commissione, ai sensi dell'art. 225 TFUE, il testo di una bozza di proposta legislativa, per l'adozione di un regolamento per un'amministrazione dell'Unione europea aperta, efficace e indipendente 2016/2610(RSP). V. anche lo studio GALETTA, HOFFMANN, MIR, ZILLER, *The context and legal element of a Proposal for a Regulation on the Administrative Procedure of the European Union's institutions, bodies, offices and agencies*, Parlamento europeo, 2015, PE 536.487. Un progetto di codificazione della materia è stato elaborato dalla rete trasnazionale di esperti indipendenti, ReNEUAL – Research Netwwork on European Administrative Law, su cui v. DELLA CANANEA, GALLETTA, HOFMANN, SCNEIDER, ZILLER (a cura di), *Codice ReNEUAL del procedimento amministrativo dell'Unione europea*, Napoli 2016. In argomento v. anche MASTROIANNI, ROLANDO (a cura di), *La codificazione dei procedimenti amministrativi dell'Unione europea*, Napoli, 2017; nonché, *supra*, TRIGGIANI, *La codificazione*, cit., p. 227 ss.

[56] *Suite donnée à la résolution du Parlement européen pour une administration de l'Union européenne ouverte, efficace et indépendante*, adoptée par la Commission le 4 octobre 2016, SP(2016)613.

una codificazione unitaria dei procedimenti amministrativi comporterebbe inevitabilmente la necessità di rivedere una gran quantità di atti legislativi vigenti e potrebbe far sorgere problemi di delimitazione tra le norme generali e quelle specifiche[57].

Difficoltà per ora non superate ha incontrato anche l'eventuale codificazione del diritto privato sostanziale. L'iniziativa dell'elaborazione di un "codice europeo comune del diritto privato" venne lanciata dal Parlamento europeo nel 1989, nel contesto di "un'azione volta a ravvicinare il diritto privato degli Stati membri", con l'obiettivo di partire dall'attività di unificazione delle "numerose branche del diritto privato d'importanza capitale per lo sviluppo del mercato unico, come ad esempio il diritto delle obbligazioni, senza per questo esaurire le possibilità di procedere ad altre unificazioni"[58]. Allo scopo venne istituita una apposita commissione composta da studiosi della materia, la Commissione sul diritto contrattuale europeo, i cui lavori non hanno però trovato seguito a livello istituzionale[59]. Dal canto suo, la Commissione europea ha predisposto vari documenti in materia e lanciato ampie consultazioni pubbliche[60].

[57] Sui limiti soggettivi e di contenuto di tale codificazione v. ADAM, *Possibilità e limiti di una regolamentazione generale dell'azione amministrativa dell'Unione europea*, in MASTROIANNI, ROLANDO (a cura di), *La codificazione dei procedimenti amministrativi dell'Unione europea*, cit., p. 13 ss.

[58] Risoluzione del Parlamento europeo su un'azione rivolta a ravvicinare il diritto privato degli Stati membri (A2-157/89), in *GUCE* C 158, 26 giugno 1989, p. 400; v. anche risoluzione del Parlamento europeo sull'armonizzazione di taluni settori di diritto privato degli Stati membri del 6 maggio 1994 (A3-0329/94), in *GUCE* C 205, 25 luglio 1994, p. 518; nonché risoluzione sul ravvicinamento del diritto civile e commerciale degli Stati membri del 15 novembre 2001 (A5-0384/2001).

[59] Sui lavori della Commissione, presieduta da Lando, v. LANDO, BEALE (eds), *Principles of European Contract Law, Parts 1 and 2,* La Haye, 2000. In argomento, tra i molti, si vedano, ALPA, *Nuove frontiere del diritto contrattuale*, in *Il diritto privato dell'Unione europea* (a cura di TIZZANO), Tomo I, Torino, 2006, p. 713 ss.; VON BAR, *Le Groupe d'études sur un Code civil européen*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2001, pp. 127; CARBONE, *L'inquadramento normativo, l'autonomia interpretativa dei "principi" di un diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. int. priv. proc*., 2000, p. 885 ss.

[60] Nel 2001, con la comunicazione "sul diritto contrattuale europeo", la Commissione europea ha avviato una consultazione pubblica sui problemi derivanti dalla diversità dei diritti dei contratti degli Stati membri e sulle possibili azioni da intraprendere in questo campo (11 luglio 2001, COM(2001) 398). Successivamente con la comunicazione "Maggiore coerenza nel diritto contrattuale Europeo - Un piano d'azione" (12 febbraio 2003, COM(2003) 68), la Commissione proponeva di migliorare la qualità e la coerenza del diritto europeo dei contratti istituendo un quadro comune di riferimento contenente principi e una terminologia comuni. In argomento v. STAUDENMAYER, *The Commission Action Plan on European Contract Law*, in *European Review of Private Law*, 2003, p. 113 ss.; SCHWARTZE, *Enforcement of Private Law: The Missing Link in the Process of European Harmonisation*, in *European Review of Private Law*, 2000, p. 135 ss.; WEATH-

Nel 2011 la Commissione ha prodotto una proposta di regolamento contenente un "corpus autonomo e uniforme di norme di diritto dei contratti, comprensivo di norme a tutela del consumatore – il diritto comune europeo della vendita – da considerarsi alla stregua di un secondo regime di diritto dei contratti nell'ambito dell'ordinamento nazionale di ciascuno Stato membro". La proposta mirava ad armonizzare il diritto dei contratti, non già imponendo modifiche alle normative nazionali in vigore, ma creando nell'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro un secondo regime applicabile ai contratti transfrontalieri su base volontaria e per accordo espresso delle parti[61]. L'iniziativa ha dato luogo ad un dibattito molto ampio nel corso del quale sono emerse numerose critiche, tanto in ambienti istituzionali quanto nella dottrina. Dubbi sono stati avanzati circa la scelta della base giuridica, l'art. 114 TFUE, considerato inutilizzabile per la creazione di "strumenti normativi paralleli", e circa il rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Né è sfuggita la complessità del collegamento del proposto regolamento con i diversi sistemi giuridici nazionali e con altri atti europei e internazionali in materia[62]. Nel 2014 la proposta è stata ritirata dalla Commissione.

Non ha incontrato maggior successo, infine, neppure l'idea di arrivare a un codice dei diritti dei consumatori [63]. Il riordino della complessa disciplina si è infatti risolto nel più modesto risultato dell'adozione di una direttiva di armonizzazione che ha rivisto alcune fra le numerose di-

ERILL, *The European Commission's Green Paper on European Contract Law: Context, Content and Constitutionality*, in *Journal of Consumer Policy*, 2001, p. 339 ss. I lavori hanno portato alla pubblicazione di un progetto di quadro comune a cura di VON BAR, CLIVE, SCHULTE NÖLKE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München, 2009. A questi ha fatto seguito il Libro Verde della Commissione sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese, 1 luglio 2010, COM(2010) 348 def. (sui diritti dei consumatori v. *infra*, nota 65).

[61] Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita, COM (2011) 635 def.

[62] Sul tema, per più ampi riferimenti, D'AMICO, *Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento sul Diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?*, in *I contratti*, 2012, p. 611 ss.; MICKLITZ, REICH, *The Commission Proposal for a "Regulation on a Common European Sales Law (CESL)" – Too Broad or Not Broad Enough?*, in EUI Working Paper Law 2012/04, p. 4 ss.; PLAZA PENADÉS, MARTÍNEZ VELENCOSO (eds), *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Cham, 2015; POSNER, *The Questionable Basis of the Common European Sales Law: The Role of an Optional Instrument in Jurisdictional Competition*, in *Common Market Law Review*, 2013 p. 261 ss.

[63] Su cui v. OSMAN (dir.), *Vers un code européen de la consommation/Towards a European Consumer Code*, Bruxelles, 1998; BOURGOIGNIE, *Vers un droit européen de la consommation: unifié, harmonisé, codifié ou fragmenté?* in *Les Cahiers de droit*, 2005, p. 153 ss.

rettive esistenti in materia[64]; di un atto, dunque, che per quanto si distanzi dall'approccio di armonizzazione minima delle precedenti direttive, non solo non disciplina unitariamente tutta la materia, ma consente, non foss'altro per le sue intrinseche caratteristiche, "agli Stati membri di mantenere o adottare norme nazionali relative a taluni aspetti"[65].

E dunque più che di codificazione pare maggiormente appropriato parlare di armonizzazione delle legislazioni nazionali.

10. I codici di autoregolamentazione e i codici di soft law

La difficoltà di individuare una base giuridica pertinente, se non addirittura la mancanza di una competenza specifica, ha spesso portato all'adozione di codici che definirei genericamente di *soft law*. Si tratta di atti di origine, portata e contenuti eterogenei.

Alcuni fra questi costituiscono strumenti di autoregolamentazione delle istituzioni. Tra questi ricordo il Codice di condotta congiunto del Consiglio e della Commissione del 1993 che regolamentava l'accesso al pubblico dei documenti delle istituzioni, poi riconosciuto come diritto fondamentale nell'art. 42 della Carta dei diritti fondamentali e disciplinato organicamente dal regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 1049/2001[66]. Ed ancora, il Codice europeo di buona condotta amministrativa proposto dal Mediatore europeo e adottato il 6 giugno 2001 con risoluzione del Parlamento europeo e il Codice di buona condotta amministrativa per il personale della Commissione nei rapporti con il pubblico, che è allegato al regolamento interno della Commissione[67]. Tra questi vale anche la pena, poi, di menzionare il Codice di buone prassi

[64] Con la comunicazione "Diritto contrattuale europeo e revisione dell'acquis: prospettive per il futuro", 11 ottobre 2004, COM(2004) 651 def., la Commissione aveva proposto di rivedere l'*acquis* dell'Unione nel settore del diritto contrattuale dei consumatori al fine di eliminare le incongruenze e colmare le lacune normative. Il risultato della revisione si è concretizzato con l'adozione della direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio. In argomento, anche per ulteriori riferimenti, v. MENGOZZI (P.A.), *Art. 169 TFUE*, in TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, cit., p. 1532 ss.

[65] Considerando n. 2 della direttiva.

[66] Regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione.

[67] Regolamento interno della Commissione, C(2000) 3614.

per lo svolgimento delle procedure di controllo sugli aiuti di Stato recentemente adottato con una comunicazione dalla Commissione[68]: il Codice fornisce alla Commissione, agli Stati membri, alle imprese e alle altre parti interessate degli orientamenti riguardanti la gestione di tali procedure, volti a migliorare l'efficienza, la trasparenza e la prevedibilità delle stesse, ma non modifica in alcun modo la normativa vigente in materia.

Altri codici, infine, sono stati adottati come strumento facoltativo e non vincolante di regolamentazione uniforme di una data materia[69].

In molti casi questo è avvenuto con l'adozione di risoluzioni del Consiglio, talvolta del Consiglio e degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, spesso su iniziativa della Commissione[70].

Questi codici di condotta non hanno carattere vincolante, limitandosi a delineare i principi e gli obiettivi di un'azione ai margini, se non al di fuori delle competenze comunitarie, e in quanto tale da sviluppare sia a livello nazionale sia a livello dell'Unione. E ciò dà conto del motivo per cui talora tali atti sono adottati congiuntamente dal Consiglio e dai

[68] Comunicazione del 16 luglio 2018 (C(2018) 4412)

[69] Un caso particolare è rappresentato dai codici di condotta previsti dalla sezione 5 del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati) (art. 40). Questi codici, infatti, pur riconducibili all'iniziativa privata, vedono il concorso di soggetti diversi, anche pubblici, che li promuovono, li autorizzano e ne monitorano l'osservanza (articoli 40, 41, 57, lett. m). Non solo, ma, ai sensi dell'art. 40, par. 9, "la Commissione può decidere, mediante atti di esecuzione, che il codice di condotta, la modifica o la proroga approvati, che le sono stati sottoposti ai sensi del paragrafo 8 del presente articolo, hanno validità generale all'interno dell'Unione".

[70] Ricordo ad esempio il Codice di condotta dell'UE per le esportazioni di armi adottato dal Consiglio dell'UE 8 giugno 1998 e poi sostituito e modificato dalla posizione comune 2008/944/PESC su norme comuni per il controllo delle esportazioni di tecnologia e attrezzature militari. Ed ancora: risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio del 1 dicembre 1997 su un Codice di condotta in materia di tassazione delle imprese (*GUCE* C 2, 6 gennaio 1998, p. 2); risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio del 22 aprile 1999, relativa a un Codice di condotta per una più efficace cooperazione tra amministrazioni pubbliche degli Stati membri nella lotta contro l'abuso di prestazioni e contributi sociali a livello transnazionale ed il lavoro sommerso, nonché in materia di temporanea messa a disposizione transnazionale di lavoratori (*GUCE* C 125, 6 maggio 1999, p. 1); risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio del 27 giugno 2006 su un Codice di condotta relativo alla documentazione dei prezzi di trasferimento per le imprese associate nell'Unione europea (DPT UE) (*GUUE* C 176, 28 luglio 2006, p. 1); Codice di condotta dell'UE in materia di complementarità e di divisione dei compiti nell'ambito della politica di sviluppo, adottato come conclusioni del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio del 15 maggio 2007 (9558/07).

rappresentanti dei Governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, in una formula "mista".

11. La Carta dei diritti fondamentali

Un'ulteriore e ultima conferma della difficoltà di ricostruire nell'ordinamento dell'Unione in modo unitario e coerente il processo di codificazione, e i suoi strumenti giuridici, viene anche da quella che si può considerare l'unica codificazione "codicistica" effettuata: la Carta dei diritti fondamentali.

La Carta è nata infatti al di fuori del sistema dei Trattati, con una procedura assolutamente particolare e con un atto di valore giuridico non definito, e ha potuto esprimere pienamente il suo potenziale normativo solo grazie ad una modifica dei Trattati.

Adottata per *consensus* dalla "Convenzione"[71] appositamente istituita su mandato del Consiglio europeo di Colonia del giugno 1999, la Carta è stata poi approvata nelle conclusioni del Consiglio europeo di Biarritz dell'ottobre 2000, per essere infine solennemente proclamata con la firma congiunta dei Presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione il 7 dicembre 2000 a margine del Consiglio europeo di Nizza[72]. La sua originaria veste formale era dunque quella di una dichiarazione interistituzionale, proclamata dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione; non riconducibile quindi né alla tipologia delle fonti del diritto primario – le norme dei Trattati –, né a quelle del diritto derivato – gli atti tipici delle istituzioni.

Questa sua peculiarità, l'assenza di formale valore vincolante, ha fatto sì che la Corte di giustizia vi facesse inizialmente riferimento soltanto a fini interpretativi per la ricostruzione dei diritti fondamentali in quanto principi generali di diritto. È dopo la riforma del Trattato di Li-

[71] La Convenzione era composta di delegati dei Capi di Stato e di Governo e del Presidente della Commissione europea, nonché di membri del Parlamento europeo e dei parlamenti nazionali. In qualità di osservatori vi hanno partecipato anche rappresentanti della Corte di giustizia, mentre rappresentanti del Comitato economico e sociale, del Comitato delle Regioni e di gruppi sociali ed esperti sono stati invitati ad esprimere il proprio parere.

[72] La sua pubblicazione è avvenuta nella *GUCE* C 364 del 18 dicembre 2000. Sulla genesi e la procedura che ha portato all'adozione della Carta v. ADAM, *Da Colonia a Nizza: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2000, p. 881 ss. La Carta è stata poi "adattata" il 12 dicembre 2007 a Strasburgo. V., inoltre, NASCIMBENE, SANNA, *Art. 6 TUE*, in TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, cit., p. 54 ss.

sbona che la Carta ha acquisito rango di diritto primario. Come ricordato dalla Corte di giustizia nel parere 2/13, "al centro della costruzione giuridica" nata dai Trattati "si collocano proprio i diritti fondamentali, quali riconosciuti dalla Carta – che, ai sensi dell'art. 6, par. 1, TUE, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati"[73]. Tale "costituzionalizzazione" ha consentito alla Corte di utilizzarla come canone interpretativo e parametro di legittimità degli atti delle istituzioni e degli Stati membri nell'attuazione del diritto dell'Unione[74], ma anche di riconoscere l'efficacia diretta, perfino orizzontale, di quelle sue norme che siano dotate di "carattere allo stesso tempo imperativo e incondizionato" e che non richiedono "una concretizzazione ad opera delle disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale"[75].

Ciò nondimeno, sotto il profilo formale la Carta ha mantenuto la sua originaria veste di una solenne dichiarazione interistituzionale; il suo testo, infatti, non è stato allegato ai Trattati, né forma oggetto di un apposito Protocollo. Essa non ha pertanto formato oggetto di ratifica da parte

[73] CGUE, parere 18 dicembre 2014, punto 169.

[74] Secondo TIZZANO, *L'application de la Charte de droits fondametaux dans les Etats membres à la lumière de son article 51, paragraphe 1*, in *Il Diritto dell'Unione Europea,* 2014, p. 430, dopo il Trattato di Lisbona "La Charte est passée de paramètre de référence […] à paramètre de légalité" e "d'une certaine maniére, et dans la mesure où elle exprime les principes fondamentaux de l'Union, elle pourrait peut-être se placer même à un niveau superieur au tratés eux-même". Sembrerebbe essere questa la posizione assunta nella sentenza 5 dicembre 2017, C-42/17, *M.A.S., M.B.* (*Taricco II*), in cui la Corte ha ritenuto che l'applicazione dell'art. 325 TFUE nei giudizi nazionali debba avvenire nei limiti del rispetto del principio di legalità in materia penale di cui all'art. 49 della Carta. Sul punto sia consentito rinviare a MORI, *Taricco II o del primato della Carta dei diritti fondamentali e delle tradizioni costizionali comuni agli Stati membri,* in *Il Diritto dell'Unione Europea, Osservatorio,* dicembre 2017.

[75] CGUE, sentenza 6 novembre 2018, *Max-Planck*, causa C-648/16, punti 73 ss., e giurisprudenza ivi citata. Il caso riguarda il diritto a un periodo di ferie annuali retribuite, sancito per ogni lavoratore dall'art. 31, par. 2, della Carta, che riveste "carattere allo stesso tempo imperativo e incondizionato"; pertanto "la suddetta disposizione è di per sé sufficiente a conferire ai lavoratori un diritto invocabile in quanto tale in una controversia contro il loro datore di lavoro, in una situazione disciplinata dal diritto dell'Unione" e, di conseguenza, "il giudice nazionale, investito di una controversia tra un lavoratore e il suo *ex* datore di lavoro avente qualità di privato, deve disapplicare tale normativa nazionale e assicurarsi che, ove detto datore di lavoro non sia in grado di dimostrare di aver esercitato tutta la diligenza necessaria affinché il lavoratore fosse effettivamente in condizione di fruire delle ferie annuali retribuite alle quali aveva diritto ai sensi del diritto dell'Unione, il lavoratore medesimo non possa essere privato dei diritti da lui maturati a dette ferie annuali retribuite, né, correlativamente, e in caso di cessazione del rapporto di lavoro, essere privato dell'indennità finanziaria per le ferie non godute, il cui pagamento è direttamente a carico, in tal caso, del datore di lavoro interessato". Sul caso v. ROSSI, *The relationship between the EU Charter of Fundamental Rights and Directives in horizontal situations*, in *EU Analysis,* February 2019.

degli Stati membri ed ha bensì acquistato rango di diritto primario per il solo effetto dell'art. 6, par. 1, TUE.

Sotto il profilo contenutistico, la Carta racchiude un catalogo organico e tendenzialmente completo di diritti fondamentali, ricognitivo di diritti già sanciti altrove. Come enfatizzato nel suo preambolo, essa "riafferma" i diritti derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri; quelli sanciti nei Trattati istitutivi, nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, nella Convenzione europea dei diritti umani e in altri strumenti internazionali[76]; e, infine, in principi enunciati nella giurisprudenza della Corte di giustizia e in quella della Corte europea dei diritti umani[77].

In realtà, l'indiscusso carattere ricognitivo non esclude il valore innovativo della Carta nella misura in cui essa codifica in maniera sistematica e in un unico testo, diritti sanciti in atti di cui non sempre identico è il contenuto precettivo; così come non identica è la loro portata normativa, trattandosi in alcuni casi di convenzioni internazionali, in altri di dichiarazioni solenni. Di diversa ampiezza sono poi gli ambiti soggettivi di applicazione degli atti di riferimento: se infatti tutti gli Stati membri dell'Unione sono parte della Convenzione europea dei diritti umani, non tutti sono ugualmente parte degli strumenti che hanno ispirato la definizione di alcuni degli ulteriori diritti e i principi sanciti nella Carta. In conseguenza del valore giuridico assunto dalla Carta, anche tali diritti e principi assumono valore vincolante, almeno nell'ambito di applicazione della Carta stessa.

La rigidità formale che la Carta sembra aver acquisito per effetto della sua avvenuta costituzionalizzazione da parte dell'art. 6, par. 1, TUE, sembra stemperarsi quando si consideri che questo stesso articolo, nel rinviare alle Spiegazioni, richiede che i diritti, le libertà e i principi della Carta siano interpretati alla luce dei corrispondenti diritti risultanti

[76] Tra questi la Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948; il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici del 1966; la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989; la Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951 e il relativo Protocollo del 1967; la Carta sociale europea del 1961 e quella riveduta del 1996; la Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina del 1997.

[77] Il concetto è stato ribadito anche nel considerando n. 6 del Protocollo (30) Sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla Polonia e al Regno Unito, secondo cui "la Carta ribadisce i diritti, le libertà e i principi riconosciuti nell'Unione e rende detti diritti più visibili ma non crea nuovi diritti o principi". Nella sentenza 21 dicembre 2011, cause riunite C-411/10 e C-493/10, *N. S.*, la Corte ha affermato che il Protocollo (n. 30) "non rimette in questione l'applicabilità della Carta al Regno Unito o alla Polonia […] e non ha per oggetto di esonerare la Repubblica di Polonia e il Regno Unito dall'obbligo di rispettare le disposizioni della Carta, né di impedire ad un giudice di uno di questi Stati membri di vigilare sull'osservanza di tali disposizioni".

dalle tradizioni costituzionali comuni o sanciti nella Convenzione europea dei diritti umani. Il rinvio alle "fonti" delle disposizioni della Carta, più che come un vincolo interpretativo, sembra infatti potersi intendere come un fattore di elasticità del sistema, nella misura in cui consente all'interprete l'opportuno adeguamento dei diritti e dei principi garantiti all'evoluzione dei sistemi giuridici di riferimento, in una dinamica virtuosa di coordinamento e complementarietà degli stessi[78]. E d'altro canto, la giurisprudenza della Corte di giustizia mostra di mantenere un approccio flessibile e discrezionale nel riferimento a quelle fonti, in maniera tale da salvaguardare l'autonomia e la specificità del diritto dell'Unione[79].

In ultima analisi si può osservare come la Carta, grazie all'interazione con i principi generali, richiamati nell'art. 6, par. 3, TUE, e alla giurisprudenza della Corte di giustizia[80], finisca col realizzare una codificazione che risulta progressiva e dinamica. Sotto questo profilo, la vicenda della Carta è dunque emblematica perché, nel realizzare una codificazione sistematica dei diritti fondamentali, riflette il carattere evolutivo dell'ordinamento dell'UE. E questo tanto sotto il profilo dei contenuti quanto, se non soprattutto, sotto il profilo giuridico-formale.

12. Conclusioni

In conclusione non resta che constatare come allo stato attuale nell'ordinamento giuridico dell'Unione il processo codificatorio sembri dunque limitarsi, per le ragioni esposte nel corso di questo lavoro, ad in-

[78] Sul punto, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, sia consentito rinviare a MORI, *Rapporti tra fonti nel diritto dell'Unione europea. Il diritto primario*, cit., p. 170 s.

[79] V. CGUE, sentenza 15 febbraio 2016, *J.N.*, causa C-601/15 PPU, punto 47, in cui, dopo aver ricordato che le spiegazioni relative alla Carta devono essere prese in considerazione per l'interpretazione della stessa, la Corte ha tuttavia precisato che "le spiegazioni relative all'art. 52 della Carta indicano che il par. 3 del suddetto articolo intende assicurare la necessaria coerenza tra la Carta e la CEDU, "senza che ciò pregiudichi l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte di giustizia dell'Unione europea". In argomento v. LENAERTS, GUTIÉRREZ-FONS, *The Place of the Charter in the EU Constitutional Edifice*, in PEERS, HARVEY, KENNER, WARD (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford and Portland, 2014, p. 1559 ss.; LENAERTS, *Exploring the Limits of the Eu Charter of Fundamental Rights*, in *European Constitutional Law*, 2012, p. 365 ss.; JACQUÉ, *The Explanations Relating to the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in PEERS, HARVEY, KENNER, WARD (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights*, cit., p. 1715; TIZZANO, *L'application de la Charte de droits fondamentaux*, cit., p. 429 ss.

[80] Sui rapporti tra Carta e principi generali v. *infra* ADINOLFI (A.), *La Corte di giustizia*, cit., p. 553 ss.

terventi che, pur rivestendo un ruolo molto significativo nello sviluppo del processo di integrazione europea e del coordinamento degli ordinamenti giuridici degli Stati membri, da un lato hanno un'impronta settoriale, restando pur sempre "modelli normativi parziali"[81]; dall'altro lato utilizzano tecniche e strumenti giuridici di diversa natura ed efficacia normativa. E questo non mi sembra possa essere smentito dalla considerazione che la componente forse principale del processo di integrazione europea sia quella di superare le diversità tra le legislazioni degli Stati membri attraverso il loro coordinamento, con l'adozione vuoi di norme europee uniformi destinate ad applicarsi negli ordinamenti nazionali, vuoi di norme europee che dettano principi e standard comuni, così da armonizzare, in vario grado, le normative nazionali nella prospettiva di un'integrazione graduale, sì, ma sempre più stretta tra popoli europei[82].

[81] V. *supra* SALERNO, *Idee e significati*, cit.

[82] Sul ravvicinamento delle legislazioni come "stadio di transizione" in vista dell'unificazione delle legislazioni, si veda MALINTOPPI, *Il ravvicinamento delle legislazioni nazionali come problema di diritto internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 1959, p. 239 ss.

I TRATTATI DI CODIFICAZIONE NELL'ORDINAMENTO DEGLI STATI E DELL'UNIONE EUROPEA

Riccardo PAVONI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le fasi conclusive dell'opera di codificazione: trattati di codificazione e ordinamento interno. – 3. Questioni in materia di applicazione dei principali accordi di codificazione negli ordinamenti interni. – 3.1. Insuccessi dell'opera di codificazione. – 3.2. Successi dell'opera di codificazione. – 3.2.1. La Convenzione sul diritto del mare: brevi considerazioni con particolare riferimento al diritto dell'UE. – 3.2.2. La Convenzione sul diritto dei trattati. – 3.2.3. Le Convenzioni di Vienna sulle relazioni diplomatiche e consolari. – 4. L'incerto destino della Convenzione sull'immunità degli Stati. – 5. Conclusione.

1. Introduzione

Il presente scritto si prefigge di esaminare alcune manifestazioni della prassi riguardanti l'applicazione degli strumenti di codificazione del diritto internazionale pubblico nell'ordinamento degli Stati e dell'Unione europea (UE). L'inclusione dell'ordinamento dell'UE nell'indagine pare pienamente giustificata quanto meno dal crescente rilievo che in esso hanno acquisito certi accordi di codificazione, in particolare la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 e la Convenzione sul diritto del mare del 1982. L'analisi è limitata a strumenti formalmente (e almeno potenzialmente) vincolanti a titolo pattizio, ossia ai casi nei quali l'opera di codificazione è sfociata nell'adozione di trattati, ad esclusione quindi di strumenti di codificazione c.d. *light* o *soft* (progetti di articoli, rapporti, guide alla prassi, conclusioni, e così via). Benché questi ultimi rappresentino oggi il "prodotto" più frequente dei lavori della Commissione del diritto internazionale (CDI), la loro applicazione sul piano domestico è essenzialmente affidata alla volontà dei singoli operatori interni di indagare sulla natura consuetudinaria della disposizione di volta in volta rilevante. In tale situazione, è quindi difficile

* Professore associato di Diritto internazionale, Università degli Studi di Siena.

ragionare in maniera sistematica sui rapporti tra ordinamenti interni e strumenti di codificazione internazionale.

Al contrario, le norme previste nei sistemi giuridici statali e dell'UE in materia di stipulazione, esecuzione, applicazione e rango dei trattati forniscono preziose indicazioni sull'impatto effettivo delle convenzioni di codificazione negli ordinamenti interni e, di riflesso, su quello internazionale. Questo impatto può infatti essere assente quando un tale accordo non venga ratificato (e soprattutto quando la mancata ratifica sia un problema generalizzato che ne impedisca l'entrata in vigore), oppure trascurabile quando le autorità interne facciano ampio utilizzo di modalità di adattamento e dottrine capaci di alterare indebitamente il contenuto dell'accordo medesimo, neutralizzarne l'efficacia o sminuirne il rango. Tali circostanze, oltre a fondare legittimi dubbi sul carattere consuetudinario delle pertinenti norme pattizie, gettano un'ombra sull'utilità complessiva dell'opera di codificazione risultante in accordi non ratificati, non recepiti o contestati a livello interno.

Il problema non può essere accantonato rilevando semplicemente come esso non faccia altro che riproporre la classica dinamica dualista dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento internazionale, secondo la quale il primo sceglie liberamente i mezzi volti ad assicurare attuazione ed osservanza di *qualsiasi* norma del secondo. Il problema è qui senz'altro più sensibile, dato che coinvolge il rispetto di accordi – quelli appunto di codificazione – di particolare importanza. Essi infatti riguardano per lo più aspetti strutturali del diritto internazionale o comunque settori classici dello stesso, i quali sono largamente oggetto di regole consuetudinarie reputate meritevoli di trasfusione in forma scritta.

Sembra dunque senz'altro opportuno dar conto di talune tendenze della prassi contemporanea degli Stati e dell'UE in materia di applicazione interna degli accordi di codificazione. L'obiettivo è di verificare se, ed in quale misura, tali tendenze mettano in rilievo un trattamento diverso e di favore riservato a tali accordi e alle consuetudini in essi riflesse. Appare peraltro meritevole di considerazione autonoma la vivace e controversa prassi applicativa riguardante l'ultimo "grande" accordo di codificazione adottato dall'Assemblea generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU) a seguito di decennali lavori della CDI *e non ancora in vigore*, ossia la Convenzione sull'immunità degli Stati del 2004. L'incerto *status* di tale Convenzione permetterà di svolgere, attraverso la lente degli ordinamenti interni, alcune osservazioni di carattere generale sulle prospettive attuali dell'opera di codificazione del diritto internazionale.

2. Le fasi conclusive dell'opera di codificazione: trattati di codificazione e ordinamento interno

L'assunto secondo cui l'ordinamento interno fornisce un contributo decisivo all'effettività del diritto internazionale nel suo complesso vale *a fortiori* allorché siano in gioco accordi di codificazione. Il punto è già stato nitidamente messo in luce da Roberto Ago in alcuni scritti indimenticabili degli anni Sessanta del secolo scorso. Come noto, l'insigne giurista distingue *tre fasi* o *tappe* dell'opera *integrale* di codificazione del diritto internazionale[1]: una prima fase preparatoria finalizzata all'elaborazione ed analisi di un progetto di trattato, nella quale la CDI rappresenta normalmente l'attore principale; una seconda fase intergovernativa in cui tale progetto viene discusso e approvato da una conferenza di Stati (convocata *ad hoc* dall'ONU oppure in seno all'Assemblea generale dell'ONU stessa); una terza fase relativa all'adozione definitiva del trattato da parte degli Stati, ovvero alla loro ratifica del (o adesione al) trattato secondo le rispettive regole costituzionali. È quest'ultima, nel pensiero di Ago, a dover essere considerata sotto molteplici profili la fase cruciale e più controversa dell'opera di codificazione. In primo luogo, difatti, il diritto internazionale "si arrende" in questa fase, nella quale "l'action pour la codification cesse […] d'être une action collective pour se fragmenter en une série d'actions individuelles" e "[l]es procédures constitutionnelles internes de chaque Etat prennent désormais le dessus sur le procédures internationales"[2]. In secondo luogo, la fase della ratifica è estremamente rilevante per il valore giuridico del trattato. Uno scarso numero di ratifiche non solo può impedire l'entrata in vigore del trattato, ma è altresì suscettibile di pregiudicare il riconoscimento del carattere consuetudinario delle disposizioni pattizie in questione[3]. In terzo

[1] AGO, *La codification du droit international et les problèmes de sa réalisation*, in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, 1968, p. 93 ss., p. 102; ID., *La fase conclusiva dell'opera di codificazione del diritto internazionale*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, 1968, vol. CLXXV, p. 15 ss., p. 25.

[2] AGO, *La codification*, cit., p. 109.

[3] *Ibidem*: secondo l'autore, solo quando le manifestazioni di consenso sono state espresse dagli Stati in una "proportion suffisament large" le norme del trattato in questione sono in grado di imporsi come "règles de droit acceptées sinon par la totalité de la communauté internationale, du moins par la partie la plus importante de celle-ci". Un elevato numero di ratifiche è dunque indispensabile "pour doter en fait la convention de l'autorité d'une vraie codification", ivi, p. 102. Si veda altresì CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, 2002, p. 58, ove l'autore discute lo stesso problema indicando il rischio di un "effetto decodificatore" discendente dal fallimento di un accordo di codificazione dovuto all'assenza di un numero considerevole di ratifiche.

luogo, e conseguentemente, un insuccesso di questa fase è capace di nuocere proprio a quelle esigenze di certezza e prevedibilità giuridica che l'elaborazione dell'accordo di codificazione intende garantire. Un'esigua partecipazione all'accordo può in effetti amplificare i dubbi sullo stato del diritto consuetudinario vigente nella materia *de qua* e dunque sulle norme concretamente opponibili agli Stati (ed eventualmente alle organizzazioni internazionali) che non abbiano provveduto a ratificare[4]. Infine, la fase della ratifica, lungi dal rivelarsi una pura formalità foriera al più di ritardi, può spesso protrarsi *sine die* a causa di una varietà d'insuperabili problemi interni di natura politica e amministrativa[5].

L'ampiezza di questi problemi era peraltro testimoniata dallo stato insoddisfacente delle ratifiche raccolte fino ad allora da numerosi accordi di codificazione[6], il quale rischiava di vanificare i notevoli sforzi intrapresi dalla Comunità internazionale per pervenire alla loro adozione. A fronte di questa preoccupante situazione, la coraggiosa proposta di Ago – sulla scia di infruttuose iniziative della Società delle Nazioni e del modello seguito da alcuni istituti specializzati dell'ONU (in specie, Organizzazione internazionale del lavoro e Organizzazione delle Nazioni Unite per l'educazione, la scienza e la cultura) – era che l'ONU si facesse carico di approvare misure aventi ad oggetto precisi obblighi internazionali degli Stati in materia di ratifica degli accordi di codificazione, quali ad esempio l'obbligo di sottoporre tali accordi ai parlamenti nazionali entro un breve periodo di tempo e l'obbligo di presentare in sede internazionale rapporti periodici che specificassero le ragioni della loro eventuale mancata ratifica[7]. Si trattava all'evidenza di proposte che, lungi dall'imporre un obbligo di ratifica presidiato da specifiche sanzioni, cercavano di aprire una breccia nel muro divisorio tra norme internazionali e norme interne sulla stipulazione dei trattati con l'intento di potenziare la partecipazione alle convenzioni di codificazione. A tali proposte[8]

[4] AGO, *La codification*, cit., pp. 110, 127-128. ID., *Nouvelles réflexions sur la codification du droit international*, in *Revue générale de droit international public*, 1988, p. 539 ss., pp. 572-573, ove l'autore conferma le medesime osservazioni in tempi più vicini a noi, chiarendo così come esse mantengano attualità al di là dell'epoca storica della decolonizzazione nella quale furono originariamente svolte.

[5] AGO, *La codification*, cit., pp. 112-113; ID., *Riflessioni sulla codificazione del diritto internazionale*, in *Comunicazioni e studi*, 1992, vol. XIX-XX, p. 1 ss., pp. 13-14.

[6] Ivi, pp. 110-112. Le constatazioni sul punto di fine anni Sessanta sono ribadite, *mutatis mutandis*, vent'anni dopo: AGO, *Nouvelles réflexions*, cit., pp. 559-563.

[7] AGO, *La codification*, cit., pp. 114-126.

[8] Esse furono peraltro oggetto di un *memorandum* sottoposto alla CDI, v. *The final stage of the codification of international law - Memorandum by Mr. Roberto Ago*, UN doc. A/CN.4/205/REV.1, in *YILC*, 1968, vol. II, p. 171 ss.

non è mai stato dato alcun seguito significativo, così che gli ordinamenti interni restano ancor oggi pienamente sovrani circa l'*an* e il *quomodo* della decisione di ratificare le convenzioni di codificazione. Nel prossimo paragrafo sarà comunque opportuno ragionare sui dati aggiornati relativi allo stato delle ratifiche di tali accordi, al fine di verificare se le osservazioni pessimistiche di Ago sulla terza fase dell'opera di codificazione possano essere confermate e soprattutto perché tali dati costituiscono una base di partenza imprescindibile per riflettere sullo *status* contemporaneo delle norme pattizie in questione.

È ora necessario notare come lo schema dell'*iter* di codificazione esposto da Ago debba essere integrato da una *quarta fase* riguardante l'applicazione ed osservanza effettiva degli accordi di codificazione nell'ordinamento interno. Come per ogni trattato internazionale, la ratifica di tali accordi non implica che essi siano applicabili nell'ordinamento interno. A tal fine è infatti indispensabile, almeno in numerosissimi ordinamenti, che siano completate le procedure ivi previste per dare attuazione all'accordo, normalmente attraverso la sua c.d. trasformazione o incorporazione in norme di diritto interno. Inoltre, pressoché tutti gli ordinamenti, e in particolare quelli che accettano l'applicabilità diretta delle fonti pattizie e quindi non utilizzano le suddette procedure, fanno ricorso a nozioni capaci d'impedire l'operatività di trattati debitamente ratificati e formalmente parte integrante del diritto interno. È soprattutto il caso della dottrina delle norme convenzionali non *self-executing*[9], ossia norme reputate bisognose di legislazione di attuazione sulla base di una varietà di criteri formulati dagli operatori giuridici interni. Analoghe questioni si pongono nell'ordinamento dell'UE per effetto della nozione giurisprudenziale di "efficacia diretta" degli accordi conclusi dall'UE, secondo cui quest'ultimi creano diritti individuali rivendicabili in giudizio e costituiscono parametro di legittimità di atti di diritto derivato solo quando ciò risulti dalla natura e struttura (o economia generale) dell'accordo e le disposizioni pattizie invocate possano essere considerate sufficientemente precise ed incondizionate[10]. Facendo leva sull'insussistenza di tali condizioni, la Corte di giustizia dell'UE (CGUE) ha negato l'efficacia diretta di un numero crescente di accordi

[9] Tale dottrina è ormai pressoché universalmente accettata, cfr. VERDIER, VERSTEEG, *International Law in National Legal Systems: An Empirical Investigation*, in *AJIL*, 2015, p. 514 ss., pp. 523-524.

[10] Si veda, *ex multis*, CGUE, sentenza 3 giugno 2008, *Intertanko*, causa C-308/06, punto 45; sentenza 21 dicembre 2011, *Air Transport Association of America* v. *Secretary of State for Energy and Climate Change*, causa C-366/10, punti 53-54 (d'ora in poi *ATAA*).

internazionali, ivi incluse convenzioni di codificazione. È il caso della Convenzione sul diritto del mare, di cui la UE è parte dal 1998. Nella sentenza *Intertanko*, tale Convenzione è stata ritenuta di natura tipicamente interstatale, ossia fonte di norme indirizzate solo agli Stati e non quindi "destinate ad applicarsi direttamente ed immediatamente ai singoli né a conferire a questi ultimi diritti o libertà che possano essere invocati nei confronti degli Stati"[11]; *ergo*, secondo la CGUE, la Convenzione (almeno *qua* trattato) non può essere posta a fondamento di pretese d'illegittimità della legislazione derivata dell'UE[12].

Infine, il livello di osservanza effettivo degli accordi di codificazione dipende dal rango gerarchico ad essi attribuito nel sistema delle fonti di diritto interno, il quale può ben disconoscere, o comunque limitare sensibilmente, la supremazia di tali accordi sulle norme di origine domestica[13]. Vale qui la pena ricordare almeno come tutti gli Stati, salve rarissime eccezioni, conferiscano rango sub-costituzionale ai trattati. In linea di principio, tale rango appartiene anche alle convenzioni di codificazione, nonostante la loro particolare importanza. In Italia, ogni eventuale dubbio in merito pare dissipato dalla sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale[14], la quale non ha esitato a dichiarare incostituzionale ad-

[11] CGUE, *Intertanko*, cit., punto 64. Fra le numerose critiche a tale pronuncia, v. i commentari di WOUTERS, DE MAN, *International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko), International Association of Dry Cargo Shipowners (Intercargo), Greek Shipping Cooperation Committee, Lloyd's Register and International Salvage Union v. Secretary of State for Transport. Case C-308/06*, in *AJIL*, 2009, p. 555 ss., e di EECKHOUT, *Case C-308/06, The Queen on the application of Intertanko and Others v Secretary of State for Transport*, in *Common Market Law Review*, 2009, p. 2041 ss.

[12] CGUE, *Intertanko*, cit., punto 65. La pervicacia con cui la CGUE ritiene indissolubilmente legate le due questioni – invero logicamente distinte – dell'effetto diretto dei trattati e della loro invocabilità come parametro di legittimità degli atti di diritto derivato dell'UE è da sempre oggetto di contestazione in dottrina, v. ad esempio GAJA, ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, 3a ed., Roma-Bari, 2014, p. 231.

[13] Da ultimo, un'eloquente e sorprendente affermazione della supremazia delle leggi nazionali (sopravvenute) sui trattati (c.d. *treaty override*) proviene dalla giurisprudenza della Corte costituzionale federale della Germania, ordinanza 15 dicembre 2015, 2 BvL 1/12. La decisione è sorprendente dato il noto principio costituzionale non scritto di apertura dell'ordinamento tedesco al diritto internazionale (*Völkerrechtsfreundlichkeit*). Per una critica tagliente alla decisione, v. GIEGERICH, *In Germany International Law may be Honoured in the Breach: The Federal Constitutional Court Gives the Legislature* Carte Blanche *to Override Treaties*, in *German Yearbook of International Law*, 2016, p. 469 ss., e viceversa, in senso adesivo, il commento di GÄRDITZ, *Treaty Override*, in *AJIL*, 2016, p. 339 ss.

[14] Corte cost., sentenza 22 ottobre 2014 n. 238, riprodotta in *Riv. dir. int.*, 2015, p. 237 ss. Considerazioni almeno in parte analoghe possono essere tratte dalla giurisprudenza della CGUE, sentenza 3 novembre 2008, *Kadi e Al Barakaat International Foundation*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P.

dirittura la legge di ratifica ed esecuzione della Carta delle Nazioni Unite, nella misura in cui quest'ultima impone, tramite l'art. 94, di conformarsi alla giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia relativa all'immunità degli Stati accusati di crimini internazionali. A tacer d'altro, la Carta delle Nazioni Unite, a differenza degli accordi di codificazione "classici", è oggetto di copertura costituzionale rafforzata *ex* art. 11 della Costituzione italiana.

Il rilievo della *quarta fase* per la realizzazione completa dell'opera di codificazione è indiscutibile anche allorché le disposizioni di un accordo di codificazione siano ritenute corrispondenti a norme consuetudinarie ed applicate a tale titolo dagli operatori giuridici interni. La capacità di rispettare la consuetudine riflessa in detti accordi muta in funzione delle – e può ben essere pregiudicata dalle – prescrizioni e prassi seguite nei vari ordinamenti in merito all'adattamento a tale fonte di diritto internazionale, al suo rango e agli eventuali limiti posti alla sua invocabilità a fondamento di pretese d'invalidità delle norme interne. Qui il quadro emergente dalle indagini più recenti è ancor più preoccupante di quello relativo ai trattati: pur con diversa sfumatura o intensità, più dell'80% degli Stati considera la consuetudine internazionale di rango sub-legislativo e quindi ammette una generale prevalenza della legislazione interna sulla stessa[15]. Nei pochissimi Stati, come l'Italia, in cui viene accordato rango costituzionale alle norme di diritto internazionale generale, le stesse restano comunque soggette alla dottrina giudiziaria dei "controlimiti" (o a una delle sue possibili varianti) e sono pertanto subordinate almeno ai principi supremi della Costituzione nazionale[16].

Nel diritto dell'UE, la rilevanza attribuita al diritto internazionale generale, in specie quello riflesso nella Convenzione sul diritto del mare e nella Convenzione sul diritto dei trattati, testimonia una notevole apertura verso l'ordinamento internazionale. Come chiarito dalla sentenza *Racke*[17], le norme consuetudinarie indubbiamente rivestono rango intermedio, ossia superiore alla legislazione derivata ma subordinato ai Trattati istitutivi. Peraltro, l'art. 3, par. 5, del Trattato sull'UE (TUE), inserito dalla riforma di Lisbona, proclama che l'UE "[c]ontribuisce […] alla rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale, in particolare al rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite". Tale disposizione, che appare essenzialmente riferibile alle norme di diritto internazio-

[15] VERDIER, VERSTEEG, *op. cit*., p. 529.

[16] Si veda ancora la sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale, cit., per il primo caso di giurisprudenza italiana nel quale il principio in questione è stato concretamente applicato.

[17] CGUE, sentenza 16 giugno 1998, *Racke*, causa C-162/96, punto 46.

nale generale[18], è emblematica dell'importanza riconnessa dall'UE al rispetto *rigoroso* di tali norme e potrebbe indurre a ritenere le stesse ormai di rango tendenzialmente primario. Come precisato in seguito, nella giurisprudenza più recente le norme consuetudinarie, specie quelle riflesse in convenzioni di codificazione, appaiono in misura crescente utilizzate per interpretare e condizionare l'applicazione di "comuni" accordi dell'UE. In questa sede, è cruciale notare come certe manifestazioni della prassi inducano a scartare l'ipotesi che l'art. 3, par. 5, del TUE abbia carattere meramente programmatico e non sia pertanto azionabile quale parametro di legittimità degli atti di diritto dell'UE. Così, secondo la CGUE, da tale norma deriva che, "quando adotta un atto, l'Unione è tenuta a rispettare il diritto internazionale nella sua globalità, ivi compreso il diritto internazionale consuetudinario"[19].

Tuttavia, la stessa CGUE ha limitato sensibilmente la possibilità di invocare le norme consuetudinarie, in particolare come parametro di legittimità di atti di diritto derivato. Riferendosi a norme e principi consuetudinari codificati nella Convenzione sul diritto dei trattati e nella Convenzione sul diritto del mare e alla luce della loro asserita complessità ed imprecisione, essa ha ritenuto il suo sindacato sulla legislazione UE circoscritto a "manifesti errori di valutazione"[20] compiuti dalle istituzioni circa i presupposti di applicazione di dette norme e principi. Inoltre, pur se la CGUE non appare subordinare l'invocabilità delle stesse norme alla loro efficacia diretta, essa ha nondimeno stabilito che a tale scopo debbano ricorrere due condizioni[21]: i) l'idoneità di detti principi e norme a mettere in discussione la competenza dell'UE ad emanare l'atto impugnato; e ii) la capacità del medesimo atto di incidere su diritti o obblighi dei singoli discendenti dal diritto dell'UE. Prescindendo dalle specificità del diritto dell'UE e dai numerosi dubbi sollevati da tali condizioni, non può in generale sfuggire la volontà della CGUE di limitare gli effetti delle norme consuetudinarie (in particolare quelle codificate) nell'ordinamento dell'UE, soprattutto in sede di verifica della compatibilità degli atti di diritto derivato con le medesime.

[18] Il rango (intermedio) appartenente agli accordi dell'UE è da tempo stabilito in una norma di diritto primario, v. art. 216, par. 2, del Trattato sul funzionamento dell'UE (TFUE).

[19] CGUE, *ATAA*, cit., punto 101. V. altresì le conclusioni dell'Avvocato generale Wathelet presentate il 10 gennaio 2018 nella causa C-266/16, *Western Sahara Campaign UK*, nota 57, nonché art. 21, par. 1 e par. 2, lett. *b*) e *c*), art. 23 del TUE e art. 205 del TFUE.

[20] CGUE, *Racke*, cit., punto 52; *ATAA*, cit., punto 110.

[21] CGUE, *ATAA*, cit., punto 107.

A ben vedere, il motivo per cui la ratifica degli accordi veniva ritenuta la fase conclusiva dell'opera di codificazione da Ago, il quale si disinteressava quindi della *quarta fase*, è verosimilmente riconducibile al principio generale[22] per cui uno Stato non può invocare disposizioni di diritto interno come giustificazione dell'inadempimento di norme internazionali e quindi come causa di esonero dalla sua responsabilità internazionale. Solo la ratifica sarebbe dunque indefettibile per il perfezionamento di un accordo di codificazione, giacché in sua assenza non potrebbe essere invocata la responsabilità degli Stati (e potenzialmente delle organizzazioni internazionali) per qualsiasi inadempimento del medesimo accordo. Viceversa, inadempimenti post-ratifica che, sulla scorta di qualsivoglia regola o prassi interna inerente alla *quarta fase*, impediscano l'applicazione effettiva dell'accordo farebbero meramente parte della "patologia" del diritto internazionale senza incidere sullo *status* delle pertinenti norme pattizie.

È evidente come sul piano formale tale ragionamento possa apparire ineccepibile. Tuttavia, ciò non sminuisce l'importanza *sostanziale* dell'approccio degli ordinamenti interni relativo all'applicazione delle norme internazionali per la realizzazione completa dell'opera di codificazione. Certo, tutte le volte che tale approccio conduca alla violazione di un accordo di codificazione potrebbe essere fatta valere la responsabilità internazionale dell'autore dell'illecito e per tale via si potrebbe pervenire alla cessazione di quest'ultimo. Si tratta però di mere eventualità. La prassi dimostra che i casi di accertamento della responsabilità internazionale degli Stati per inosservanza di regole contenute in accordi di codificazione sono decisamente pochi a raffronto della crescente miriade di occasioni nelle quali, specie in epoca contemporanea, dette regole sono interpretate ed applicate, spesso in modo scorretto, dagli operatori giuridici interni. Nella grande maggioranza delle ipotesi, gli inadempimenti di tali accordi in sede di loro attuazione ed applicazione domestica restano esenti da qualsiasi procedura di determinazione, specie se vincolante, della responsabilità internazionale. Inoltre, non si può certo escludere che inadempimenti diffusi delle convenzioni di codificazione pongano in rilievo l'esigenza di rinnovamento della disciplina in questione in linea con le trasformazioni del diritto consuetudinario, e non possano pertanto essere considerati come violazioni *sic et simpliciter*.

[22] Riflesso nell'art. 27 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati e negli articoli 3 e 32 del Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato, adottato dalla CDI nel 2001.

In chiave moderna[23], non si può quindi fare a meno di ritenere come incompiuta anche una codificazione consistente in un accordo che, sebbene ampiamente ratificato, sia frequentemente attuato in modo errato o reso inoperante in forza di regole interne concernenti l'applicazione e il rango delle norme internazionali.

3. Questioni in materia di applicazione dei principali accordi di codificazione negli ordinamenti interni

3.1. Insuccessi dell'opera di codificazione

Un bilancio aggiornato dello stato delle ratifiche[24] riguardanti le principali convenzioni di codificazione adottate su impulso dell'ONU e (normalmente) previ lavori della CDI rivela luci ed ombre.

Un aspetto interessante è che il passaggio del tempo non sembra, in certi casi, provocare inesorabilmente la caduta nell'oblio e quindi il definitivo fallimento di tali convenzioni. Così, nel volgere di pochi anni, anche grazie alle forti pressioni esercitate dall'Alto Commissariato per i rifugiati e dal Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite, la Convenzione sulla riduzione dei casi di apolidia del 1961 ha raddoppiato il numero di Stati parte (fra cui, da ultimo, Italia e Spagna), avendo raccolto ad oggi 73 ratifiche, o strumenti equivalenti. Ben più sostanzioso è il risultato realizzato dalla Convenzione sulla prevenzione e la repressione dei reati contro le persone internazionalmente protette, compresi gli agenti diplomatici del 1973, la quale ha visto crescere esponenzialmente il numero di Stati parte, specie a seguito degli attacchi terroristici alle Torri Gemelle di New York del 2001, fino a raggiungere le attuali 180 ratifiche. Ciò la rende uno degli accordi di cui è depositario il Segretario Generale dell'ONU assai vicini al conseguimento di una partecipazione universale[25].

Viceversa, e veniamo alle ombre dell'opera di codificazione, la stragrande maggioranza degli Stati si è astenuta dal ratificare una serie di ul-

[23] Cfr. MÜNCH, *La codification inachevée*, in *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, Milano, 1987, vol. I, p. 373 ss.

[24] Tutti i pertinenti dati sono disponibili su https://treaties.un.org.

[25] La lista dei trattati con maggior numero di adesioni è disponibile su https://treaties.un.org/doc/source/events/2018/Treaties/list_global_english.pdf. Per un importante esempio nel quale la Convenzione è stata presa in considerazione al fine d'interpretare il diritto dell'UE relativo alla libera circolazione delle persone, evidentemente a titolo di diritto consuetudinario non essendone la UE parte, v. CGUE, sentenza 16 ottobre 2012, *Ungheria* c. *Repubblica slovacca*, causa C-364/10, punti 46-51.

teriori accordi comunemente ritenuti – appunto – di codificazione e adottati sotto l'egida dell'ONU.

La Convenzione sulle missioni speciali del 1969 è in vigore soltanto fra 39 Stati e non si registrano strumenti di consenso negli ultimi 13 anni, fatta eccezione per l'adesione della Palestina nel 2018. Il suo impatto a livello interno non appare però insignificante, dato che è frequentemente richiamata dagli organi statali, e in specie dai giudici[26], come prova di talune norme consuetudinarie corrispondenti al testo pattizio. Occorre ad ogni modo escludere che la Convenzione rifletta interamente o anche in misura predominante il diritto consuetudinario[27].

La Convenzione di Vienna sulla rappresentanza degli Stati nelle loro relazioni con le organizzazioni internazionali di carattere universale del 1975 può essere considerata uno dei maggiori insuccessi dell'opera di codificazione dell'ONU. Sebbene essa sia da anni sul punto di entrare in vigore, avendo ricevuto 34 delle 35 ratifiche richieste, il basso numero di Stati contraenti, la loro scarsa rappresentatività e l'inesistenza di un'influenza significativa sulla prassi degli Stati inducono senz'altro a scartare una corrispondenza della stessa al diritto consuetudinario[28].

Considerazioni non dissimili valgono per i due accordi di codificazione che si occupano di fenomeni successori, ossia la Convenzione sulla successione tra Stati nei trattati del 1978 e la Convenzione sulla successione tra Stati in materia di beni, archivi e debiti di Stato del 1983. La prima è stata ratificata appena da 22 Stati ed è potuta entrare in vigore solo nel 1996 a seguito dell'acquisizione della qualità di contraente da parte di vari Stati emersi dalla dissoluzione della *ex*-Jugoslavia e dalla fine della Guerra Fredda. La seconda non è nemmeno in vigore, avendo ricevuto soltanto 7 delle 15 espressioni di consenso prescritte. Tuttavia, almeno la Convenzione del 1978 è spesso utilizzata nella prassi come punto di riferimento ai fini della rilevazione del diritto consuetudinario o quale ausilio interpretativo. Un interessante esempio è rappresentato dalla recente sentenza della Cassazione nel caso *Soornack Nandanee*, in cui viene esclusa la capacità di una dichiarazione unilaterale di accollo di determinare il subentro automatico di uno Stato *ex* colonia (la Repubblica

[26] Per un significativo precedente tratto dalla recente giurisprudenza inglese, v. High Court of Justice, *Khurts Bat* v. *The Investigating Judge of the German Federal Court*, [2011] EWHC 2029 (Admin).

[27] Vedi la nota introduttiva di WOOD, *Convention on Special Missions*, disponibile su http://legal.un.org/avl/ha/csm/csm.html.

[28] Per una sintesi delle ragioni sottese alla estesa resistenza degli Stati a vincolarsi alla Convenzione in questione, v. SINCLAIR, *The Impact of the Unratified Codification Convention*, in BOS, SIBLESZ (eds), *Realism in Law-Making. Essays in Honour of Willem Riphagen*, The Hague, 1986, p. 211 ss., p. 214.

di Mauritius) in un trattato bilaterale di estradizione fra la *ex* Potenza coloniale e l'Italia, in assenza di consenso esplicito o implicito di quest'ultima. La Cassazione ritiene la sua conclusione suffragata, tra l'altro, dalle pertinenti disposizioni della Convenzione sulla successione tra Stati nei trattati (articoli 9 e 24); nonostante la loro inapplicabilità a titolo di diritto pattizio (né Italia né Mauritius hanno ratificato la Convenzione), tali disposizioni infatti "costituiscono il frutto di orientamenti diffusamente recepiti e condivisi dalla comunità internazionale e, in quanto tali, progressivamente consolidatisi nell'opera di codificazione di norme convenzionali [sic] oggetto di larga adesione [sic], dal cui contenuto è altresì possibile ricavare utili elementi di orientamento sul piano interpretativo"[29]. Non manca del resto dottrina che evidenzi come, una volta depurata dal "peccato originale" del trattamento di favore per i Paesi sorti dalla decolonizzazione, la Convenzione possa ben essere considerata, rispetto a certi profili, conforme al diritto consuetudinario e, rispetto ad altri, in linea con tendenze della prassi contemporanea[30].

Anche la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati tra Stati e organizzazioni internazionali o tra organizzazioni internazionali del 1986 non è in vigore, sebbene manchi la ratifica di soli tre Stati al raggiungimento della soglia delle 35 espressioni di consenso richieste a tale scopo[31]. Questa situazione pare aver determinato una progressiva marginalizzazione della Convenzione negli ordinamenti interni. In passato, Stati e UE parevano invece maggiormente propensi ad utilizzare le disposizioni della stessa a titolo di diritto consuetudinario. Un cospicuo esempio è offerto dalla sentenza *Colagrossi* resa dalla Cassazione nel 1992[32], in cui l'Accordo di sede tra Organizzazione delle Nazioni Unite per l'alimentazione e l'agricoltura (FAO) e Italia venne interpretato alla luce della prassi applicativa posta in essere dalle parti, la quale eliminava ogni dubbio circa il riconoscimento – ad opera delle norme pattizie rilevanti – dell'immunità giurisdizionale della FAO medesima, e non soltanto dei suoi beni. La Corte lasciò intendere come anche l'art. 31, par. 3,

[29] Cass. (sez. VI pen.), sentenza 23 marzo 2017 n. 14237, *Repubblica di Mauritius* c. *Soornack Nandanee*, par. 2.2, riprodotta in *Riv. dir. int.*, 2017, p. 939 ss.

[30] V. ad esempio GIOIA, *Diritto internazionale*, 5a ed., Milano, 2015, p. 153.

[31] La Convenzione è stata altresì oggetto di atti di conferma o adesioni da parte di 12 organizzazioni internazionali (inclusa l'ONU), ma tali strumenti non sono conteggiati ai fini del conseguimento del numero di ratifiche prescritto (art. 85). Su di essa, si veda per tutti il classico studio di GAJA, *A "New" Vienna Convention on Treaties Between States and International Organizations or Between International Organizations: A Critical Commentary*, in *British Yearbook of International Law*, 1987, p. 253 ss.

[32] Cass. (sez. un. civ.), sentenza 18 maggio 1992 n. 5942, *FAO* c. *Colagrossi*, riprodotta in *Riv. dir. int.*, 1992, p. 407 ss.

lett. *b*), della Convenzione del 1986, ove tale criterio ermeneutico è sancito, costituisse codificazione di una regola consuetudinaria[33]. Al contrario, come accennato, è oggi assai raro rinvenire nella prassi "interna" che qui interessa puntuali richiami della Convenzione in questione. L'esempio dell'UE è emblematico, anche perché ovviamente la *sedes materiae* naturale degli accordi conclusi dalla stessa dovrebbe trovarsi in tale Convenzione. Così, nella sua giurisprudenza meno recente, la CGUE talvolta individuava la disciplina dei principi e regole in materia di diritto dei trattati a cui dava applicazione anche nella Convenzione del 1986, ritenuta evidentemente espressione di norme consuetudinarie[34]. A partire dalla sentenza *Brita*[35], la CGUE ha invece abbandonato ogni riferimento a detta Convenzione ed ha fatto unicamente leva sulle prescrizioni contenute nella Convenzione sul diritto dei trattati del 1969[36]. Benché formalmente riguardanti i soli trattati fra Stati, tali prescrizioni sono state ritenute – come consentito dalla stessa Convenzione[37] – una codificazione di norme consuetudinarie valevoli *mutatis mutandis* anche per i trattati fra Stati e altri soggetti di diritto internazionale come l'UE. Si tratta certamente di un'operazione piuttosto spericolata di applicazione analogica di diritto consuetudinario, effettuata fino ad oggi senza alcun distinguo. In questa sede, basti sottolineare come sostanzialmente tale giurisprudenza finisca per conferire nuova linfa vitale alla Convenzione del 1986, almeno indirettamente, poiché come noto le disposizioni di quest'ultima sono pressoché identiche a quelle – considerate equivalenti

[33] Ivi: secondo la Corte, la natura pattizia dell'Accordo di sede tra FAO e Italia "consiglia di indirizzare l'attenzione non soltanto sul complesso delle relative previsioni normative ma anche sui comportamenti spontaneamente tenuti dalle parti nella sua applicazione. Il suggerimento discende da consolidata pratica delle corti di giustizia, anche internazionali, prima ancora che dall'accezione che (ai rispettivi articoli 31 par. 3) di essa hanno fatto le Convenzioni di Vienna sul diritto dei trattati […], *convenzioni non retroattive ma che fanno salve le esistenti consuetudini internazionali*", corsivo aggiunto.

[34] V. ad esempio, quanto al carattere consuetudinario dei principi sull'interpretazione dei trattati di cui all'art. 31 della Convenzione del 1986, CGUE, sentenza 10 gennaio 2006, *IATA e ELFAA*, causa C-344/04, punto 40; per un commento, GATTINARA, *La questione pregiudiziale di validità rispetto al diritto internazionale pattizio secondo la sentenza* IATA, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, p. 343 ss.

[35] CGUE, sentenza 25 febbraio 2010, *Brita*, causa C-386/08.

[36] Ivi, punti 40-41; CGUE, sentenza 21 dicembre 2016, *Consiglio* c. *Front Polisario*, causa C-104/16 P, punti 4-5; sentenza 27 febbraio 2018, *Western Sahara Campaign UK*, causa C-266/16, punto 11.

[37] "The fact that the present Convention does not apply to international agreements concluded between States and other subjects of international law […] shall not affect […] (b) the application to them of any of the rules set forth in the present Convention to which they would be subject under international law independently of the Convention" (art. 3, lett. *b*)).

a diritto consuetudinario – della Convenzione del 1969. In modo diretto, tuttavia, la stessa giurisprudenza potenzia lo *status* internazionale proprio della Convenzione del 1969, la quale nel sistema giuridico dell'UE è ormai assimilata ad uno strumento di codificazione di consuetudini applicabili, altresì ed almeno, ai trattati conclusi da Stati con organizzazioni internazionali o fra organizzazioni internazionali.

3.2. Successi dell'opera di codificazione

3.2.1. La Convenzione sul diritto del mare: brevi considerazioni con particolare riferimento al diritto dell'UE

La Convenzione sul diritto del mare del 1982 costituisce un esempio di accordo di codificazione adottato su impulso dell'ONU, ma senza precedenti attività della CDI[38], per il quale pare giustificato tracciare un bilancio positivo. Ad oggi essa consta di 168 parti, inclusa la UE, ed è quindi ben avviata sul traguardo di un'accettazione praticamente universale[39]. Inoltre, numerosissime disposizioni della stessa sono ormai considerate espressione di diritto consuetudinario. Una ricognizione, se pur sommaria, delle molteplici interazioni fra la Convenzione e i sistemi giuridici interni, esula dai limiti del presente studio.

È tuttavia doveroso sottolineare l'importanza della prassi dell'UE concernente lo *status* e gli effetti interni della Convenzione medesima. Tale prassi testimonia il rilievo acquisito dalla Convenzione negli ordinamenti interni e, al contempo, i limiti posti da tali ordinamenti alla piena applicazione della stessa[40]. Così, ancor prima della sua entrata in vigore e della sua conclusione ad opera dell'UE, la Convenzione è stata considerata dalla CGUE un punto di riferimento essenziale ai fini del sindacato sul corretto esercizio delle competenze dell'UE e dell'interpretazione delle norme di diritto dell'UE attinenti al diritto del mare[41]; ciò perché, secondo la stessa CGUE, la Convenzione "contiene numerose disposizioni considerate espressione dello stato attuale del diritto in-

[38] I lavori preparatori della CDI erano invece stati posti alla base delle quattro Convenzioni di Ginevra sul diritto del mare del 1958, ormai pressoché interamente superate, vuoi dalla Convenzione del 1982, vuoi dal diritto internazionale generale sopravvenuto.

[39] L'assenza più ragguardevole dal novero degli Stati parte è rappresentata, come noto, dagli Stati Uniti.

[40] Si veda, *ex multis*, PAASIVIRTA, *The European Union and the United Nations Convention on the Law of the Sea*, in *Fordham International Law Review*, 2015, p. 1045 ss.

[41] CGUE, sentenza 24 novembre 1992, *Poulsen and Diva Navigation*, causa C-286/90, punto 9.

ternazionale consuetudinario"[42]. Così, il regolamento in questione nel caso *Poulsen* fu interpretato conformemente ad una serie di norme della Convenzione, quali ad esempio quelle riguardanti la nazionalità delle navi e la giurisdizione degli Stati sui diversi spazi marittimi[43].

In seguito, tuttavia, si è manifestato un aspetto problematico della prassi in esame, ossia il disconoscimento dell'idoneità della Convenzione del 1982, *in quanto trattato*, a fungere da parametro di legittimità di atti di diritto dell'UE[44]. È per questo che nei più recenti casi la Convenzione viene invocata e utilizzata esclusivamente quale fonte di principi e norme di natura consuetudinaria. È ciò che si è verificato nella sentenza *ATAA* e, da ultimo, nella sentenza *Western Sahara Campaign*. Nella prima, una direttiva sullo scambio di quote di emissioni di gas serra viene sindacata (e ritenuta lecita) alla luce dei principi consuetudinari del divieto di rivendicazioni sovrane sull'alto mare e della libertà di sorvolo dell'alto mare, quali codificati dalla Convenzione del 1982[45]. Nella seconda, le norme consuetudinarie[46] della Convenzione relative alla giurisdizione sugli spazi marittimi servono addirittura alla CGUE per interpretare in senso conforme *un altro accordo dell'UE*, ossia l'Accordo di partenariato nel settore della pesca tra UE e Marocco, ed escludere così che quest'ultimo si applichi alle acque adiacenti al territorio del Sahara occidentale[47]. Da questa decisione emerge un *principio di interpretazione degli accordi dell'UE in senso conforme al diritto consuetudinario*, in particolare quello codificato. Come evidenziato in seguito, questo punto traspare con maggiore nettezza dalla più recente giurisprudenza della CGUE relativa alla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

3.2.2. La Convenzione sul diritto dei trattati

La Convenzione sul diritto dei trattati del 1969 rappresenta uno dei successi più chiari dell'opera di codificazione realizzata dall'ONU sulla base di progetti della CDI e, dato l'enorme rilievo strutturale della disciplina ivi contenuta, probabilmente quello più importante. Il suo conside-

[42] Ivi, punto 10. Dato l'allora incerto *status* della Convenzione del 1982, la CGUE avvertì la necessità di riferirsi anche alle pertinenti Convenzioni di Ginevra del 1958 quali codificazioni di "norme generali sancite dalle consuetudini internazionali".

[43] Ivi, punti 13-16, 25-29.

[44] CGUE, *Intertanko*, cit.

[45] CGUE, *ATAA*, cit., punto 104. A proposito del divieto di rivendicazioni sovrane sull'alto mare, la CGUE stranamente cita l'art. 2 della pertinente Convenzione di Ginevra del 1958. Lo stesso principio è codificato nell'art. 89 della Convenzione del 1982.

[46] CGUE, *Western Sahara Campaign UK*, cit., punto 58.

[47] Ivi, punti 65-69.

revole impatto negli ordinamenti interni è indipendente dal numero di Stati parte, il quale ad oggi si attesta a 116, ossia meno di due terzi degli Stati attualmente esistenti, e non comprende, fra gli altri, Stati Uniti, Francia, Turchia, Israele, India, Indonesia e Sudafrica. Esso è piuttosto legato al diffusissimo riconoscimento del valore consuetudinario delle sue disposizioni[48], talora anche ad opera di Stati non parte, come ad esempio l'India[49].

A proposito di soggetti che non hanno aderito alla Convenzione di Vienna, la prassi dell'UE riveste estrema importanza[50]. In questa sede, almeno due aspetti di tale prassi meritano di essere evidenziati. Il primo riguarda la costanza e risolutezza con cui la CGUE ha affermato la natura consuetudinaria di una moltitudine crescente di norme della Convenzione[51], riguardanti pressoché ogni settore del diritto dei trattati (conclusione[52], rispetto[53], applicazione[54], interpretazione[55], trattati e Stati terzi[56], invalidità ed estinzione[57]). È vero che questa giurisprudenza, emblematicamente rappresentata dall'uso disinvolto del principio *pacta tertiis* nella sentenza *Front Polisario*, ha prestato il fianco a numerose critiche[58] di

[48] Per un'ampia rassegna sulla giurisprudenza statale relativa alla Convenzione di Vienna del 1969, v. BINDER, BRÖLMANN, *The Law of Treaties*, in NOLLKAEMPER, REINISCH (eds), *International Law in Domestic Courts: A Casebook*, Oxford, 2018, p. 197 ss.

[49] SINGH, *International Treaties and the Indian Legal System: New Ways Ahead*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2016, p. 63 ss., pp. 77-78.

[50] Fra i contributi più recenti, cui si rinvia per ulteriori riferimenti, v. KUIJPER, *The European Courts and the Law of Treaties: The Continuing Story*, in CANNIZZARO (ed.) *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford, 2011, p. 256 ss.; ODERMATT, *The Use of International Treaty Law by the Court of Justice of the European Union*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2015, p. 191 ss.

[51] L'unica eccezione in merito è rappresentata dalla sentenza *Racke* in cui è stato negato il carattere consuetudinario delle regole procedurali relative all'invalidità, estinzione e sospensione dei trattati di cui all'art. 65 della Convenzione. V. CGUE, *Racke*, cit., punto 59.

[52] CGUE, sentenza 22 gennaio 1997, *Opel Austria*, causa T-115/94, punti 76-78 (art. 18 della Convenzione).

[53] CGUE, *Racke*, cit., punto 49; *Front Polisario*, cit., punti 6 e 124 (art. 26).

[54] CGUE, *Front Polisario*, cit., punto 94 (art. 29) e punto 110 (art. 30, par. 2).

[55] Fra le tantissime pronunce, v. CGUE, *IATA*, cit., punto 40 (art. 31, par. 1); *Western Sahara Campaign*, cit., punti 60, 70 (art. 31, par. 3, lett. *a*) e par. 4); *Front Polisario*, cit., punto 120 (art. 31, par. 3, lett. *b*)); *Brita*, cit., punto 43; sentenza 6 maggio 2010, *Axel Walz*, causa C-63/09, punto 28 (art. 31, par. 3, lett. *c*)).

[56] CGUE, *Brita*, cit., punto 44; *Front Polisario*, cit., punto 100; *Western Sahara Campaign*, cit., punto 63 (art. 34).

[57] CGUE, *Racke*, cit., punti 24 e 53 (art. 62); parere 2/15 del 16 maggio 2017, *Accordo di libero scambio UE - Singapore*, punto 161 (art. 60, par. 1).

[58] *Ex multis*, CASOLARI, *Prime (difficili) applicazioni del principio di integrazione sistemica da parte della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *Riv. dir, int.*, 2011, p. 433 ss.; KASSOTI, *Between Völkerrechtsfreundlichkeit and Realpolitik: The EU and Tra-*

applicazione approssimativa, se non decisamente errata, delle regole della Convenzione. Tuttavia, sul piano generale, non si può perdere di vista il ruolo fondamentale assunto dalla medesima Convenzione nel sistema giuridico dell'UE. Essa costituisce per la CGUE un punto di riferimento imprescindibile tutte le volte che deve esaminare questioni di diritto internazionale, anche quelle concernenti in modo solo tangenziale il diritto dei trattati.

Il secondo, consequenziale aspetto della prassi in esame attiene al rango privilegiato acquisito dalla Convenzione sul diritto dei trattati nell'ordinamento dell'UE. La CGUE ha essenzialmente risolto i casi *Brita*, *Front Polisario* e *Western Sahara Campaign* interpretando i pertinenti accordi di associazione dell'UE, e strumenti pattizi collegati, conformemente alle norme consuetudinarie codificate nella Convenzione di Vienna, quali il suddetto principio *pacta tertiis*[59]. Ciò le ha consentito di confermare la validità di tali accordi, *rectius* dell'atto interno con cui l'UE ha approvato i medesimi. Se viceversa, e come da più parti ritenuto, gli stessi accordi si fossero rivelati inconciliabili in via interpretativa con le regole consuetudinarie in questione, i relativi atti UE di approvazione sarebbero stati dichiarati invalidi[60]. Sembra chiaro insomma come nell'ordinamento UE stia emergendo con forza una sorta di controllo giurisdizionale indiretto degli accordi dell'UE alla luce delle norme di diritto consuetudinario, in particolare quelle codificate nella Convenzione sul diritto dei trattati. È per questo che appare plausibile attribuire a tali norme, nel sistema delle fonti di diritto dell'UE, un rango – almeno informale – superiore ai "comuni" accordi. La CGUE è del resto parsa condividere questa constatazione quando, da ultimo, ha affermato di essere competente "a valutare se un accordo internazionale concluso dall'Unione sia compatibile […] con le norme di diritto internazionale che […] vincolano l'Unione"[61].

de Agreements Covering Occupied Territories, in *Italian Yearbook of International Law*, 2016, p. 139 ss., pp. 161-164; ODERMATT, *The Use of International Treaty Law*, cit.; EL OUALI, *L'Union européenne et la question du Sahara: entre la reconnaissance de la souveraineté du Maroc et les errements de la justice européenne*, in *European Papers*, 2017, p. 923 ss., in particolare pp. 940-950.

[59] Ciò non toglie che anche altre norme e principi di diritto internazionale siano stati assai rilevanti per il ragionamento complessivo della Corte, fra cui in particolare le pertinenti disposizioni della Convenzione sul diritto del mare e il principio di autodeterminazione dei popoli.

[60] Si tratta esattamente di quanto deciso dal Tribunale UE nella prima sentenza – annullata dalla CGUE – relativa al caso *Front Polisario*, sentenza 10 dicembre 2015, *Consiglio* c. *Front Polisario*, causa T-512/12.

[61] CGUE, *Western Sahara Campaign*, cit., punto 48.

L'esperienza dell'UE, benché estremamente rilevante, non è ovviamente generalizzabile. Non è possibile in particolare sostenere che la Convenzione di Vienna del 1969 sia ormai oggetto di un'accettazione *de facto* universale ed incondizionata. Tanto la sua mancata ratifica che le modalità impiegate dagli Stati per renderla parte del diritto interno possono ben riverberarsi negativamente sull'osservanza effettiva delle regole in essa codificate. A proposito di Stati non parte, si può citare la giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti, nella quale sono pressoché assenti riferimenti alla Convenzione, compresi in particolare i casi riguardanti l'interpretazione dei trattati[62]. Quanto alle modalità di attuazione della Convenzione, l'esempio del Regno Unito – Paese dualista *par excellence* circa i rapporti tra diritto internazionale e diritto interno – è paradigmatico. Il Regno Unito ha infatti ratificato la Convenzione, ma non l'ha incorporata nel diritto interno attraverso specifici atti legislativi. Ne consegue che essa non fa parte dell'ordinamento inglese *qua* trattato. A tale problematica situazione pone solo parzialmente rimedio il fatto che le regole della Convenzione possano essere oggetto di incorporazione in tale ordinamento *qua* consuetudine. Ciò si verifica infatti esclusivamente nella misura in cui dette regole vengano appunto ritenute di natura consuetudinaria e siano altresì compatibili con le leggi inglesi (rango sub-legislativo della consuetudine). Il risultato pratico complessivo è che l'applicazione della Convenzione ad opera dei giudici inglesi resta aleatoria. Inoltre, l'atteggiamento di tali giudici nei casi in cui essa viene presa in considerazione non sembra dettato dall'esigenza di rispettare un obbligo, tanto meno un obbligo di diritto interno[63].

3.2.3. Le Convenzioni di Vienna sulle relazioni diplomatiche e consolari

Dottrina e prassi dimostrano che i risultati di maggior successo dell'opera di codificazione dell'ONU sono stati ottenuti in materia di di-

[62] Per tre recenti ed emblematici precedenti, v. Corte suprema degli Stati Uniti, *Medellín* v. *Texas*, 128 S.Ct. 1346 (2008); *Abbott* v. *Abbott*, 560 US 1 (2010); *Bond* v. *United States*, 134 S.Ct. 2077 (2014). In dottrina, v. ad esempio GALBRAITH, *What Should* Restatement *(Fourth) Say About Treaty Interpretation?*, in *Brigham Young University Law Review*, 2015, p. 1499 ss., pp. 1510-1512, il quale individua tuttavia una crescente convergenza *de facto* fra i criteri utilizzati dalla Corte suprema per interpretare i trattati e le relative regole della Convenzione di Vienna.

[63] V. ad esempio, WAIBEL, *Principles of Treaty Interpretation: Developed for and Applied by National Courts?*, in AUST, NOLTE (eds), *The Interpretation of International Law by Domestic Courts. Uniformity, Diversity, Convergence*, Oxford, 2016, p. 9 ss., pp. 19-23.

ritto diplomatico e consolare, oggetto di disciplina nella Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche del 1961 e nella Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari del 1963[64]. L'elevatissimo numero di ratifiche raggiunto da questi due trattati è certamente un fattore determinante di tale successo.

A seguito dell'adesione di Vanuatu nell'ottobre 2018, gli Stati parte della Convenzione sulle relazioni diplomatiche sono 192[65]. Questo traguardo, assieme al pressoché unanime riconoscimento del carattere consuetudinario della quasi totalità delle sue disposizioni, rende la Convenzione un trattato autenticamente universale[66]. Essa può quindi a ragione essere vista come una pietra angolare dell'ordinamento internazionale moderno[67] e, con ogni probabilità, come "the most notable single achievement of the International Law Commission"[68]. Inoltre, si ritiene comunemente che la prassi sia caratterizzata da un elevato grado di osservanza della Convenzione da parte degli Stati[69]. Peraltro, la materia oggetto di disciplina per sua natura implica che la Convenzione venga regolarmente invocata ed applicata negli ordinamenti interni, ivi compreso in particolare dinanzi agli organi giudiziali. È chiaro come in tale contesto ben possano emergere interpretazioni errate della Convenzione[70], le

[64] La giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia ha ampiamente contribuito a tale successo, v. in particolare, CIG, sentenza 24 maggio 1980, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, in *I.C.J. Reports 1980*, p. 3 ss., parr. 45, 62: "The Vienna Conventions, which codify the law of diplomatic and consular relations, state principles and rules essential for the maintenance of peaceful relations between States and accepted throughout the world by nations of all creeds, cultures and political complexions […] In the view of the Court, the obligations of the Iranian Government here in question are not merely contractual obligations established by the Vienna Conventions of 1961 and 1963, but also obligations under general international law".

[65] Mancano all'appello pochissimi Stati, ossia essenzialmente Sud Sudan, Palau e le Isole Salomone.

[66] DENZA, *Diplomatic Law. Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 4th ed., Oxford, 2016, p. 1. Nella giurisprudenza, v. da ultimo, Corte suprema del Regno Unito, *Reyes* v. *Al-Malki*, [2017] UKSC 61, par. 6: "universally accepted code"; *Benkharbouche* v. *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2017] UKSC 62, par. 70: "universally binding standard in international law".

[67] DENZA, *op. cit*., p. 1.

[68] Corte suprema del Regno Unito, *Reyes*, cit., par. 6.

[69] V. per tutti DENZA, *op. cit*., p. 1, pp. 7-8.

[70] Si veda ad esempio, Cass. (sez. un. civ.), sentenza 13 novembre 2008 n. 27044, *Papavassilopoulos* c. *Barone*. Con questa sentenza, il giudice supremo esclude l'immunità dalla giurisdizione civile *esecutiva* di un agente diplomatico citato in giudizio da un avvocato per il pagamento di un onorario dovuto per una consulenza richiesta dal primo. La conclusione si fonda su un'interpretazione estensiva dell'eccezione all'immunità degli agenti diplomatici prevista dall'art. 31, par. 3, lett. *c*), della Convenzione del 1961 e relativa ad attività professionali e commerciali esercitate dal diplomatico nello Stato accreditatario al di fuori delle sue funzioni ufficiali. Tale interpretazione diverge

quali tuttavia non sono capaci di compromettere il già rilevato livello di osservanza generalmente considerevole della stessa.

Semmai, l'aspetto più significativo della prassi degli Stati riguarda le manifestazioni della medesima che indicano con forza la necessità di un ammodernamento della Convenzione in linea con gli sviluppi e le tendenze del diritto internazionale contemporaneo. È pertanto semplicistico assimilare tali manifestazioni della prassi, ricollegabili al noto problema dell'invecchiamento degli accordi di codificazione, ad altrettante fattispecie d'inadempimento della Convenzione[71]. Almeno in certi casi, gli operatori giuridici interni sembrano piuttosto farsi carico di esigenze di rinnovamento della normativa pattizia diffusamente avvertite. Non sorprende allora che tale prassi, soprattutto in tempi recenti, riguardi frequentemente l'incidenza delle norme internazionali a tutela dei diritti umani sul godimento delle immunità diplomatiche.

Sarà qui sufficiente ricordare due importanti esempi di giurisprudenza italiana ed inglese. Il primo riguarda la titolarità d'immunità funzionale dalla giurisdizione penale ai sensi dell'art. 39, par. 2, della Convenzione del 1961 da parte di *ex* agenti diplomatici che abbiano partecipato alle *extraordinary renditions* statunitensi, ossia sequestri e trasferimenti forzati di sospetti terroristi verso Paesi nei quali gli stessi individui hanno spesso subito detenzioni arbitrarie e torture. Nella sentenza che nel 2014 ha definito il celebre caso *Abu Omar*, la Cassazione, pur evitando la questione di una deroga generale all'immunità degli agenti diplomatici derivante dalla violazione di diritti umani, ha fornito una risposta negativa – per quanto piuttosto sbrigativa – a tale quesito: l'immunità funzionale non copre la partecipazione alla *extraordinary rendition* in oggetto, poiché essa non fu realizzata dagli imputati nell'esercizio delle

dalla *communis opinio*, non tanto perché applica l'eccezione a casi nei quali il diplomatico è soggetto passivo di un rapporto contrattuale, quanto piuttosto perché le attività contemplate dalla stessa presuppongono una certa continuità e stabilità temporale e non possono pertanto riferirsi a transazioni *una tantum* od occasionali. Cfr. VAN ALEBEEK, PAVONI, *Immunities of States and their Officials*, in NOLLKAEMPER, REINISCH (eds), *International Law in Domestic Courts*, cit., p. 100 ss., pp. 139-140.

[71] Risuonano qui di nuovo le affermazioni di Ago relative agli svantaggi degli accordi di codificazione rispetto al diritto consuetudinario "a formazione spontanea", v. AGO, *Nouvelles reflexions*, cit., pp. 571-572: "Il serait erroné de croire, qu'à la suite d'une codification ainsi réalisée la certitude et la stabilité de la réglementation juridique de la matière couverte par elle seraient assurées à tout jamais. Il fait, aujourd'hui surtout, être préparé à des ajustements périodiques si l'on veut que la discipline établie à un moment donné soit durable et ne devienne pas un obstacle à une évolution autrement souhaitable".

funzioni di membri della missione diplomatica, bensì quali responsabili di alto livello dei servizi segreti statunitensi[72].

Il secondo esempio concerne la sussistenza dell'immunità dalla giurisdizione civile di agenti diplomatici accusati di traffico di esseri umani e/o imposizione di condizioni di lavoro degradanti – se non addirittura di servitù o lavori forzati – a danno di individui assunti quali domestici presso le rispettive dimore private. Si tratta di un riprovevole fenomeno apparentemente di vaste proporzioni ed oggetto di crescente contenzioso giudiziario[73]. In quest'ambito, la recente decisione della Corte suprema del Regno Unito nel caso *Reyes* v. *Al-Malki* appare meritevole di particolare considerazione. La Corte suprema nega l'immunità ad un diplomatico saudita e sua moglie asseritamente responsabili di tratta e maltrattamenti a danno della loro lavoratrice domestica di nazionalità filippina, *solo perché* nelle more del processo tale diplomatico era cessato dalle funzioni[74], venendo così meno la sua immunità personale[75]. Sul punto, la Corte si mostra intraprendente, poiché esclude recisamente che l'impiego di una lavoratrice da parte di un agente diplomatico per usufruire di servizi domestici presso la sua abitazione privata rappresenti un atto ufficiale coperto da immunità funzionale[76]. Tuttavia, la parte più sostanziosa della decisione riguarda la possibilità di assimilare la fattispecie a un'attività professionale o commerciale esercitata da un diplomatico *en poste* al di fuori delle sue funzioni ufficiali, con conseguente applicabilità dell'eccezione all'immunità personale dalla giurisdizione civile di cui all'art. 31, par. 1, lett. *c*), della Convenzione. Si tratta di questione che, dato il suo rilievo, i giudici accettano di affrontare, per quanto *obiter*, poiché – come detto – al momento della sentenza l'interessato non era più agente diplomatico nel Regno Unito. Ed è proprio rispetto ad essa che la Corte suprema si spacca. Secondo l'opinione principale di Lord Sumption (a cui aderisce *in toto* solo Lord Neuberger), la stipulazione di un contratto di lavoro connesso alle esigenze quotidiane dell'agente diplomatico, come quello *sub* specie, non integra la suddetta nozione di at-

[72] Cass. (sez. V pen.), sentenza 25 settembre 2014 n. 39788, *Medero, Castelli e Russomando*, parr. 2.2-2.3, riprodotta in *Riv. dir. int.*, 2015, p. 259 ss.

[73] Cfr. Corte suprema del Regno Unito, *Reyes*, cit., par. 59. In dottrina, v. STAIANO, *Domestic Workers' Human Rights Versus Diplomatic Immunity: Developments in International and National Jurisprudence*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2012, p. 201 ss.

[74] Corte suprema del Regno Unito, *Reyes*, cit., par. 4.

[75] Cfr. articoli 31, par. 1, e 39, par. 2, della Convenzione.

[76] Corte suprema del Regno Unito, *Reyes*, cit., par. 48. Tale statuizione rovescia l'opposta conclusione del giudice d'appello dello stesso caso, nonché di altri tribunali statali, fra cui quelli statunitensi.

tività professionale o commerciale quale originariamente convenuta nella Convenzione[77]. Ciò che più interessa, tuttavia, è che Lord Sumption esclude un'interpretazione della disposizione pattizia in questione alla luce degli sviluppi del diritto internazionale in materia di tratta di esseri umani successivi alla Convenzione. Fra tali sviluppi, la ricorrente invocava in particolare il Protocollo sulla prevenzione, repressione e punizione della tratta di persone, in particolare donne e bambini del 2000 alla Convenzione di Palermo contro la criminalità organizzata transnazionale, Protocollo che conta attualmente ben 173 parti, inclusa l'UE. A suo avviso, il Protocollo imponeva una lettura moderna dell'espressione "attività professionale o commerciale" di cui alla Convenzione del 1961, in modo da ricomprendervi ipotesi di traffico di esseri umani che coinvolgano agenti diplomatici, con correlativo diniego di immunità personale. Lord Sumption ricorda come in effetti la Convenzione sul diritto dei trattati prescriva, a talune condizioni, d'interpretare un trattato alla luce di "any relevant rules of international law applicable between the parties"[78]. Egli però ritiene che tale criterio ermeneutico non consenta d'interpretare la pertinente norma della Convenzione del 1961 alla luce del Protocollo sulla tratta di persone: il concetto di attività professionale o commerciale in essa contenuto sarebbe infatti statico e rigidamente fissato nel tempo, e non quindi evolutivo o "ambulatory"[79], ossia capace di adattarsi agli sviluppi del diritto internazionale; inoltre, il Protocollo sarebbe del tutto estraneo alle questioni relative all'immunità diplomatica e non interferirebbe in alcun modo con le stesse[80]. Di tutt'altro avviso l'opinione maggioritaria[81] di Lord Wilson, secondo cui – a prescindere dalla natura dei termini impiegati dalla Convenzione del 1961 – un'interpretazione evo-

[77] Ivi, parr. 21-38, 51.

[78] Art. 31, par. 3, lett. *c*). È bene ricordare come tale norma *in sé e per sé* sollevi varie questioni interpretative relative alla sua sfera di applicazione *ratione temporis* e *ratione personae* che la Corte suprema non affronta. Tuttavia, la dottrina tende a ritenere la norma espressione particolare di un più ampio principio c.d. di integrazione sistemica del diritto internazionale. In tema v. MCLACHLAN, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, p. 279 ss.

[79] Corte suprema del Regno Unito, *Reyes*, cit., par. 43. Lord Sumption cita a sostegno di questa statuizione, al paragrafo 42 della pronuncia, il parere consultivo del 21 giugno 1971 della Corte internazionale di giustizia relativo alla Namibia, v. CIG, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, in *I.C.J. Reports 1971*, p. 16 ss., par. 53.

[80] Corte suprema del Regno Unito, *Reyes*, cit., par. 44.

[81] Ad essa infatti aderiscono gli altri due giudici della Corte, ossia Lady Hale e Lord Clarke.

lutiva della medesima in conformità al diritto internazionale attuale, in specie alla norma che proibisce la tratta delle persone, si rivelerebbe perfettamente legittima[82]. Egli tuttavia evidenzia la delicatezza di una simile operazione e si rallegra del fatto che il punto controverso sia solamente oggetto di *obiter dicta*; esprime infatti netta preferenza per un emendamento formale alla Convenzione, da perseguire attraverso la presentazione alla CDI di una proposta in merito, con conseguente attivazione della procedura di cui all'art. 17 dello Statuto della CDI stessa[83].

La Convenzione sulle relazioni consolari consta di un numero di Stati parte leggermente inferiore a quello della Convenzione "sorella" sulle relazioni diplomatiche, ossia 179. Ciò ovviamente non toglie che anch'essa debba essere ritenuta un accordo tendenzialmente universale ed ampiamente corrispondente al diritto consuetudinario. Tuttavia, in questo caso, un dato così soddisfacente relativo alla partecipazione all'accordo è almeno parzialmente ingannevole in merito all'effettivo grado di osservanza dello stesso negli ordinamenti degli Stati. Difatti, la prassi dimostra che la Convenzione del 1963 ha dovuto (e continua a dovere) fare i conti con alcuni tipici problemi relativi all'applicazione delle norme internazionali nel diritto interno.

Anzitutto si è assistito ad una proliferazione incessante di accordi bilaterali contenenti una disciplina *ad hoc* delle relazioni consolari fra i contraenti. Un esempio paradigmatico è rappresentato dagli Stati Uniti, i quali sono vincolati da una fittissima rete di convenzioni bilaterali (o accordi analoghi) che attualmente regolamenta le loro relazioni consolari con più di 120 Stati[84]. Tale situazione provoca inevitabilmente una frammentazione[85] del diritto consolare applicabile nelle diverse fattispe-

[82] Corte suprema del Regno Unito, *Reyes*, cit., par. 67. Anche Lord Wilson ritiene la propria conclusione suffragata dalla giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia, e in particolare dalla sentenza 6 novembre 2003, *Oil Platforms*, in *I.C.J. Reports 2003*, p. 161 ss., parr. 41, 44, 73.

[83] Corte suprema del Regno Unito, *Reyes*, cit., par. 68.

[84] United States Department of State, *Consular Notification and Access*, 5th ed., 2018, p. 40. Ad ogni modo, pare che oggi la "general policy" dell'amministrazione statunitense sia quella di evitare la conclusione di ulteriori convenzioni consolari bilaterali e di sollecitare piuttosto l'accettazione e applicazione universale della Convenzione del 1963. Quest'ultima è del resto ormai considerata un trattato che "to a large extent codifie[s] customary international law and thus represents the most basic principles pertaining to the performance of consular functions", ivi, p. 37.

[85] La dottrina ha del resto da tempo evidenziato come nel campo delle relazioni consolari l'esigenza di una regolamentazione uniforme non appaia imperativa, sull'assunto tuttavia che il diverso contenuto delle convenzioni bilaterali non nuocerebbe al normale svolgimento delle relazioni internazionali. Così AGO, *La fase conclusiva*, cit., p. 34. Come evidenziato nel testo, la prassi contemporanea solleva più di un dubbio su questo assunto.

cie, sconosciuta nel campo delle relazioni diplomatiche[86]. Inoltre, essa genera problemi di coordinamento con la Convenzione del 1963. Sul piano degli ordinamenti interni, è chiaro come, in caso d'incompatibilità fra la Convenzione e un accordo bilaterale, gli operatori giuridici debbano applicare quest'ultimo a titolo di *lex specialis*. Il caso *Jadhav*, pendente dinanzi alla Corte internazionale di giustizia, è emblematico in proposito. Al fine di giustificare il disconoscimento del diritto all'assistenza consolare *ex* art. 36 della Convenzione di un cittadino indiano detenuto e condannato a morte per spionaggio e terrorismo, il Pakistan invoca l'Accordo sull'accesso consolare concluso con l'India nel 2008[87]. L'Accordo contiene una norma che appare concedere discrezionalità ai contraenti in merito alla tutela del suddetto diritto nei casi di detenzione o condanna per motivi politici o di sicurezza nazionale. È assai controverso che tale Accordo sia lecito ai sensi del diritto internazionale, e specialmente dell'art. 73, par. 2, della Convenzione[88], questione sulla quale la Corte internazionale non si è finora espressa[89]. *Rebus sic stantibus*, resta il fatto che esso può e deve essere applicato nell'ordinamento interno in questione.

Come noto, del resto, la disposizione della Convenzione al centro del caso *Jadhav*, ossia l'art. 36, par. 1, lett. *b*), relativo al diritto individuale[90] all'assistenza consolare dei cittadini detenuti all'estero, è stata in tempi recenti oggetto di esteso contenzioso e dibattito dottrinale. In ampia misura, il dibattito ha riguardato problemi squisitamente attinenti all'efficacia dei trattati negli ordinamenti interni, in particolare in quello degli Stati Uniti[91]. Esso pertanto mette in luce come tali problemi ben possano incidere negativamente anche sull'osservanza dei più importanti

[86] DENZA, *op. cit*., p. 5, la quale sottolinea la scarsa incidenza sulla prassi di accordi o meccanismi bilaterali in materia di relazioni diplomatiche, pur consentiti dall'art. 47, par. 2, della Convenzione del 1961.

[87] CIG, ordinanza sulle misure provvisorie del 18 maggio 2017, *Jadhav*, in *I.C.J. Reports 2017*, p. 231 ss., parr. 21 e 25. Si veda FORLATI, *The Judicial Activity of the International Court of Justice in 2017*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2017, p. 285 ss., pp. 302-305; PASCALE, *Sull'obbligo degli Stati di registrare gli accordi internazionali presso il Segretariato generale delle Nazioni Unite: il caso* Jadhav, in *Riv. dir. int.*, 2017, p. 1175 ss.

[88] "Nothing in the present Convention shall preclude States from concluding international agreements *confirming or supplementing or extending or amplifying* the provisions thereof", corsivo aggiunto.

[89] CIG, *Jadhav*, cit., parr. 33 e 43.

[90] CIG, sentenza 27 giugno 2001, *LaGrand*, in *I.C.J. Reports 2001*, p. 466 ss., par. 77; sentenza 31 marzo 2004, *Avena and Other Mexican Nationals*, in *I.C.J. Reports 2004*, p. 12 ss., par. 40.

[91] Si veda SOSSAI, *L'esecuzione della sentenza* Avena *negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. int.*, 2006, p. 423 ss.

accordi di codificazione, nonostante la loro centralità nel sistema delle fonti di diritto internazionale. Così, nella giurisprudenza statunitense non si è mai chiarito se il diritto all'assistenza consolare sia dotato di effetto diretto nel diritto interno, ossia se gli individui possano rivendicarlo dinanzi ai giudizi nazionali. Nonostante la risposta negativa fornita da innumerevoli tribunali delle istanze inferiori, la Corte suprema ha ritenuto di non dover risolvere la questione. Nella decisione *Sanchez-Llamas*, essa ha meramente *supposto* che detto diritto sia direttamente invocabile in giudizio[92], per poi statuire che comunque la violazione dello stesso non implica la soppressione delle prove raccolte a carico dell'interessato, né la riapertura di un procedimento penale che – in deroga alle regole interne in materia di *procedural default* – permetta di verificare se detta violazione ha causato un pregiudizio all'interessato. Secondo la Corte, la disponibilità di tali rimedi è interamente rimessa al diritto interno e non è in alcun modo imposta dalla Convenzione del 1963[93].

La questione prende una differente piega nella decisione *Medellín* del 2008[94], anche perché quest'ultima riguardava uno dei cittadini messicani la cui condanna era oggetto di un obbligo di riesame conformemente alla sentenza *Avena* della Corte internazionale di giustizia. Il risultato resta però sostanzialmente invariato. Al posto dell'efficacia diretta o invocabilità giudiziaria delle norme pattizie, qui la Corte suprema fa leva sulla nozione – contigua ma distinta – di obblighi pattizi *self-executing* o direttamente applicabili. La nozione viene impiegata con riferimento alla sentenza *Avena*, e non quindi rispetto alla Convenzione sulle relazioni consolari[95]. Secondo la Corte, la sentenza *Avena* non è *self-executing* e quindi, in assenza di sua attuazione legislativa, l'obbligo da essa sancito di riesaminare le condanne inflitte agli individui cui sia stato negato il diritto all'assistenza consolare non fa automaticamente parte, in quanto tale, del diritto interno; si tratta esclusivamente di un obbligo di diritto internazionale[96]. La circostanza che tale sentenza abbia ad oggetto

[92] Corte suprema degli Stati Uniti, *Sanchez-Llamas* v. *Oregon*, 548 US 331 (2006), p. 343. Per contro, nella sua opinione dissidente, il giudice Breyer accoglie in maniera netta l'invocabilità giudiziaria del diritto all'assistenza consolare ai sensi della Convenzione, ivi, pp. 371-378.

[93] Cfr. art. 36, par. 2, della Convenzione.

[94] Corte suprema degli Stati Uniti, *Medellín* v. *Texas*, cit.

[95] Ivi, p. 1357 (n. 4). Conseguentemente, la Corte reputa di nuovo inutile stabilire se la Convenzione del 1963 abbia natura *self-executing* o sia dotata di effetto diretto nell'ordinamento interno. Essa tuttavia non si esime dal ritenere esistente una *presunzione di assenza di effetto diretto* dei trattati: quest'ultimi non creerebbero alcun diritto individuale azionabile dinanzi ai giudici nazionali, salva la possibilità – invero piuttosto rara – di un'espressa previsione pattizia in tal senso, ivi, p. 1357 (n. 3).

[96] Ivi, p. 1367.

l'interpretazione della Convenzione del 1963, e che quest'ultima possa essere considerata *self-executing*, viene ritenuta irrilevante[97].

Ciò che in sostanza emerge da questa giurisprudenza è un approccio di radicale nazionalismo giuridico volto a pregiudicare l'applicazione interna di un accordo di codificazione come interpretato dal giudice internazionale. Si ricordi come la soluzione sposata dalla Corte suprema non sia fondata sulla prevalenza delle leggi federali (sopravvenute) sui trattati, alla quale notoriamente non osta la *Supremacy Clause* della Costituzione americana[98]. I casi suddetti riguardavano infatti norme processual-penalistiche vigenti in alcuni Stati federati, norme che dovrebbero invece essere indistintamente subordinate ai trattati e ciononostante vengono ritenute intangibili in assenza di intervento del legislatore federale[99]. Sono pertanto comprensibili le feroci critiche a tale giurisprudenza, da alcuni addirittura tacciata di "perfidia nazionale"[100]. Più in generale, le vicende relative all'art. 36 della Convenzione sulle relazioni consolari confermano come le regole e dottrine esistenti nei vari Stati in materia di rapporti tra ordinamento internazionale ed ordinamento interno ben possono inficiare l'uniforme applicazione ed osservanza perfino di accordi di codificazione pressoché universalmente ratificati. Basti citare in proposito la giurisprudenza della Corte costituzionale federale della Germania[101], la quale si è distanziata nettamente dalla Corte suprema degli Stati Uniti, riconoscendo la natura *self-executing* del diritto all'assistenza consolare e la capacità degli individui di farne valere in giudizio le violazioni, con conseguente riesame delle loro condanne conformemente alle sentenze *LaGrand* e *Avena* della Corte internazionale di giustizia.

[97] Ivi, p. 1361 (n. 8) e p. 1365. Diametralmente opposta si rivela la posizione sul punto esposta dal giudice Breyer nella sua opinione dissidente, ivi, pp. 1385-1386.

[98] Art. VI, cl. 2: "[…] [A]ll Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby […]".

[99] Tale intervento non si è fino ad oggi concretizzato. Varie proposte legislative non hanno ricevuto alcun seguito da parte del Congresso statunitense, v. in particolare Consular Notification Compliance Act of 2011, S. 1194, 112th Cong.

[100] Si veda CHARNOVITZ, *Correcting America's Continuing Failure to Comply with the* Avena *Judgment*, in *AJIL*, 2012, p. 572 ss., p. 573, al quale si rinvia per ogni ulteriore riferimento bibliografico.

[101] Corte costituzionale federale della Germania, sentenza 19 settembre 2006, 2 BvR 2115/01. Si veda FORLATI, *Il diritto all'assistenza consolare al vaglio della Corte suprema degli Stati Uniti e della Corte costituzionale tedesca*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, p. 403 ss.; GOGOLIN, Avena *and* Sanchez-Llamas *Come to Germany – The German Constitutional Court Upholds Rights under the Vienna Convention on Consular Relations*, in *German Law Journal*, 2007, p. 261 ss.

In tale contesto, proprio la Corte internazionale di giustizia non ha sfruttato un'ottima occasione per porre dei limiti all'autonomia degli Stati relativa alle modalità di attuazione del diritto internazionale. La Corte si è infatti dichiarata incompetente[102] ad esaminare la domanda d'interpretazione dell'obbligo di "review and reconsideration" di cui alla sentenza *Avena*, presentata dal Messico a seguito della suddetta decisione *Medellín*. Essa ha ritenuto che la pretesa del Messico non riguardasse il significato o la portata della sentenza *Avena*, come prescritto dall'art. 60 del suo Statuto, bensì la questione generale degli effetti delle sue decisioni nell'ordinamento interno degli Stati parte delle controversie nel cui ambito tali decisioni sono rese[103]. La Corte ha rilevato come la sentenza *Avena* si disinteressasse di questo aspetto, lasciando del resto allo Stato convenuto la scelta dei mezzi ritenuti appropriati per realizzare l'obbligo di risultato consistente nel riesame delle condanne penali in questione[104]. In particolare, essa ha sottolineato, contribuendo peraltro ad una certa confusione concettuale[105], come la sentenza *Avena* né imponesse né impedisse che alle statuizioni della stessa fosse attribuito *effetto diretto* o comunque "direct enforceability"[106] nel sistema giuridico interno. La pronuncia non ha escluso *expressis verbis* che altri obblighi internazionali possano esigere di essere riconosciuti come direttamente efficaci o automaticamente applicabili negli ordinamenti interni. Tuttavia, l'interpretazione più plausibile è che essa abbia inteso riaffermare in maniera generalizzata la libertà di tali ordinamenti in punto di adattamento alle norme internazionali. Così vista, la sentenza *Avena II* potrebbe allora rappresentare la pietra tombale di ogni velleità del diritto internazionale a regolamentare in qualsivoglia misura la sua applicazione negli ordinamenti interni[107].

[102] CIG, sentenza 19 gennaio 2009, *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning* Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), in *I.C.J. Reports 2009*, p. 3 ss. (d'ora in poi *Avena II*).

[103] Ivi, par. 45.

[104] Ivi, par. 44.

[105] Si ricordi come la sentenza *Medellín* sia basata sul disconoscimento della natura *self-executing* delle sentenze della Corte internazionale di giustizia e non, almeno a chiare lettere, sull'assenza di efficacia diretta o invocabilità giudiziaria delle medesime. Cfr. altresì CIG, *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004*, cit., par. 36.

[106] Ivi, par. 44.

[107] Contrariamente a talune tendenze rinvenibili nella prassi, specialmente in merito ai trattati sui diritti umani e ai trattati che creano diritti individuali, come la Convenzione sulle relazioni consolari, v. *amplius* e per ulteriori riferimenti, PAVONI, *Norme non* self-executing *in materia di diritti umani e diritto umanitario e violazione del diritto di accesso alla giustizia nella recente prassi statunitense*, in FRANCIONI, GESTRI, RONZITTI e

4. L'incerto destino della Convenzione sull'immunità degli Stati

Osservazioni distinte meritano gli ultimi accordi di codificazione adottati dall'ONU sulla base di progetti predisposti dalla CDI. La scarsa partecipazione a tali accordi a distanza di numerosi anni dalla loro conclusione e la conseguente incertezza legata al loro *status* rappresentano senz'altro una delle principali ragioni per cui da allora i lavori della CDI non sono più stati finalizzati in forma di trattato, traducendosi piuttosto in una varietà di strumenti *soft*, ossia per definizione non vincolanti.

Così, la Convenzione sul diritto relativo alle utilizzazioni dei corsi d'acqua internazionali per scopi diversi dalla navigazione del 1997 è entrata in vigore nel 2014 e conta ad oggi 36 parti, numero chiaramente esiguo in cui è compresa l'Italia, ma non ad esempio l'UE, pur potendo quest'ultima aderirvi. Tuttavia, è soprattutto sulle vicende relative alla Convenzione sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni del 2004 che occorre concentrarsi in questa sede. Al pari dei "grandi" accordi considerati nel precedente paragrafo, tale Convenzione si prefigge infatti di codificare un capitolo fondamentale del diritto internazionale, rispetto al quale non era mai stato approvato un trattato a vocazione universale e quindi finora pressoché interamente oggetto di norme consuetudinarie. Essa è inoltre destinata ad esercitare un notevole impatto negli ordinamenti interni, dato che riguarda una delle questioni di diritto internazionale più dibattute in tale ambito, in particolare ad opera degli organi giudiziali.

A distanza di 15 anni dalla sua adozione, la Convenzione non è ancora in vigore, essendo stata ratificata da soli 22 Stati, in gran parte europei, a fronte delle 30 espressioni di consenso all'uopo richieste. Peraltro, negli ultimi anni il processo di ratifica pare aver raggiunto una preoccupante situazione di stallo: non sono state registrate ratifiche nel 2016 e nel 2017, mentre solo la Guinea Equatoriale ha depositato il suo strumento di adesione nel 2018, apparentemente quale reazione contingente a fatti che mettono in discussione la sua immunità (*rectius*, l'inviolabilità delle sue missioni diplomatiche e l'immunità dei suoi organi) ed attualmente al centro di contenzioso giudiziario[108].

Tuttavia, significativi effetti della Convenzione sui sistemi giuridici statali non hanno tardato a manifestarsi. A partire dalla sua adozione, essa ha dato impulso ad una crescente, inedita e variegata attività legislati-

SCOVAZZI (a cura di), *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Milano, 2008, p. 305 ss.

[108] CIG, sentenza 6 giugno 2018, *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea* v. *France*), in *I.C.J. Reports 2018.*

va degli Stati in materia d'immunità ed è stata applicata o richiamata in innumerevoli decisioni giudiziali. Per quanto riguarda la prassi legislativa, occorre distinguere gli Stati che hanno ratificato la Convenzione da quelli che non vi hanno provveduto. Fra i primi, si possono ricordare Giappone, Svezia, Spagna, Francia e Italia. Giappone[109] e Svezia[110] si sono dotati di normative che, a prescindere dalla diversa tecnica utilizzata – integrale trasformazione in legge nel primo caso, mero rinvio al testo convenzionale riprodotto in allegato al provvedimento nel secondo –, rappresentano una fedele incorporazione della Convenzione nel diritto interno. Tuttavia, mentre la legge svedese sarà operativa se e quando la Convenzione entrerà in vigore, l'Atto giapponese è stato reso applicabile prima dell'entrata in vigore della stessa e perfino prima del deposito dello strumento di ratifica da parte delle autorità statali[111]. Si tratta in sostanza di un esempio ragguardevole di *attuazione integrale anticipata* di un accordo di codificazione, il quale fornisce evidentemente argomenti a favore dello *status* consuetudinario del medesimo. Nella prassi giapponese, infatti, la Convenzione è interamente destinata ad essere applicata in via indiretta per il tramite della relativa legge e, soprattutto, in maniera generale, ossia senza distinguere a seconda che essa sia stata ratificata o meno dallo Stato che rivendica la propria immunità. Dal canto suo, la Spagna, a seguito di adesione alla Convenzione nel 2011, ha approvato una legge organica[112] che va ben oltre il campo di applicazione della stessa Convenzione, disciplinando ad esempio le immunità dei Capi di Stato e di Governo, delle organizzazioni internazionali e delle forze armate straniere presenti nel territorio nazionale, accanto a quelle degli Stati in quanto tali. Inoltre, la legge spagnola, benché già in vigore, non costituisce una riproduzione testuale della Convenzione, divergendo da essa rispetto a taluni significativi aspetti, ad esempio in punto di riconoscimento dell'immunità dall'esecuzione ai *soli* fondi delle banche centrali impiegati per fini istituzionali[113]. Diverso si è rilevato l'approccio di

[109] Act on the Civil Jurisdiction with respect to a Foreign State (Act No. 24 of 24 April 2009).

[110] Lag om immunitet för stater och deras egendom, Svensk Författningssamling 2009:1514 (10 dicembre 2009).

[111] Si veda, IGUCHI, INOUE e KADONAGA, *New Act Sets Out Terms of Jurisdictional Immunity for Foreign States*, 25 agosto 2009, https://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Litigation/Japan/Anderson-Mori-Tomotsune/New-Act-Sets-Out-Terms-of-Jurisdictional-Immunity-for-Foreign-States.

[112] Legge organica 16/2015, del 27 ottobre 2015, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España.

[113] Art. 20, par. 1, lett. *c*), della legge 16/2015; cfr. art. 21, par. 1, lett. *c*), della Convenzione. La legge spagnola (6ª disposizione finale) prevede che, in caso di conflitto fra

Francia e Italia, le quali, dopo aver depositato la propria ratifica o adesione rispettivamente nel 2011 e nel 2013, non hanno emanato leggi volte ad attuare e/o completare/specificare il contenuto della medesima in modo compiuto e sistematico. L'inerzia dei legislatori francese ed italiano potrebbe qui pertanto essere interpretata quale sintomo della natura *self-executing* delle norme internazionali in questione, anche se nulla esclude pronunce di segno opposto da parte degli organi giurisdizionali. Tuttavia, e si tratta dell'aspetto più interessante, tali legislatori hanno invece avvertito la necessità di provvedimenti *ad hoc* in materia d'immunità dall'esecuzione dei beni di Stati stranieri. Benché riproduttivi delle – o comunque ispirati alle – disposizioni della Convenzione, tali provvedimenti amplificano il diritto degli Stati stranieri all'immunità dalla giurisdizione cautelare ed esecutiva. Così, una legge del Parlamento francese del dicembre 2016[114] ha essenzialmente incorporato nel codice di procedura civile gli articoli 18, 19 e 21 della Convenzione, aggiungendo in particolare che nessuna misura cautelare o d'esecuzione forzata può essere adottata nei confronti di un bene di uno Stato straniero senza previa autorizzazione giudiziaria[115]. In Italia, anzitutto con la legge n. 5/2013, il Parlamento ha autorizzato l'adesione alla Convenzione e ne ha ordinato l'esecuzione *a far data dall'entrata in vigore della stessa*, omettendo qualsiasi disposizione di attuazione in forma ordinaria[116]. A distanza di pochi mesi, il 6 maggio 2013 il Capo dello Stato ha depositato lo strumento di adesione, assortito peraltro da un'ambigua dichiarazione sull'esigenza d'interpretare la Convenzione conformemente al diritto internazionale, in particolare ai suoi principi riguardanti la tutela dei diritti umani[117]. In seguito, nell'autunno 2014, il Parlamento, con l'intento di

la stessa e trattati internazionali *di cui la Spagna è parte*, quest'ultimi prevalgono. È bene ricordare che, stando alla Convenzione sul diritto dei trattati (art. 2, par. 1, lett. *g*)), uno Stato è "parte" di un trattato se quest'ultimo è stato ratificato da tale Stato *ed è in vigore sul piano internazionale* (per lo stesso Stato).

[114] Legge 2016-1691, del 9 dicembre 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, articoli 59 e 60. Si veda GRANDAUBERT, *France Legislates on State Immunity from Execution: How to Kill Two Birds with One Stone?*, 23 gennaio 2017, https://www.ejiltalk.org.

[115] Art. L. 111-1-1 del codice di procedura civile, inserito dall'art. 59 della l. n. 2016-1691. Peraltro, l'art. 60 della stessa legge introduce una specifica disciplina, assai restrittiva, delle azioni esecutive nei confronti di beni di Stati stranieri intentate dai c.d. "vulture funds".

[116] Legge 5/2013, articoli 1 e 2, *Gazzetta Ufficiale* n. 24 del 29 gennaio 2013.

[117] Si tratta di un riferimento velato e inconcludente alla celebre giurisprudenza *Ferrini* dei tribunali italiani, secondo cui l'immunità deve essere disconosciuta allorché lo Stato straniero sia accusato di gravi violazioni dei diritti umani, in particolare di crimini internazionali. Si veda Cass. (sez. un. civ.), sentenza 11 marzo 2004 n. 5044, *Ferrini* c. *Repubblica Federale di Germania*.

attuare l'art. 21, par. 1, lett. *a*), della Convenzione rispetto alla questione cruciale dell'onere della prova, ha sancito un'immunità dall'esecuzione virtualmente assoluta a beneficio di conti correnti aperti in Italia nell'interesse di ambasciate, consolati o missioni speciali di Stati stranieri[118]. Tale immunità, infatti, discende automaticamente da una *insindacabile* dichiarazione, rivolta dal capo della missione diplomatica o consolare straniera al Ministero degli esteri e alla banca interessata, con la quale si attesta che le risorse in questione sono esclusivamente destinate all'esercizio di funzioni ufficiali[119].

A prescindere dalle contingenze che ne sono all'origine[120], i casi francese e italiano, come quello giapponese, mettono ben in luce la considerevole influenza esercitata dalla Convenzione sulla prassi legislativa degli Stati ancor prima della sua entrata in vigore. Anche qui siamo dinanzi a importanti esempi di attuazione anticipata – per quanto parziale – della Convenzione.

Recenti misure legislative in materia d'immunità sono state adottate anche da vari Stati che non hanno ratificato la Convenzione, in particolare da Israele e Russia. Tali misure, tuttavia, depongono a sfavore dello *status* consuetudinario della Convenzione, dato che se ne distanziano sensibilmente. Così, la legge israeliana del 2009[121] si discosta nettamente dal testo pattizio in punto di disciplina delle varie eccezioni all'immunità, ad esempio quelle relative ai rapporti di lavoro e alle misure di esecuzione su beni statali[122]. La legge russa del 2015[123], per converso, è chiaramente ispirata dalle norme convenzionali e largamente riproduttiva delle medesime. D'altronde, la Russia, a differenza di Israele, ha quanto

[118] Decreto-legge 132/2014, art. 19-*bis*, inserito dalla legge di conversione 162/2014.

[119] Si veda la netta critica di CONFORTI, *Il legislatore torna indietro di circa novant'anni: la nuova norma sull'esecuzione sui conti correnti di Stati stranieri*, in *Riv. dir. int.*, 2015, p. 558 ss.

[120] È noto come la norma italiana sull'immunità dei conti correnti diplomatici possa essere vista come una reazione dell'esecutivo (condivisa dal Parlamento) alla più volte citata sentenza n. 238/2014 – di qualche giorno precedente alla legge di conversione del decreto-legge in questione – della Corte costituzionale: sentenza 22 ottobre 2014 n. 238, cit., ove si statuisce, in particolare, che la norma consuetudinaria sull'immunità degli Stati accusati di crimini internazionali non fa parte dell'ordinamento italiano. Analogamente, le norme francesi sono intese a rassicurare gli Stati (particolarmente la Russia) circa il rispetto rigoroso dell'immunità dei loro beni, a seguito di controverse vicende giudiziarie nelle quali essa è stata messa in discussione, v. GRANDAUBERT, *op. cit*.

[121] Foreign States Immunity Law 5769-2008 (gennaio 2009).

[122] Ivi, rispettivamente le sezioni 4 e 15-16 della legge.

[123] Federal Law No. 297-FZ on the Jurisdictional Immunity of a Foreign State and the Property of a Foreign State in the Russian Federation (3 novembre 2015, in vigore dal 1° gennaio 2016).

meno firmato la Convenzione. Ad ogni modo, il principio fondamentale della legge in questione è la *reciprocità*, intesa nel senso che la misura in cui i tribunali russi accordano l'immunità ad uno Stato straniero può ben corrispondere alla misura in cui l'immunità è riconosciuta alla Russia dinanzi ai giudici di quello Stato, sulla base di valutazioni affidate al Ministro degli esteri russo[124]. A parte le consistenti difficoltà a ricondurre questo e simili esempi ad ipotesi di contromisure lecite[125], siamo in presenza di un principio – consacrato in via legislativa – completamente assente nella Convenzione del 2004 ed incompatibile con lo spirito e la struttura della medesima.

Anche la prassi giudiziaria fornisce indicazioni contrastanti sulla rilevanza acquisita dalla Convenzione negli ordinamenti interni, a prescindere dalla sua entrata in vigore. Da un lato, alcuni tribunali hanno manifestato adesione convinta ai principi e alle norme della medesima. Così, i giudici inglesi hanno ben presto assimilato la Convenzione a "the most authoritative statement" del diritto consuetudinario relativo all'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile[126]. D'altro lato, vari tribunali sono apparsi più cauti ed hanno affermato che la Convenzione rappresenta ampiamente – ma non interamente – una codificazione di norme consuetudinarie, dato che rispetto a numerose questioni essa non è altro che un compromesso fra le posizioni divergenti degli Stati[127].

In questo contesto è emerso un elemento della prassi di estrema importanza, ossia la giurisprudenza *Cudak* della Corte europea dei diritti

[124] Art. 5 della legge.

[125] Su cui si veda da ultimo l'eccellente studio di VEZZANI, *Sul diniego delle immunità dalla giurisdizione di cognizione ed esecutiva a titolo di contromisura*, in *Riv. dir. int.*, 2014, p. 36 ss.

[126] House of Lords, *Jones* v. *Saudi Arabia*, [2006] UKHL 26, par. 26; v. altresì, High Court of Justice, *AIG Capital Partners Inc* v. *Republic of Kazakhstan*, [2005] EWHC 2239 (Comm), par. 80: "a most important guide on the state of international opinion"; Corte suprema del Regno Unito, *Belhaj* v. *Straw*, [2017] UKSC 3, par. 194: "an authoritative statement of customary international law"; Corte suprema del Regno Unito, *Reyes*, cit., par. 27 (*idem*).

[127] Così, in particolare, Corte suprema della Svezia, sentenza 1° luglio 2011, no. Ö 170/10, *Sedelmayer* v. *Russian Federation*, in *Nytt Juridiskt Arkiv*, 2011, p. 475 ss., par. 12, su cui v. il commentario di WRANGE, *AJIL*, 2012, p. 347 ss. Si tratta di una decisione particolarmente rilevante emessa quando la Svezia aveva già ratificato la Convenzione. Difatti, la Corte suprema nega l'immunità da misure esecutive di un immobile di proprietà della Russia e dei relativi crediti di locazione, nonostante lo stesso fosse in parte utilizzato per finalità pubblicistiche. La Corte interpreta quindi in senso estensivo l'eccezione di cui all'art. 19, lett. *c*), della Convenzione, sostenendo che solo un utilizzo effettivo e preponderante per scopi sovrani rende un bene statale esente dalla giurisdizione esecutiva, *Sedelmayer*, cit., parr. 14-16, 20-23.

umani[128], secondo cui la Convenzione del 2004 codifica il diritto consuetudinario sull'immunità degli Stati e risulta pertanto applicabile a tale titolo nei confronti di ogni Stato convenuto dinanzi ad essa, purché quest'ultimo non debba essere considerato un obiettore persistente alla norma rilevante nel caso di specie. Si noti come la Corte appaia considerare la Convenzione *nel suo complesso* quale codificazione di norme consuetudinarie. Resta comunque il fatto che sino ad oggi mancano pronunce di segno opposto rispetto a singole disposizioni pattizie. La conseguenza di questa giurisprudenza è che la Convenzione del 2004 è divenuta *parametro di legittimità* – con riferimento al diritto di accesso al giudice *ex* art. 6 della Convenzione europea dei diritti umani (CEDU) – delle decisioni degli Stati parte della CEDU in materia d'immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile. Tali decisioni sono reputate sproporzionate, e quindi violano la CEDU, allorché si rivelino incompatibili con la Convenzione del 2004.

Questa giurisprudenza è capace di incidere profondamente sull'atteggiamento degli ordinamenti interni relativo alla Convenzione del 2004, certamente su quello degli Stati parte della CEDU, ma possibilmente – data l'autorevolezza del giudice internazionale in questione – anche aldilà del contesto europeo. Per quanto riguarda gli Stati parte della CEDU, il rispetto della Convenzione del 2004 potrebbe d'ora innanzi derivare, non più e non tanto dal riconoscimento *motu proprio* del valore consuetudinario della stessa, quanto piuttosto dall'esigenza di conformarsi alla CEDU come interpretata dalla Corte europea. Si rammenti in proposito come, nel sistema delle fonti degli Stati parte della CEDU, venga diffusamente attribuito a quest'ultima un rango – *de jure* o *de facto* – rafforzato a confronto degli altri accordi internazionali. Inoltre, in alcuni Stati, come emblematicamente nel Regno Unito, tale rango è superiore a quello delle norme consuetudinarie, le quali in via di principio sono incapaci di prevalere su leggi interne e comunque non sono presi-

[128] Corte EDU, sentenza 23 marzo 2010, *Cudak* v. *Lithuania*, App. No. 15869/02, parr. 66-67; sentenza 18 gennaio 2011, *Guadagnino* v. *Italy and France*, App. No. 2555/03, par. 70; sentenza 29 giugno 2011, *Sabeh El Leil* v. *France*, App. No. 34869/05, parr. 18, 54, 57, 58; sentenza 17 luglio 2012, *Wallishauser* v. *Austria*, App. No. 156/04, parr. 30, 69, 71; sentenza 14 marzo 2013, *Oleynikov* v. *Russia*, App. No. 36703/04, parr. 61, 66, 68; sentenza 20 giugno 2013, *Wallishauser* v. *Austria (n. 2)*, App. No. 14497/06, par. 39; sentenza 25 ottobre 2016, *Radunović and others* v. *Montenegro*, App. Nos. 45197/13, 53000/13 and 73404/13, parr. 41, 69, 73; sentenza 8 novembre 2016, *Naku* v. *Lithuania and Sweden*, App. No. 26126/07, par. 89. Per un'analisi critica di questa giurisprudenza, sia consentito rinviare a PAVONI, *The Myth of the Customary Nature of the United Nations Convention on State Immunity: Does the End Justify the Means?*, in VAN AAKEN, MOTOC (eds), *The European Convention on Human Rights and General International Law*, Oxford, 2018, p. 264 ss.

diate dal potere dei giudici – previsto dallo *Human Rights Act* del 1998 – di dichiarare quelle leggi contrarie alla CEDU, esortando così il legislatore a provvedere conformemente. Non si può quindi escludere che almeno in questi Stati la giurisprudenza *Cudak* provochi una sorta di prevalenza indiretta sulle norme interne, ossia attraverso la porta di servizio della CEDU[129], del diritto consuetudinario (ritenuto dalla Corte europea) codificato nella Convenzione del 2004.

Un esempio lampante di accettazione pressoché incondizionata delle decisioni della Corte europea in questione è offerto dalla prassi italiana[130]. A partire dal 2014, la Cassazione ha recepito appieno le indicazioni della giurisprudenza *Cudak* in una serie di controversie di lavoro con Stati stranieri. Essa ha pertanto applicato a titolo di diritto consuetudinario le pertinenti disposizioni della Convenzione del 2004, rovesciando la propria giurisprudenza di lunga data ed affermando in particolare l'inesistenza dell'immunità per ricorsi volti ad ottenere l'indennità risarcitoria sostitutiva della reintegrazione nel posto di lavoro[131].

Al contrario, diversi tribunali hanno assunto un atteggiamento più o meno apertamente critico nei confronti della giurisprudenza della Corte europea in parola. Di particolare rilievo è anzitutto la sentenza *Mahamdia* della CGUE[132], nella quale, dovendosi accertare lo stato del diritto internazionale in materia d'immunità degli Stati nelle controversie di lavoro, né detta giurisprudenza né la Convenzione del 2004 vengono citate. La CGUE era qui evidentemente influenzata dalle conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi[133], il quale, data l'eterogeneità della prassi statale, si era mostrato scettico sia rispetto alla posizione assunta dalla Corte di Strasburgo[134] sia in merito all'effettiva vigenza di una re-

[129] PAVONI, *op. cit*., p. 280.

[130] Cass. (sez. un. civ.), sentenza 18 aprile 2014 n. 9034, *Ambasciata di Spagna presso la Santa Sede* c. *de la Grana Gonzalez*; sentenza 18 settembre 2014 n. 19674, *Académie de France à Rome* c. *Galamini di Recanati*; sentenza 27 ottobre 2014 n. 22744, *Lasaracina* c. *Ambasciata degli Emirati Arabi Uniti*. Fra le tante conferme di tale giurisprudenza, v. Cass. (sez. un. civ.), sentenza 9 giugno 2016 n. 11848, *Ranasinghe* c. *Ambasciata della Repubblica di Corea presso la Santa Sede*; sentenza 22 dicembre 2016 n. 26661, *Real Academia de España de Bellas Artes en Roma* c. *Escudero García*; sentenza 27 febbraio 2017 n. 4882, *Ambasciata dello Stato del Qatar* c. *Awad*; sentenza 6 giugno 2017 n. 13980, *Chibomba* c. *Ambasciata della Repubblica dello Zambia*, riprodotta in *Riv. dir. int.*, 2017, p. 1296 ss.; sentenza 18 settembre 2017 n. 21541, *Migliorini* c. *Pontificia Università Lateranense*.

[131] Cass. (sez. un. civ.), *Académie de France à Rome*, cit.

[132] CGUE, sentenza 19 luglio 2012, *Mahamdia* c. *Repubblica algerina democratica e popolare*, causa C-154/11, punti 53-57.

[133] Conclusioni presentate il 24 maggio 2012 nella causa *Mahamdia*, cit.

[134] Ivi, punti 25-26.

gola consuetudinaria nel settore in questione. A suo dire: "Queste differenze a livello nazionale sono talmente marcate che, da un lato, *una codificazione a livello internazionale pare difficile da attuare* e, dall'altro, esse possono perfino far dubitare della reale esistenza, al di là di un'incontestabile tendenza, di una norma di diritto internazionale consuetudinario in materia"[135]. Secondo l'avvocato generale, le difficoltà nell'attuazione della codificazione in oggetto erano rese palesi dalla mancata entrata in vigore della Convenzione del 2004 e dallo scarso numero di ratifiche raccolte[136].

Talune recentissime vicende giudiziarie sono ancor più eloquenti circa la riluttanza degli organi giurisdizionali statali a ritenere la Convenzione del 2004 *en bloc* riproduttiva di regole consuetudinarie. Così, nel 2016 la Corte suprema olandese ha escluso la natura consuetudinaria della norma pattizia (art. 18) che – differentemente da quanto previsto per le misure di esecuzione posteriori alla sentenza di merito – vieta misure cautelari non consensuali a carico di beni di Stati stranieri non utilizzati a scopi pubblicistici[137]. Analogamente, nel caso *Belhaj* il giudice d'appello inglese ha negato il valore consuetudinario della norma convenzionale (art. 6, par. 2, lett. *b*)) concernente la c.d. citazione in giudizio indiretta (o *indirect impleading*) di uno Stato straniero, almeno laddove detta norma sia letta estensivamente[138]. È tuttavia nella decisione *Benkharbouche* del 2017[139] che la Corte suprema del Regno Unito ha delineato con precisione il suo pensiero sulla natura della Convenzione del 2004. Essa, sconfessando l'approccio onnicomprensivo della Corte di Strasburgo, ha ritenuto ingiustificabile presumere che ogni parte della Convenzione riaffermi diritto consuetudinario esistente ovvero, *a fortio-*

[135] Ivi, punto 24, corsivo aggiunto.

[136] Ivi, nota 9.

[137] Corte suprema dei Paesi Bassi, 30 settembre 2016, *Morning Star International Corporation* v. *Gabon*, ECLI:NL:HR:2016:2236, par. 3.4.7. V. altresì ivi, in particolare par. 3.4.4: la Convenzione non riflette interamente norme consuetudinarie, poiché – come peraltro risulta dal suo preambolo – certe sue norme intendono sviluppare il diritto internazionale. Dal canto suo, la Corte di Strasburgo – e si tratta di un caso unico nel contesto della giurisprudenza esaminata in precedenza – si è astenuta dal pronunciarsi sulla corrispondenza al diritto consuetudinario delle norme convenzionali sull'immunità dall'esecuzione, v. Corte EDU, *Wallishauser (n. 2)*, cit., par. 72: "even if it were established that the content of Articles 18 to 21 of the 2004 Convention were applicable as rules of customary international law […]".

[138] Corte d'Appello del Regno Unito, *Belhaj* v. *Straw*, [2014] EWCA Civ 1394, par. 47. Nello stesso caso, la Corte suprema, benché scettica sullo *status* della disposizione in oggetto, ha ritenuto quest'ultima comunque inapplicabile al caso di specie, *Belhaj*, cit., parr. 25, 26, 31, 195-197. V. ivi, par. 25, ove Lord Mance caratterizza la Convenzione del 2004 quale trattato: "with no binding international status".

[139] Corte suprema del Regno Unito, *Benkharbouche*, cit.

ri, cristallizzi consuetudini emergenti; *ergo*, occorre distinguere le norme pattizie essenzialmente dichiarative di diritto consuetudinario da quelle a carattere "legislativo", ossia volte a sviluppare il diritto internazionale o più semplicemente a dirimere questioni controverse[140]. Questo approccio equilibrato conduce la Corte suprema, al termine di un'impressionante analisi della prassi statale, a disconoscere la natura consuetudinaria di una clausola dell'art. 11 della Convenzione, relativo all'immunità dalla giurisdizione degli Stati stranieri nelle controversie inerenti ai rapporti di lavoro[141]. Ad ogni modo, la decisione in esame mostra chiaramente la capacità della giurisprudenza di Strasburgo di "incorporare" indirettamente la Convenzione del 2004 negli ordinamenti degli Stati parte della CEDU. Nello stesso caso, infatti, la Corte suprema britannica accoglie l'essenza del ragionamento della Corte europea in merito alla norma pattizia sull'immunità nelle controversie di lavoro[142]. Ciò spiana la strada alla conclusione secondo cui le disposizioni controverse dello *State Immunity Act* del Regno Unito del 1978[143] contrastano con il diritto internazionale generale e sono quindi incompatibili con il diritto di accesso al giudice *ex* art. 6 della CEDU, con conseguente dichiarazione di incompatibilità con la CEDU ai sensi dello *Human Rights Act*[144].

In sintesi, le vicende relative alla Convenzione sull'immunità degli Stati costituiscono un caso di studio estremamente interessante in merito ai rapporti tra gli ordinamenti interni e gli accordi di codificazione. In attesa degli sviluppi futuri, la già consistente prassi emersa a tal riguardo conferma che la Convenzione non possa essere assimilata sotto numerosi profili al diritto consuetudinario preesistente. Sul piano generale, si può

[140] Ivi, par. 32.

[141] Ivi, par. 72. Si tratta dell'art. 11, par. 2, lett. *b*), punto iv), nel quale è ribadita l'immunità degli Stati nelle controversie che coinvolgano lavoratori a qualunque titolo dotati d'immunità diplomatica.

[142] Ivi, parr. 26, 29: "Article 11 codifies customary international law so far as it applies the restrictive doctrine to contracts of employment. […] So far as article 11 goes beyond the application of the restrictive doctrine, its status is uncertain […]. It would perhaps have been better if the Strasbourg court had simply said that employment disputes should be dealt with in accordance with the restrictive doctrine instead of in accordance with an article of a treaty which is not in force and which a large majority of states have neither signed nor ratified. But this is a point of presentation, not of substance".

[143] Ossia quella che condiziona l'assenza d'immunità nelle controversie di lavoro al possesso da parte dell'attore della cittadinanza del (o residenza nel) Regno Unito al momento della conclusione del contratto (sez. 4, par. 2) e quella che riafferma tale immunità rispetto ai procedimenti relativi a qualsivoglia membro delle rappresentanze diplomatiche e consolari, incluso il personale tecnico-amministrativo, nonché i lavoratori domestici, come nel caso di specie (sez. 16, par. 1, lett. *a*)).

[144] Corte suprema del Regno Unito, *Benkharbouche*, cit., parr. 76, 79.

ben avere l'impressione che la Convenzione, quantunque in nome di esigenze di certezza del diritto ed armonizzazione della prassi, rischi di fossilizzare una materia – quella relativa all'immunità degli Stati – da sempre caratterizzata da dinamismo e spinte evolutive provenienti dagli organi statali, nonché per altro verso significativamente incisa da considerazioni extra-giuridiche.

5. Conclusione

Le manifestazioni della prassi esaminate nel presente studio dimostrano inequivocabilmente il ruolo fondamentale svolto dagli ordinamenti interni nell'ottica della realizzazione completa dell'opera di codificazione del diritto internazionale. Tale ruolo appare poi ancor più significativo quando la disciplina dell'accordo di codificazione riguarda materie incidenti sull'attività giuridica "quotidiana" degli operatori interni, come le vicende relative alla Convenzione sull'immunità degli Stati insegnano. Dal canto suo, l'ordinamento dell'UE pare distinguersi per la funzione essenziale ivi acquisita dalla Convenzione sul diritto dei trattati e, in misura minore, dalla Convenzione sul diritto del mare. Il rilievo di tali accordi, e quindi delle consuetudini in essi riflesse, nella giurisprudenza della CGUE e nel sistema delle fonti di diritto dell'UE è in crescita esponenziale. Peraltro, l'eccezionale importanza della prassi proveniente dall'ordinamento *sui generis* dell'UE va chiaramente ricollegata alla sua capacità di penetrare con efficacia vincolante nei sistemi giuridici degli Stati membri dell'UE stessa.

Gli ostacoli e le resistenze degli ordinamenti interni in punto di perfezionamento dell'azione di codificazione possono essere collocati su due livelli. Da un lato, vi sono ostacoli classici derivanti dalle modalità e dottrine prevalenti nei singoli ordinamenti circa la ratifica, l'applicazione e il rango delle norme internazionali. Qui gli esempi offerti dalle vicissitudini della Convenzione sulle relazioni consolari nell'ordinamento statunitense e dalla giurisprudenza della CGUE in materia di efficacia diretta ed invocabilità della Convenzione sul diritto del mare o delle relative consuetudini appaiono emblematici. D'altro lato, possono esservi ragioni più profonde alla base della mancata ratifica o di inadempimenti diffusi di accordi di codificazione da parte degli operatori giuridici interni. Come l'esperienza relativa a numerosi accordi di codificazione mostra, tali operatori possono voler conservare libertà d'azione in certi settori, al fine di contribuire al loro sviluppo e rinnovamento oppure perché non accettano l'esistenza di obblighi internazionali in materia, tanto più se fissati

in maniera rigida in un testo scritto. Queste due ultime differenti motivazioni della resistenza degli attori interni rispetto a certi accordi di codificazione forniscono del resto una base di partenza per sciogliere il dilemma concernente l'incerto futuro della Convenzione sull'immunità degli Stati.

LA COMMISSIONE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE E I SUOI METODI DI CODIFICAZIONE AL TEMPO DEL DIRITTO INTERNAZIONALE "DEBOLE"

Luigi CREMA*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Una rapida ricognizione dell'attività della Commissione del diritto internazionale. – 3. La trasformazione dell'attività della Commissione del diritto internazionale nel terzo millennio. – 4. La legittimità di questo nuovo corso della Commissione. – 5. Tentativi di comprensione delle ragioni di questa trasformazione. – 6. Una ricognizione della prassi di corti e tribunali internazionali. – 7. Il principio di citabilità e la rilevanza della "super-dottrina" al tempo del diritto internazionale "debole".

1. Introduzione

Lo scopo di questo contributo è riflettere su alcuni aspetti dell'attività recente di "codificazione progressiva" della Commissione del diritto internazionale (CDI)[1], in particolare in questi ultimi lustri, sottolinearne alcune caratteristiche, e tratteggiare un bilancio sulla stessa. In parte riecheggiando Villalpando, che ha parlato di "codificazione *light*"[2], nelle prossime pagine si parlerà di "codificazione debole" e di "codificazione al tempo del diritto internazionale debole". *Codificazione debole* perché la CDI negli ultimi anni si è contraddistinta da un approccio di definizione del diritto che nella maggior parte prescinde dal tentativo di redigere progetti di articoli e dalla prescrittività del diritto[3], ma che

* Ricercatore in Diritto internazionale, Università degli Studi di Milano.

[1] Carta delle Nazioni Unite, art. 13, par. 1, lett. *a*); Statuto della Commissione del diritto internazionale, art. 1.

[2] V. *supra*,VILLALPANDO, *Gli strumenti della codificazione del diritto internazionale nell'età della codificazione* light, p. 259 ss.

[3] Per una riflessione estremamente articolata, e critica, dell'evolversi della prescrittività del diritto internazionale si v. WEIL, *Le droit international en quête de son identité*, in *Collected Courses*, 1992, vol. 237, p. 11 ss; con toni più provocatori, si v. già in precedenza WEIL, *Vers une normativité relative en droit international?*, in *Revue générale de droit international public*, 1982, p. 5 ss.

esprime una concezione descrittiva del proprio operato[4]. *Diritto internazionale debole*, perché tale fenomeno si inserisce in una più ampia tendenza verificatasi negli ultimi lustri in cui il diritto internazionale non è centrato su una dogmatica delle fonti, né su riferimenti valoriali e principi condivisi[5], quanto sull'elaborare un *discorso* in cui *chi giudica* possa dare la propria parola definitiva su un dato problema[6].

2. Una rapida ricognizione dell'attività della Commissione del diritto internazionale

A partire dal 1949, data della sua entrata in funzione, la CDI si è occupata di molteplici questioni, in particolare sulle fonti del diritto internazionale e sul diritto delle relazioni internazionali[7]. Al 1° agosto 2018, contando come due lavori separati quelli relativi alla clausola della nazione più favorita, sono stati completati 42 argomenti[8], sei sono stati interrotti per diverse ragioni, e otto sono ancora sotto considerazione.

Guardando ai lavori conclusi, *in 16 casi la CDI ha stilato un progetto di articoli che ha portato a una conferenza diplomatica e a un trattato multilaterale*: il diritto dei trattati, le convenzioni del 1958 sul diritto del mare, i lavori sulle successioni ai trattati, e molti altri, fino ai lavori sul diritto penale internazionale, poi scaturiti nello Statuto di Roma del

[4] La letteratura internazionalistica abbonda di riflessioni sul c.d. diritto morbido, *soft law*. Per tutti si rinvia a TREVES, *International Law: Achievements and Challenges*. *Cursos Euromediterraneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. 10, 2006, pp. 45-270; PELLET, *Les raisons du développement du* soft law *en droit international: choix ou nécessité?*, in DEUMIER, SOREL (sous la direction de), *Regards croisés sur la* soft law *en droit interne, européen et international*, Paris, 2018, pp. 177-192.

[5] Da qui si è adottato il termine "debole", riecheggiando un concetto espresso già nei primi anni 80 del secolo scorso in ROVATTI, VATTIMO (a cura di), *Il pensiero debole*, Milano, 1983.

[6] KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia. The Structure of the International Legal Argument*, 2nd ed. (Reissue with new Epilogue), Cambridge, 2005, p. 474 ss.

[7] Si v. i dati a http://legal.un.org/ilc/guide/gfra.shtml. Sito consultato il 1° agosto 2018, così come gli altri siti citati nel capitolo.

[8] Di recente la Commissione ha completato i due lavori *Subsequent agreements and subsequent practice in relation to interpretation of treaties* e *Identification of customary international law* (*Report of the International Law Commission Seventieth session (30 April-1 June and 2 July-10 August 2018)*, Supplement No. 10, UN doc. A/73/10, rispettivamente a p. 11 e p. 117), e ha incluso nella propria agenda i lavori su *Universal criminal jurisdiction* e *Sea-level rise in relation to international law* (ivi, p. 299).

1998[9]. Gli ultimi lavori in tal senso sono quelli dedicati alle immunità degli Stati, completati nel 1991, che hanno portato all'adozione nel 2004 della Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni.

In 11 casi la CDI ha prodotto un progetto di articoli che non è stato poi oggetto di un'iniziativa verso l'adozione di un trattato multilaterale: l'esempio notissimo è quello del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti illeciti, del 2001, mentre altri lavori, conclusi più di recente, in teoria potrebbero essere ancora oggetto di una conferenza diplomatica, o di un'iniziativa dell'Assemblea generale in vista del completamento di un trattato multilaterale[10].

Cinque lavori hanno prodotto delle linee-guida; salvo il caso delle riserve, in cui l'adozione di linee-guida è stata proposta durante i lunghissimi lavori su di esse, gli altri quattro esempi sin dal principio si sono orientati verso tale tipo di risultato[11].

Quattro lavori sono culminati in degli studi: il primo, quello del 1950 guidato da Manley Hudson sulla consuetudine, si conclude con una

[9] Gli argomenti, secondo i titoli adottati dalla stessa CDI (http://legal.un.org/ilc/guide/gfra.shtml) sono: 1) Law of the sea — régime of the high seas; 2) Law of the sea — régime of the territorial sea; 3) Diplomatic intercourse and immunities; 4) Consular intercourse and immunities; 5) Special missions; 6) Law of treaties; 7) Succession of States in respect to treaties; 8) Succession of States in respect of matters other than treaties; 9) Representation of States in their relations with international organizations; 10) Treaties concluded between States and international organizations or between two or more international organizations; 11) Nationality including statelessness; 12) Jurisdictional immunities of States and their property; 13) Draft code of offences against the peace and security of mankind (Part I); 14) Draft code of crimes against the peace and security of mankind (Part II) — including the draft statute for an international criminal court; 15) Law of the non-navigational uses of international watercourses; 16) Question of the protection and inviolability of diplomatic agents and other persons entitled to special protection under international law.

[10] 1) Most-favoured-nation clause (Part One); 2) Effects of armed conflicts on treaties; 3) Nationality in relation to the succession of States; 4) Protection of persons in the event of disasters; 5) Shared natural resources (Law of Transboundary Aquifers); 6) Status of the diplomatic courier and the diplomatic bag not accompanied by the diplomatic courier; 7) State responsibility (2001); 8) Responsibility of international organizations (2011); 9) International liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law (international liability in case of loss from transboundary harm arising out of hazardous activities) (2013); 10) Expulsion of aliens (2014); 11) Diplomatic protection (2016).

[11] 1) International liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law (prevention of transboundary damage from hazardous activities) (2006); 2) Unilateral acts of States (2006); 3) Reservations to treaties (2011); 4) Identification of customary international law (2015); 5) Subsequent agreements and subsequent practice in relation to interpretation of treaties (2016).

serie di raccomandazioni sulla pubblicazione della prassi statale e internazionale; gli altri sono più recenti e riguardano la c.d. frammentazione del diritto internazionale, il principio *aut dedere aut iudicare*, e la clausola della nazione più favorita – un tema, questo, molto controverso della giurisprudenza arbitrale sugli investimenti internazionali[12].

Altri sei lavori, infine, sono difficilmente collocabili in queste classificazioni: si tratta di quelli sulla giurisdizione penale internazionale e sui trattati multilaterali conclusi sotto l'egida della Società delle Nazioni, strutturati come dei pareri legali[13]; dei lavori di codificazione *soft* sui principi di Norimberga e sulle "regole modello" per la procedura arbitrale (che, con le opportune distinzioni, potrebbero essere ricondotti al gruppo dei lavori rivolti a stabilire linee-guida)[14]; del brevissimo e scarno lavoro sul procedimento di formazione dei trattati multilaterali, e del primissimo studio sulle riserve, di fatto riassorbito nei lavori sul diritto dei trattati di pochi anni successivo[15].

3. La trasformazione dell'attività della Commissione del diritto internazionale nel terzo millennio

Se si guarda solamente a quanto successo dal 2000 a oggi, i dati diventano molto significativi.

Sette lavori sono culminati nell'adozione di un progetto di articoli, poi approvati dall'Assemblea generale, ma che non hanno mai portato né all'elaborazione di una convenzione internazionale, né alla convocazione di una conferenza diplomatica. Si tratta dei lavori: sulla responsabilità degli Stati per atti illeciti e di quelli sulla prevenzione del danno transfrontaliero per attività pericolose, entrambi del 2001[16], sulle acque sot-

[12] 1) Ways and means for making the evidence of customary international law more readily available (1950); 2) Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law (2006); 3) Obligation to extradite or prosecute (*aut dedere aut judicare*) (2014); 4) Most-favoured-nation clause (Part Two) (2015).

[13] Question of international criminal jurisdiction; Extended participation in general multilateral treaties concluded under the auspices of the League of Nations.

[14] Formulation of the Nürnberg Principles; Arbitral procedure.

[15] Review of the multilateral treaty-making process; Reservations to multilateral conventions.

[16] Come noto, la Commissione ha adottato un Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atto illecito con commentario (53a sessione, 2001), ha poi richiesto all'Assemblea generale di prender nota del Progetto di articoli in una risoluzione e di

terranee condivise del 2008[17], sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali e degli effetti dei conflitti armati sui trattati, entrambi del 2011, sull'espulsione degli stranieri del 2014, e, infine, sulla protezione delle persone in caso di disastri naturali del 2016[18].

Cinque lavori hanno comportato l'adozione di linee-guida o principi. Si tratta dei principi-guida sugli atti unilaterali e sulla *liability* per attività transfrontaliere, entrambi del 2006[19]; nonché delle linee-guida in materia di riserve ai trattati, del 2011. A ben guardare, tuttavia, gli (interminabili) lavori in materia di riserve, durati ben 18 anni, hanno prodotto qualcosa di più di un semplice *set* di linee-guida, bensì un lavoro pressoché dottrinario: la *Guida alla prassi in materia di riserve ai trattati*[20]. I lavori su prassi e accordi successivi e sull'identificazione del diritto consuetudinario, pur terminati, non hanno ancora visto l'adozione definitiva delle "Linee-guida" e delle "Conclusioni" finali[21].

considerare la possibilità di convenire una conferenza internazionale al fine di redigere una convenzione a partire dal Progetto di articoli. Alla richiesta non è stato dato seguito. Analoga dinamica riguarda gli articoli sulla prevenzione del danno transfrontaliero approvati il medesimo anno.

[17] Shared natural resources (Law of transboundary aquifers) (60a sessione, 2008). Anche in questi casi la Commissione ha richiesto alla Assemblea generale di considerare l'elaborazione di una convenzione.

[18] Responsibility of international organizations. International Law Commission (63a sessione, 2011); Effects of armed conflicts on treaties (63a sessione, 2011). Expulsion of aliens (66a sessione, 2014). Protection of persons in the event of disasters (68a sessione, 2016). Come per i progetti precedenti, anche in questi due casi la Commissione ha richiesto alla Assemblea generale di considerare l'elaborazione di una convenzione internazionale.

[19] Unilateral acts of States (58a sessione, 2006). La Commissione ha adottato 10 "Guiding Principles" con commentario, trasmettendoli all'Assemblea generale, risoluzione 61/34 del 4 dicembre 2006, a cui non è seguito altro impulso. International liability in case of loss from transboundary harm arising out of hazardous activities (58a sessione, 2006). La Commissione ha adottato un preambolo e 8 "Draft Principles" con commentario. Mentre la prima parte dei lavori (*supra*, n. 10) era culminata in un progetto di articoli la cui elaborazione in una convenzione era stata contemplata, a proposito della seconda parte dei lavori la Commissione semplicemente raccomandò all'Assemblea generale di approvare i *Draft Principles* e di richiedere agli Stati di intraprendere quelle iniziative nazionali e internazionali atte ad implementarli.

[20] Reservations to treaties (63a sessione, 2011). La Commissione ha approvato le linee-guida, con commentario, ribattezzandolo Guide to Practice on Reservations to Treaties, includendo una introduzione alla guida stessa, e un annesso con delle conclusioni e ulteriori raccomandazioni.

[21] Subsequent agreements and subsequent practice in relation to interpretation of treaties (70a sessione, 2018); Identification of customary international law (70a sessione, 2018).

Tre lavori sono stati concepiti sin dal principio come eminentemente dottrinali. Si tratta innanzitutto di quello sulla frammentazione del diritto internazionale, iniziato nel 2000 e completato nel 2006[22]. Nonostante esso contenga 42 conclusioni finali è lo stesso Gruppo di studio, a conclusione dei lavori, a far presente all'Assemblea generale la centralità del lavoro dottrinale complessivo, di più di 250 pagine, alla base delle conclusioni stesse: "The Study Group stressed the importance of the collective nature of its conclusions. It also emphasized that these conclusions have to be read in connection with the analytical study, finalized by the Chairperson, on which they are based"[23]. In secondo luogo, viene in rilievo quello sul principio *aut dedere aut judicare*, completato nel 2014 e risultato in un documento molto leggero, di neanche 20 pagine[24]. Infine, quello sulla clausola della nazione più favorita, del 2015[25]. Come nel caso precedente, questo Gruppo di studio ha prodotto un documento snello, che commenta sinteticamente, in poco più di 30 pagine, la prassi degli Stati successiva ai precedenti lavori della CDI sulla stessa materia[26]. Anche i lavori di Nolte su prassi e accordi successivi cominciarono, nel 2008, come un Gruppo di studio sui "Trattati nel tempo", collocandosi di fatto nella scia del lavoro sulla frammentazione e mirando a completarlo con una riflessione sulle altre due parti che compongono l'art. 31, par. 3, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. La forma dei lavori, poi, fu cambiata in favore di quella più tradizionale del Relatore speciale[27]. Tuttavia, come già notato per i lavori di Pellet sulle riserve, anche quelli di Nolte e poi di Wood, sulla consuetudine, benché strutturati come finalizzati all'adozione di atti di diritto morbido, come linee-guida o

[22] Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law (58a sessione, 2006).

[23] *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-eighth session*, UN doc. A/61/10, p. 176, par. 237.

[24] Obligation to extradite or prosecute (*aut dedere aut judicare*) (66a sessione, 2014). L'Assemblea generale, con risoluzione 69/118 del 10 dicembre 2014 incoraggiò la più ampia diffusione del rapporto della CDI, che si può leggere in *YILC*, 2014, vol. II, parte 2.

[25] Most-favoured-nation clause (Part Two) (67a sessione, 2015).

[26] *Final Report of the Study Group on the Most-Favoured-Nation clause*, in *YILC*, 2015, vol. II, part 2.

[27] Nel 2008 la CDI istituì un Gruppo di Studio sui *Treaties over Time*, cfr. *Report of the International Law Commission on the work of its sixtieth session*, UN doc A/63/10, cap. XII(A)(4), parr. 351–2; risoluzione 63/123, 11 dicembre 2008. La CDI, poi, durante la 64a sessione, nel 2012, rinominò l'argomento come *Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to the Interpretation of Treaties* e cambiò il formato dei lavori dal gruppo di studio a quello più tradizionale sotto la guida del Relatore speciale.

conclusioni, sembrano più degli studi dottrinali che dei lavori rivolti alla formulazione di principi o disposizioni. Sarebbero, quindi, ben sei i lavori recenti della CDI riguardanti uno studio principalmente dottrinale.

Solo *un lavoro*, sulla protezione diplomatica, è culminato in un progetto di articoli che si sta discutendo (ormai da diversi anni) se finalizzarlo in una convenzione internazionale[28].

Infine, degli otto argomenti ancora aperti e sotto discussione all'agosto 2018, ben cinque non ambiscono a redigere un progetto di articoli. Tutti e tre i lavori sulle fonti mirano a produrre diritto morbido. Quelli sull'applicazione provvisoria dei trattati prevedono l'elaborazione di linee-guida; quelli sulle norme imperative prevedono delle conclusioni[29]; quelli sui principi generali, cominciati da poco, sembrano anch'essi orientati sul diritto morbido[30]. Anche altri due lavori, non dedicati alle fonti, sono orientati in tal senso: quelli sulla protezione dell'ambiente durante i conflitti armati prevedono dei *Draft Principles*[31]; quelli sulla protezione dell'atmosfera prevedono delle *Draft Guidelines*[32]. Quindi ben cinque lavori attualmente aperti sono dedicati a individuare principi, linee-guida o conclusioni di diritto morbido, e solamente tre argomenti discussi al momento sono orientati all'adozione di un progetto di articoli[33].

4. La legittimità di questo nuovo corso della Commissione

Ci si può chiedere, innanzitutto, se tale approccio più dottrinale e orientato verso atti di diritto morbido da parte della CDI sia legittimo. L'art. 1, par. 1, dello Statuto della Commissione del diritto internazionale del 1947, prevede: "The International Law Commission shall

[28] Diplomatic protection. International Law Commission (58a sessione, 2006).

[29] Provisional application of treaties; Peremptory norms of general international law (*Jus cogens*).

[30] "Some reflections deserve to be made about the potential outcome of this topic. The General Assembly could note the outcome of this topic and commend it to States and others concerned. There are different alternatives of title for the outcome of the project. They could be 'rules', 'model rules', 'principles', 'conclusions' or 'guidelines'. The decision of the appropriate title could be taken once and as the Commission proceeds with the topic", *2017 recommendation of the Working-Group on the long-term programme of work*, allegato a *Report of the ILC: Sixty-ninth session (1 May to 2 June and 3 July to 4 August 2017)*, UN doc. A/72/10, p. 246, par. 18.

[31] Protection of the environment in relation to armed conflicts.

[32] Protection of the atmosphere.

[33] Succession of States in respect of State responsibility; Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction; Crimes against humanity.

have for its object the promotion of the progressive development of international law and its codification". Tale disposizione riecheggia nel tenore letterale il "*progressive development of international law*" di cui all'art. 13 della Carta delle Nazioni Unite[34] e sembra includere *qualsiasi attività* volta allo sviluppo e alla codificazione del diritto internazionale. Tuttavia lo stesso Statuto, all'art. 15, precisa cosa si debba intendere per "progressive development of international law: "In the following articles the expression 'progressive development of international law' is used for convenience as meaning the preparation of draft conventions"[35]. Altre attività della CDI, non finalizzate alla conclusione di convenzioni internazionali, sembrerebbero escluse. Tuttavia, più avanti, la stessa disposizione aggiunge: "*the expression 'codification of international law'* is used for convenience as meaning the more precise *formulation and systematization of rules of international law*, in fields where there already has been extensive State practice, precedent and doctrine".

In tal modo, lo Statuto apre a qualsiasi attività contraddistinta da un approfondito studio della prassi e della dottrina internazionale, anche quando non sfoci nell'elaborazione di un progetto di articoli, ma nell'adozione di linee-guida, conclusioni, principi, o semplici studi.

5. Tentativi di comprensione delle ragioni di questa trasformazione

Le ragioni per questa evoluzione sono molte e riguardano piani diversi, benché intrecciati. La prima riguarda l'esaurirsi di un'aspettativa sulla CDI di *creare* il diritto e *imporlo* agli Stati, e il suo appiattimento su posizioni meramente ricognitive. Usando la terminologia della Carta

[34] Art. 13, par. 1, lett. *a*), della Carta delle Nazioni Unite: "The General Assembly shall initiate studies and make recommendations for the purpose of: promoting international co-operation in the political field and encouraging the progressive development of international law and its codification". Sull'intrecciarsi delle attività di *codificazione* e *sviluppo* del diritto internazionale da parte della CDI si v. SETTE-CAMARA, *The International Law Commission: Discours on Method*, in *Le droit international à l'heure de sa codification: études en l'honneur de Roberto Ago*, vol. 1, Milano, 1987, pp. 477-489.

[35] Corsivo aggiunto. TANZI, nel contributo *Le forme della codificazione e sviluppo progressivo del diritto internazionale* (in NESI, GARGIULO (a cura di), *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione*, Napoli, 2015), commentando questa disposizione, a p. 152, spiega come "i testi elaborati dalla CDI contenenti disposizioni di sviluppo progressivo del diritto debbano sfociare in convenzioni".

delle Nazioni Unite, la CDI ha fatto un passo indietro circa lo *sviluppo* del diritto, attestandosi sulla sua sola *codificazione*.

L'evento decisivo, in tal senso, riguarda la lunga gestazione degli articoli sulla responsabilità degli Stati ed il suo epilogo finale. Dopo decenni di discussioni, Crawford, rilevando i contrasti di vedute tra diversi governi sul contenuto dell'art. 19 del progetto di Ago del 1996, riguardante la responsabilità degli Stati per la commissione di crimini internazionali, stralciò l'articolo stesso, portando il progetto verso la sua più scarna elaborazione finale[36].

La seconda ragione, poi, può essere rintracciata nel lungo dibattito sulla frammentazione del diritto internazionale, una etichetta sotto cui vengon fatti ricadere diversi fenomeni – come la proliferazione di corti e tribunali, con la relativa "giudiziarizzazione" del diritto internazionale, e l'emergere di sotto-ambiti fortemente specialistici all'interno del diritto internazionale stesso – ma che riguarda anche altri contesti: sotto essa si può anche far ricadere l'esplodere delle dottrine, con riviste e pubblicazioni specialistiche in numero sempre crescente[37], nonché l'incremento nel numero degli Stati esistenti[38] e degli Stati *leader* della comunità internazionale: dopo la stabilità della fase bipolare[39] e smaltiti gli effetti euforici successivi alla caduta del muro di Berlino, in cui il diritto inter-

[36] CRAWFORD, *First report on State responsibility*, in *YILC*, 1998, vol. II, parte 1, UN doc. A/CN.4/490 e Add. 1–7, par. 52 ss. V. ARANGIO-RUIZ, *Fine prematura del ruolo preminente di studiosi italiani nel progetto di codificazione della responsabilità degli Stati: specie a proposito di crimini internazionali e dei poteri del Consiglio di sicurezza*, in *Riv. dir. int.*, 1998, p. 110 ss.

[37] Il tema è spesso oggetto di attenzione di Joseph Weiler, che ha dedicato diversi editoriali dello *European Journal of International Law* all'ipertrofia della dottrina contemporanea. John Louth ha provato di recente a catalogare le pubblicazioni di diritto internazionale in francese, tedesco e inglese, desistendo per l'enorme numero di libri e riviste costantemente pubblicati: LOUTH, *How Much Public International Law Scholarship is There?*, su *EJILTalk!*, 10 gennaio 2017. Già BROWNLIE, *Problems Concerning the Unity of International Law*, in *Le droit international à l'heure de sa codification*, cit., pp. 155-156, osservava una dottrina sia in espansione sia provincializzata, sin troppo legata a pubblicazioni nazionali e non diffuse internazionalmente.

[38] ABI-SAAB, *La coutume dans tous ses états ou le dilemma du développement du droit international général dans un monde éclaté*, in *Le droit international à l'heure de sa codification*, cit., p. 61.

[39] WALTZ, *The Stability of a Bipolar World*, in *Daedalus*, 1964, pp. 881-909. Sull'importanza dei fattori storici per la comprensione del diritto internazionale si v. già FALK, *The Relevance of Political Context to the Nature and Functioning of International Law: An Intermediate View*, in DEUTSCH, HOFFMANN (eds), *The Relevance of International Law: Essays in Honor of Leo Gross*, New York, 1968, p. 133.

nazionale è stato talvolta inquadrato come "strumento di un mondo unipolare"[40], si è arrivati ad una situazione multipolare assai più articolata di quella precedente[41], se non di un vero e proprio "disordine internazionale"[42].

La stagione della frammentazione si apre nel 1995, quando l'ex Presidente della Corte internazionale di giustizia (CIG), Jennings, mette in guardia dai pericoli che potrebbero derivare dall'introduzione di nuovi tribunali internazionali[43]. Sono gli anni dei tribunali penali *ad-hoc*, dell'Organo di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione Mon-

[40] SLAUGHTER BURLEY, *International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda*, in *AJIL*, 1993, pp. 205-239; FUKUYAMA, *The End of History?*, in *The National Interest*, 1989, pp. 3-18: lo stesso Fukuyama ebbe modo di spiegare che la cooperazione internazionale (in particolare, quella europea), rappresenta la vera espressione della fine della *storia*, riassorbita nelle procedure liberali: ID., *The History at the End of History*, in *The Guardian*, 3 aprile 2007: "I believe that the European Union [...] reflects what the world will look like at the end of history [...]. The EU's attempt to transcend sovereignty and traditional power politics by establishing a transnational rule of law is much more in line with a 'post-historical' world than the Americans' continuing belief in God, national sovereignty, and their military".

[41] Alcuni aspetti di questa trasformazione sono affrontati nei diversi saggi pubblicati in HAPPOLD (ed.), *International Law in a Multipolar World*, London, 2011. ROBERTS, *Is International Law International?*, Oxford, 2017.

[42] DI NOLFO, *Il disordine internazionale. Lotte per la supremazia dopo la Guerra fredda*, Milano, 2012; MAZZEI, *Relazioni Internazionali*, Milano, 2016, p. 1.

[43] JENNINGS, *The Proliferation of Adjudicatory Bodies: Dangers and Possible Answers*, in BOISSON DE CHAZOURNES (ed.), *Implications of the Proliferation of International Adjudicatory Bodies for Dispute Resolution*, Washington, 1995, pp. 5-6: "There are thus various good reasons for producing more tribunals of different kinds, but the problem really is the possible dangers that could arise from this proliferation. I think the main point can be put this way: looking at it as a whole, you see that this proliferation has been flourishing, but without a system. It is simply that tribunals have been thought of and produced from time to time for local or other reasons, but the result as a whole is a mess. [...] Now, that is probably the main danger of proliferation, the fragmentation of international law; and by fragmentation I do not mean the very proper local variations for particular purposes. It so happens that the Strasbourg Court of Human Rights [in the *Loizidou v. Turkey* case] has produced for me the ideal case to illustrate this danger. [...] The Court went on to say that the decisions of the ICJ to this matter [...] were irrelevant because of the special character of the Strasbourg Court. [...] It indicates the tendency of particular tribunals to regard themselves as different, as separate little empires which must as far as possible be augmented". Nello stesso periodo WEISS, *International Environmental Law: Contemporary Issues and the Emergence of a New World Order*, in *The Georgetown Law Journal*, 1993, p. 697 ss., profeticamente si soffermava sul difficile coordinamento normativo dei trattati ambientali dovuto a quella che chiamava "treaty congestion". Per una ricostruzione completa dell'emergere della questione della frammentazione del diritto internazionale pubblico si rinvia a TREVES, *Fragmentation of International Law: The Judicial Perspective*, in *Comunicazioni e Studi*, 2007, p. 821 ss.

diale del Commercio, del Tribunale per il diritto del mare, *ecc.* Quale sarebbe potuta essere la risposta dei giuristi internazionali innanzi a tale *pericolo*? La gerarchia? Le regole ed i dogmi?

Suona *naïf*, ad un lettore del 2018, il tentativo avanzato nel 2000 da un altro Presidente della CIG, Guillaume, di lanciare quest'ultima come garante ultimo della coerenza del diritto internazionale. Pur non potendola realisticamente immaginare come suprema Corte di Cassazione dell'ordinamento internazionale (infatti, osserva Guillaume che procedure di appello e cassazione sono usate molto raramente nell'ordinamento internazionale[44]), il giurista francese considera che la Corte dell'Aja dovrebbe almeno essere accettata come una corte superiore, col potere di emettere pareri consultivi preventivi riguardo a "questioni dubbie e importanti di diritto internazionale generale", sulla scorta del meccanismo di rinvio pregiudiziale operante per la Corte di giustizia dell'Unione europea[45].

La risposta della CDI a tale questione si pone su tutt'altro piano.

Da una parte, l'unità del sistema internazionale si afferma lavorando sull'unità formale del diritto stesso, come unità delle sue norme secondarie, regolanti l'accertamento e la determinazione del diritto internazionale,[46] e attraverso l'unificazione del ragionamento ad esse relativo, mediante la creazione di una "dottrina ufficiale"[47]. La serie di lavori della CDI sulle fonti del diritto internazionale e sull'interpretazione del diritto scritto è chiara in tal senso: essa altro non è che il tentativo di affermare un'ortodossia unica sulle norme secondarie, e di creare una *super*-dottrina, autorevole (è la CDI delle Nazioni Unite, non un articolo di un giornale occidentale e partigiano!), immediatamente accessibile (basta

[44] *The Proliferation of International Judicial Bodies: The Outlook for the International Legal Order*, Discorso del Presidente della CIG Guillaume alla VI Commissione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, 27 ottobre 2000, p. 6, che poi conclude: "This would, however, require a powerful political will on the part of States and far-reaching changes in the Court, which would need to be given substantial resources. I am not certain whether such a will exists".

[45] Ivi, p. 7.

[46] HART, *The Concept of Law*, 2nd ed., 1994, Oxford, p. 90 ss.

[47] Sul punto sono ancora valide le osservazioni di DUPUY, *The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice*, in *International Law and Politics*, 1999, p. 791-807; si v. anche KOSKENNIEMI, *From Apology*, cit., p. 474 ss.

un *click* sul sito internet), che chiunque si trovi ad affrontare una controversia possa usare e fare propria[48].

Dall'altra parte, la presenza di diverse corti e tribunali non è più una minaccia, bensì un'occasione[49]. Essa, rende il *soft law* sia propriamente tale, sia sotto la forma di progetti di articoli non approvati, una possibilità di regolamentazione della società internazionale concreta. Come se si dicesse: "Noi della CDI, a Ginevra, studiamo e sintetizziamo, senza imporre nulla e senza nemmeno sfidare governi, Assemblea generale e Sesta Commissione ad elaborare alcuna convenzione internazionale. Voi, che difendete Stati o privati davanti a un tribunale internazionale, citerete questo o quel testo che abbiamo elaborato. E soprattutto voi, nelle camere di consiglio dei vostri tribunali, deciderete cosa usare, cosa tenere e cosa rigettare del nostro lavoro". Perché qualcosa diventi diritto nel nuovo millennio non occorre più passare per i lunghi e difficili negoziati, asserviti ad agende politiche sin troppo differenti ed ormai pressoché irriconciliabili; non serve più misurarsi con 190 e più Stati invitati. Non occorrono nemmeno i rinvii pregiudiziali ipotizzati da Guillaume. Più semplice è che la prescrittività finale di un'indicazione contenuta in un testo di diritto morbido, o di un testo che si è fermato al semplice stadio di progetto di articoli, venga data dal terzo chiamato a giudicare, nel concreto, della specifica controversia[50].

Il successo del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati del 2001 lo dimostra: se il lavoro è fatto bene ed è utile, c'è un "pubblico là

[48] Un cammino, *mutatis mutandis*, parallelo all'emergere del *soft power* come preponderante sull'*hard power* nelle relazioni internazionali, cfr. NYE, *Bound to Lead: The Changing Nature of American Power*, New York, 1990.

[49] La rilevanza di corti e tribunali nel plasmare il diritto internazionale contemporaneo è stata ampiamente studiata; meno attenzione, invece, è stata dedicata al ruolo della CDI in questa dinamica. In una pubblicazione collettanea recente dedicata ai nuovi modi di generazione del diritto internazionale' BRÖLMANN, RADI (eds), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, Cheltenham/Northampton, 2016, si prendono in esame le nuove aree ormai regolate dal diritto internazionale', come il diritto dell'ambiente e i diritti umani (TZEVELOKOS, *The Making of International Human Rights Law*, ivi, p. 329 ss.; ROMANIN JACUR, *The Making of International Environmental Law*, ivi, p. 419 ss.), e l'attività creativa di corti e tribunali' (HERNÁNDEZ, ivi, p. 200 ss.), o degli organi quasi-giudiziari (TZANAKOPOULOS, ivi, p. 222 ss.). Meno attenzione, invece, è stata data a come la CDI si sia trasformata, e inserita, in questa dinamica.

[50] CHINKIN, *The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1989, p. 850 ss., p. 860, osservava che il vantaggio della *soft law* non consiste nella semplicità della sua redazione, poiché essa è soggetta alle stesse problematiche della negoziazione dei trattati tradizionali, bensì di non esporsi alle difficoltà tipiche dei processi di approvazione, ratifica e entrata in vigore delle convenzioni internazionali. V. anche TANZI, ivi, pp. 154-55.

fuori" pronto a farlo proprio e ad attuarlo. Crawford e la CDI avevano proposto non delle linee-guida, bensì un progetto di articoli – ma il risultato è analogo – accontentandosi di una codificazione del diritto internazionale, non di un suo sviluppo, e lasciando i problemi della vincolatività delle norme e dell'eventuale sviluppo del diritto ad altri – in particolare, alle corti e ai tribunali internazionali.

6. Una ricognizione della prassi di corti e tribunali internazionali

In questo nuovo assetto, i progetti di articoli, i lavori di *soft law* e i lavori dottrinali, hanno un destinatario naturale nel lavoro di corti e tribunali internazionali. Senza menzionare le memorie di parte, ma considerando solo i ragionamenti di corti e tribunali, si hanno diverse decisioni rilevanti.

Per quanto riguarda i progetti di articoli, accanto al già citato *draft* del 2001 sulla responsabilità degli Stati, si può prendere ad esempio l'atteggiamento verso il Progetto di articoli sulla protezione diplomatica mantenuto dalla CIG nel 2007, nel caso *Diallo*. Lo stesso anno in cui una disposizione proposta dalla CDI attirava le critiche di alcuni governi[51], vale a dire l'art. 1, essa veniva applicata dalla CIG in quanto espressione del diritto consuetudinario[52]. Lo stesso Progetto di articoli si trova anche richiamato da un tribunale sugli investimenti nel 2014[53].

Un esempio di successo della cooperazione normativa CDI-tribunali internazionali riguardante gli atti di *soft law* può essere visto nella ormai consistente giurisprudenza dei tribunali sugli investimenti in ordine ai

[51] *Comments and observations received from Governments*, *27 gennaio, 3 e 12 aprile 2006*, UN doc. A/CN.4/561 e Add. 1–2, pp. 37-38.

[52] CIG, sentenza 24 maggio 2007, *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea* v. *Democratic Republic of the Congo)*, obiezioni preliminari, in *I.C.J. Reports 2007*, p. 582 ss., par. 39: "The Court will recall that under customary international law, as reflected in Article 1 of the draft Articles on Diplomatic Protection of the International Law Commission [...], 'diplomatic protection consists of the invocation by a State, through diplomatic action or other means of peaceful settlement, of the responsibility of another State for an injury caused by an internationally wrongful act of that State to a natural or legal person that is a national of the former State with a view to the implementation of such responsibility'". La CIG, poi, non entra nel merito per valutare se l'art. 11 del medesimo progetto di articoli rifletta o meno il diritto consuetudinario vigente (ivi, par. 93).

[53] Corte permanente di arbitrato, decisione 15 dicembre 2014, *Serafín García Armas, Karina García Gruber* v. *Venezuela*, caso n. 2013-3, par. 173.

principi-guida sulle dichiarazioni unilaterali degli Stati capaci di creare obblighi giuridici. In diversi casi essi sono stati impiegati per interpretare atti unilaterali, senza che tuttavia ne sia stato decretato lo *status* di diritto consuetudinario[54]. Nel caso *Total v. Argentina*, un tribunale ICSID presieduto da Sacerdoti andò oltre, soffermandosi lungamente sui principi in questione, e, seppur non stabilendo una loro natura consuetudinaria, dedicò un'approfondita analisi agli stessi sottolineando il loro "sicuro rilievo"[55].

Guardando, infine, all'attività dottrinaria della CDI, sono moltissimi i casi in cui i rapporti dei gruppi di studio sono invocati dalle parti nelle proprie memorie. Soffermandosi solo sui ragionamenti degli organi giurisdizionali, si può notare comunque che anche i gruppi di studio hanno avuto un certo impatto nell'attività di corte e tribunali. Lo studio sulla clausola della nazione più favorita, benché concluso solo recentemente, nel 2015, è stato già ampiamente citato. Lo studio, in particolare, è entrato nel merito di una questione molto controversa a partire dal caso *Maffezini v. Spagna*: vale a dire se la clausola della nazione più favorita si estenda o meno alle clausole compromissorie[56]. Non stupisce, quindi, che i tribunali sugli investimenti internazionali si siano soffermati immediatamente su tale studio, incorporandolo nei propri ragionamenti. Ad esempio, nella decisione *A11Y Ltd. v. Repubblica Ceca*, del 2017, il Tribunale molto concisamente osservava: "The Tribunal is of the view that an MFN clause can, a priori, apply to dispute settlement. The Final Report of the ILC Study Group on the Most-Favoured-Nation clause is instructive in this respect"[57]. Nel lodo *Le Chèque Déjeuner v. Ungheria* ben due passaggi chiave del ragionamento del Tribunale circa

[54] ICSID, decisione 10 giugno 2010, *Mobil Corporation Venezuela et Al.,* v. *Venezuela*, par. 89; decisione 30 dicembre 2010, *CEMEX Caracas Investments B.V. e CEMEX Caracas II Investments B.V.* v. *Venezuela*, caso ICSID n. ARB/08/15, parr. 81-82; Corte permanente di arbitrato, lodo 30 agosto 2018, *Chevron e TexPet v. USA*, caso n. 2009-23, par. 7.84.

[55] ICSID, decisione 27 dicembre 2010, *Total S.A.* v. *Argentine Republic*, caso ICSID n. ARB/04/1, par. 131 ss., in particolare par. 132.

[56] ICSID, decisione 25 gennaio 2000, *Emilio Agustín Maffezini* v. *Kingdom of Spain*, caso ICSID n. ARB/97/7; PAPARINSKIS, *MFN Clauses and International Dispute Settlement: Moving beyond Maffezini and Plama?*, in *ICSID Review*, 2011, 26 (2), pp. 14-58.

[57] ICSID, decisione 9 febbraio 2017, *A11Y LTD.* v. *Czech Republic*, caso ICSID n. UNCT/15/1, parr. 95-96. Si v. anche il successivo par. 97, che usa il rapporto finale del gruppo di studio per confermare l'interpretazione data della clausola.

l'interpretazione della clausola della nazione più favorita sono dedicati a citare e commentare il rapporto della CDI[58]. Anche l'opinione dissenziente di Marcelo Kohen ad essa allegata è sostanzialmente strutturata citando il rapporto della CDI sulla clausola della nazione più favorita[59]. Lo studio sulla frammentazione, pubblicato nel 2006, ha attratto una grande attenzione dottrinale, e un accoglimento non altrettanto entusiastico da parte di corti e tribunali. Non mancano esempi, tuttavia, in cui ci si è ad esso riferiti. Ad esempio, nella decisione di annullamento del lodo *Tulip v. Turchia* un Comitato ICSID ricostruiva la corretta integrazione degli obblighi sui diritti umani nell'interpretazione di uno *State contract* rifacendosi ampiamente al rapporto della CDI sulla frammentazione[60]. Anche nella decisione sulla giurisdizione nel caso *RREEF v. Spagna* il lavoro dottrinale sulla frammentazione è ampiamente citato e commentato dal Tribunale[61].

Non tutti i lavori della "nuova era" della CDI, tuttavia, hanno avuto grande successo. Si prenda ad esempio il lavoro sulle riserve, culminato nel 2011, dopo quasi vent'anni, sia in una serie di linee-guida, di *soft law*, sia in un ampio lavoro dottrinale (la guida allegata). Questi documenti non hanno praticamente avuto un impatto nella giurisprudenza internazionale. Né la CIG, né i tribunali sugli investimenti ne hanno fatto uso, mentre la Corte di Strasburgo vi si è riferita in un caso, ormai risalente[62].

I lavori della CDI possono avere effetti anche ulteriori rispetto a quelli immediatamente verificabili di una citazione: può succedere che

[58] ICSID, decisione 3 marzo 2016, *Le Chèque Déjeuner and C.D Holding Internationale v. Hungary*, caso ICSID n. ARB/13/35, parr. 165-166 e 209-210.

[59] Corte permanente di arbitrato, decisione 26 luglio 2016, *Dissenting Opinion of Professor Marcelo G. Kohen* alla decisione *Venezuela US, S.R.L.* v. *Venezuela*, sulla obiezione del convenuto alla giurisdizione *Ratione Voluntatis*, caso n. 2013-34.

[60] ICSID, decisione 30 dicembre 2015, *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Turkey*, xaso ICSID n. ARB/11/28, parr. 86-92. In particolare, ai parr. 88-89, ha osservato: "The ILC has discussed Article 31(3)(c) of the VCLT extensively in its Fragmentation Report. In doing so, its Study Group has referred to that provision as a 'master key' to the house of international law. [...] The ILC Study Group has rejected any suggestion that tribunals should restrict themselves to the treaty upon which their jurisdiction is based and which constitutes the treaty under dispute".

[61] ICSID, decisione 6 giugno 2016, *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Spain*, caso ICSID n. ARB/13/30, par. 82.

[62] Corte EDU, sentenza 26 giugno 2012, *Toniolo* v. *San Marino and Italy*, App. No. 44853/10.

tale influenza rimanga sottotraccia, e che una corte internazionale preferisca applicare il diritto consuetudinario come descritto dalla CDI senza riferimenti ai lavori della CDI stessa. Si prenda ad esempio il caso *Habré*, del 2012, in cui la CIG si pronunciò sul carattere *erga omnes* degli obblighi della Convenzione contro la tortura. La CIG non richiamò il Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati, ma il solo diritto internazionale consuetudinario in materia[63].

La decisione di fare riferimento esplicito o meno alla fonte d'ispirazione di una data regola resta ovviamente discrezionale da parte dell'organo giudicante e mostra che la scelta di indicare o meno i "luoghi" entro cui certe scelte si sono formate e cristallizzate appartiene alla politica di legittimità per il proprio operato che un organo giudicante decide di adottare. Tuttavia mostrano anche che non si può valutare l'influenza dei lavori della CDI solo col pallottoliere delle citazioni esplicite, ma che esso si può estendere oltre esse.

7. Il principio di citabilità e la rilevanza della "super-dottrina" al tempo del diritto internazionale "debole"

Tirando le somme, si può dire che, in questo periodo di trasformazione della società internazionale, l'attività della CDI si stia orientando al "dialogo" più con le giurisdizioni internazionali che con gli Stati, puntando a elaborare non tanto progetti di convenzioni, quanto strumenti utili all'attività di chi è chiamato a decidere una controversia. Nel diritto internazionale debole, l'unità non arriva attraverso il comando né attraverso il sostrato valoriale comune eurocentrico, ma attraverso la costruzione di un linguaggio tecnico comune a disposizione di corti e Stati, e attraverso la ragione, ovvero quello che ancora ci accomuna in un mondo frammentato. La Commissione propone, le corti prenderanno quanto di buono.

In questa trasformazione del proprio operato, da prescrittivo a dottrinale e descrittivo, in cui la CDI ha deciso di rivolgersi innanzitutto a corti e tribunali piuttosto che a elaborare nuove convenzioni internazionali,

[63] CIG, sentenza 20 luglio 2012, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium* v. *Senegal)*, in *I.C.J. Reports 2012*, p. 422 ss., pp. 449-450, parr. 68-69.

diventa essenziale che l'attività della Commissione raggiunga delle conclusioni *citabili*. Per *citabilità* si intende una espressione del diritto (nella sua versione tenue, di linea-guida, o forte, di progetto di articoli) che consenta al terzo, giudice o arbitro che sia, un riferimento che, nonostante la vincolatività non sia chiara, sia comunque sintetico, chiaro, e immediatamente applicabile.

In tal senso è decisivo che, anche quando il lavoro della CDI non miri a redigere un progetto di articoli ma sia rivolto a un elaborazione di *soft law*, la Commissione non si perda in rivoli troppo descrittivi, in cui per dire tutto e per evitare di compiere delle scelte non supportate dalla prassi, si finisce per elaborare strumenti poco "applicabili". Nell'ottica della *citabilità* dei documenti, più della completezza degli studi proposti diventa rilevante la capacità di compiere scelte chiare, a fronte di prassi disomogenee. È soprattutto in questa ottica che l'attività della CDI non deve debordare in lavori che non prendano posizione su tematiche controverse. In questo senso è illustrativo lo scarso successo avuto sinora dalla Guida sulle riserve del 2011. Più il lavoro della CDI si orienta verso la completezza, a scapito della scelta delle soluzioni preferibili, più è difficile per chi è chiamato a giudicare un caso utilizzare le conclusioni da quella adottata.

In secondo luogo, è importante che la CDI si rivolga a problemi rilevanti sul piano pratico e non solamente su quello teorico. La vicenda relativa allo studio della clausola della nazione più favorita è emblematico: benché di ambito meno ampio rispetto ad altri studi sulle fonti affrontati di recente, esso ha avuto un impatto immediato nella giurisprudenza arbitrale internazionale perché intervenuto a razionalizzare e a chiarire una questione aperta su cui gli arbitrati sugli investimenti internazionali si erano incagliati con opposte soluzioni. Da questo punto di vista, a costo di azzardare una profezia che non si avvererà, sembrano destinati ad avere un impatto maggiore dei lavori sull'accertamento della consuetudine o sui principi generali di diritto.

PARTE QUARTA

COORDINAMENTO FRA DIVERSI STRUMENTI DI CODIFICAZIONE

INTRODUZIONE

Francesco FRANCIONI*

Nell'introdurre questo Panel sul coordinamento tra diversi strumenti di codificazione vorrei, prima di tutto, ringraziare gli organizzatori di questo convegno per l'invito rivoltomi a presiedere questa sessione dei lavori e per l'eccellente ospitalità nella splendida città di Ferrara.

Il tema della codificazione e quello del coordinamento sono diversi tra loro ma strettamente correlati l'uno all'altro, come potremo vedere dalle relazioni che seguono. Per quanto riguarda il primo tema, vale la pena di ricordare che ha una lunga storia. I primi tentativi moderni di codificazione e di sviluppo progressivo del diritto internazionale risalgono al lavoro svolto dall'Institut de droit international nella seconda metà del secolo XIX. Ne sono esempi importanti le *Regulations for Arbitral Procedure* del 1875 e l'ancor più noto *Oxford Manual on the Laws of War on Land* del 1880, che ha costituito l'ossatura originaria del diritto internazionale dei conflitti armati. L'idea dominante dell'Institut, poi in parte ripresa anche dalla International Law Association (ILA), era che, per promuovere una effettiva e largamente condivisa codificazione, non bastasse l'impegno scientifico individuale da parte di eminenti pubblicisti dell'epoca, ma occorresse l'impegno collettivo di una istituzione scientifica rappresentativa della diversità di concezioni giuridiche e culturali tipica della società internazionale. Questa rimane ancora oggi la missione dell'Institut. Tuttavia, a partire dal periodo successivo alla prima guerra mondiale, l'idea del primato del ruolo scientifico nella concettualizzazione e sistemazione del diritto internazionale lascia spazio al primato delle iniziative diplomatiche e del ruolo dei governi. La Società della Nazioni è l'incubatrice di questo nuovo approccio, con l'istituzione del Comitato di esperti per la progressiva codificazione del diritto internazionale che ebbe nella sua agenda la codificazione di tre importanti settori del diritto internazionale: 1) la nazionalità, 2) il mare territoriale, e 3) la responsabilità degli Stati. I lavori del Comitato, di cui fu vicepresidente il professor Diena dell'Università di Pavia, portarono alla codifi-

* Professore emerito di Diritto internazionale, Istituto Universitario Europeo di Firenze e Università LUISS "Giudo Carli" di Roma.

cazione di uno soltanto dei tre settori individuati, quello della nazionalità, con l'adozione della Convenzione dell'Aja del 1930 sui conflitti in materia di nazionalità. È poi la volta delle Nazioni Unite con l'espressa previsione normativa dell'art. 13 della Carta, che conferisce all'Assemblea generale il compito di "incoraggiare lo sviluppo progressivo del diritto internazionale e la sua codificazione". Tale compito, è superfluo ricordarlo, è stato svolto sin dal 1949 dalla Commissione del diritto internazionale (CDI), organo sussidiario dell'Assemblea generale e per ciò stesso inevitabilmente votato a continuare l'approccio diplomatico-intergovernativo inaugurato dalla Società delle Nazioni. Questo tratto distingue la CDI, non solo rispetto all'Institut e all'ILA, ma anche rispetto all'American Law Institute, i cui *Restaments* in materia di "foreign relations law" sono il risultato di una autonoma valutazione scientifica ad opera di esperti indipendenti rappresentativi dell'accademia, della magistratura e dell'avvocatura.

Nell'evocare il ruolo della CDI nella promozione dello sviluppo progressivo del diritto internazionale e della sua codificazione, mi sembra giusto ricordare in questa sede l'opera di un eminente giurista italiano che tanto ha contribuito al tema del presente convegno. Mi riferisco al professore e giudice Roberto Ago. Mi piace ricordare che l'idea di codificazione elaborata da Ago non era quella di una meccanica – e puramente tecnica di – trasposizione di norme consuetudinarie e principi in testo scritto; ma piuttosto quella di una complessa e sofisticata risposta alla necessità storica di adattare il diritto esistente alle trasformazioni della società internazionale[1]. Non è un caso che l'epoca d'oro della codificazione e dello sviluppo progressivo del diritto internazionale si collochi tra la fine degli anni cinquanta e gli anni settanta, l'epoca delle grandi trasformazioni della società internazionale dovute al processo di decolonizzazione e all'ingresso di numerosi nuovi Stati nella Organizzazione delle Nazioni Unite. Davanti a questi mutamenti strutturali l'idea di codificazione promossa da Ago comportava l'opportunità di un dialogo tra membri della società internazionale al fine di ri-esaminare e ri-definire norme e istituzioni del diritto internazionale alla luce del nuovo pluralismo culturale, politico e giuridico degli Stati.

Ma si può dire oggi che l'ottimistica aspettativa coltivata da Ago di un costruttivo dialogo tra membri di una società internazionale plurale e diversificata si sia realizzata? La risposta è difficile. Oggi l'opera di codificazione incontra maggiori ostacoli rispetto all'epoca di Ago. Para-

[1] AGO, *Nouvelles réflexions sur la codification du droit international*, in *Revue générale de droit international public,* 1988, pp. 539-576.

dossalmente, sul piano culturale, lo sviluppo progressivo del diritto internazionale e la sua codificazione risentono oggi, più che all'epoca della Guerra Fredda, del riemergere del mito della sovranità statale, alimentato dal crescente disincanto in molte società nazionali per le istituzioni internazionali e per una visione cosmopolita del mondo. Sul piano tecnico-giuridico l'ostacolo maggiore è dato dalla enorme espansione del diritto internazionale in settori della vita economica, sociale, culturale e scientifica scarsamente regolati dalle tradizionali norme di diritto consuetudinario, che inevitabilmente produce specializzazione e frammentazione.

Ciò ci porta al tema specifico di questa sessione, vale a dire il coordinamento tra diversi strumenti di codificazione. Il diritto internazionale contemporaneo deve fare i conti con due distinti problemi di co-ordinamento. Il primo riguarda i rapporti tra diritto internazionale pubblico e i nuovi sistemi di regolazione transnazionale, quali la *global administrative law* e la *private transnational regulation*, ambedue figlie della globalizzazione e della concorrenza di istituzioni transnazionali ed entità private con lo Stato nel ruolo di produttore di norme internazionali. Il secondo problema riguarda il coordinamento tra diversi strumenti normativi all'interno dello stesso ordinamento internazionale. Il diritto internazionale contemporaneo è caratterizzato dalla costante espansione in molti ambiti tradizionalmente riservati alla disciplina statale. Questo comporta una crescente complessità del sistema, una moltiplicazione di regimi convenzionali e inevitabilmente la possibilità di conflitti fra norme che necessitano appunto forme appropriate di co-ordinamento. Ma qual è il metodo corretto per affrontare tale co-ordinamento? Il metodo classico di tipo gius-positivistico prevede l'adozione di criteri formali, quali la *lex specialis* o il criterio temporale o la distinzione tra regole procedurali e sostanziali[2], e tende a minimizzare la possibilità di conflitti normativi (la stessa CDI parte dal presupposto che ci sia una "forte presunzione" contro i conflitti normativi). Un diverso approccio potrebbe essere quello che Antonio Cassese aveva chiamato "positivismo critico", un metodo di coordinamento che dà rilevanza a certi valori fondanti della comunità internazionale, come il mantenimento della pace, il rispetto della dignità umana, dell'ambiente naturale, della diversità culturale, che possono giustificare la preminenza gerarchica di norme imperative di *ius cogens*. Metodi diversi di co-ordinamento tra strumenti normativi sono

[2] Vedi ad esempio, CIG, sentenza del 3 febbraio 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany* v. *Italy, Greece intervening)*, in *I.C.J. Reports 2012*, p. 99 ss., par. 93 ss., dove il conflitto tra la norma sull'immunità dalla giurisdizione e la norma sull'obbligo di riparazione per gravi violazioni dei diritti umani viene negato in base all'asserita natura meramente procedurale della prima norma.

quelli diffusi specialmente nei paesi di *common law* che privilegiano un "policy oriented approach" e la tecnica del "bilanciamento" degli interessi sociali coinvolti nel conflitto di norme. Questi metodi non si escludono reciprocamente ma possono essere combinati in vista di un coordinamento che promuova i valori e gli interessi generali della comunità internazionale.

REGIONALISM IN THE CODIFICATION OF INTERNATIONAL LAW: THE EXPERIENCE OF THE INTER-AMERICAN JURIDICAL COMMITTEE

Lucas Carlos LIMA*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Regionalism in the codification of international law. – 3. The work of the Inter-American Juridical Committee. – 4. The Inter-American Juridical Committee and its relationship with the International Law Commission. – 5. Concluding remarks.

1. Introduction

In domestic legal systems, codification is a project of universalization. The codification enterprise in international law does not seem to constitute an exception to this truism. Be that as it may, there seems to exist a constant tension between universalism and regionalism when it comes to the codification of international law[1]. In America, a continent proud of its contributions to the Law of Nations[2], this tension is epito-

* Professor of International Law, Universidade Federal de Minas Gerais, Brazil.

[1] See, in this regard, CRAWFORD, *Universalism and Regionalism from the Perspective of the Work of the International Law Commission*, in *International Law on the Eve of the Twenty-First Century: Views from the International Law Commission*, New York, 1997, pp. 99 ff., to whom "[t]he underlying diversity of nations and the tendency to regionalism even in respect of areas, such as human rights, where universal values would appear to be at stake, raises significant tensions for international law and may even call in question its claim to 'universality'." See also MEHDI, *Les objectifs de la codification régionale*, in *La Codification du Droit International: Colloque d'Aix-en-Provence*, Paris, 1999, pp. 69-99 and, more broadly, SCHREUER, *Regionalism v Universalism*, in *European Journal of International Law*, 1995, p. 477 ff.

[2] CANÇADO TRINDADE, *The Contribution of Latin American Legal Doctrine to the Progressive Development of International Law*, in *Collected Courses*, 2014, vol. 376, p. 9 ss; BARBERIS, *Les règles spécifiques du droit international en Amérique latine*, in *Collected Courses*, 1992, vol. 235, p. 81 ff.; MAROTTA RANGEL, *International Law, Regional Developments: Latin America*, in *MPEPIL*, 2008; VILLALTA VIZCARRA, *La contribución de América al derecho internacional*, in *XXXIII Curso de Derecho Internacional – El Derecho Internacional en las Américas: 100 Años del Comité Jurídico Interamericano*, 2006, p. 59 ff.

mized in the work of the Inter-American Juridical Committee (IAJC or Committee), a specific regional body entrusted with the task of promoting the codification in the region.

Since 1948 the Committee has played an important role in fulfilling its task of developing public and private international law in the continent[3]. According to Article 99 of the Charter of the Organization of American States (OAS), one of the tasks of the Committee is " to promote the progressive development and the codification of international law; and to study juridical problems related to the integration of the developing countries of the Hemisphere". The provision employs the same words that define the function of the International Law Commission (ILC) of the United Nations in its Statute: to promote the progressive development and the codification of international law[4].

However, in the recent practice of the Committee the terms "codification" and "progressive development" have acquired a meaning that appears to be different from the one that is given to them by the Statute of the ILC. While the ILC's Statute and practice sets a clear-cut and important distinction between codification and progressive development of rules[5], this distinction does not seem to be mirrored within the current practice of Inter-American Committee. In the ILC's practice, codification has to do with the identification of customary international rules. This is not the case with regard to the work of the Committee. What one can infer from the practice of the Committee is that codification has a rather generic meaning: it refers to the identification of the rules existing in a given area that appear to reflect the interests, needs, and practices of

[3] While in the field of private international law it has accomplished noteworthy achievements, my examination will be limited to public international law. On private international law's achievements of the Committee, see VÁSQUEZ, *Regionalism Versus Globalism: A View from the Americas*, in *Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper*, 2003, p. 63 ff., and ALVARADO, *La labor del Comité Jurídico Interamericano*, in *Agenda Internacional*, 2015, p. 211 ff.

[4] See Article 13 UN Charter and Articles 1 and 15 ILC Statute.

[5] Article 15 ILC Statute prescribes: "In the following articles the expression 'progressive development of international law' is used for convenience as meaning the preparation of draft conventions on subjects which have not yet been regulated by international law or in regard to which the law has not yet been sufficiently developed in the practice of States. Similarly, the expression 'codification of international law' is used for convenience as meaning the more precise formulation and systematization of rules of international law in fields where there already has been extensive State practice, precedent and doctrine". On the relevance of this distinction for the work of the ILC, see PELLET, *Between Codification and Progressive Development of the Law: Some Reflections from the ILC*, in *Forum du droit international* 2004, p. 15 ff. and GRADONI, *La Commissione del diritto internazionale riflette sulla rivelazione della consuetudine*, in *Riv. dir. int.*, 2014, p. 667 ff.

American States. This means that the function of the Committee is not necessarily that of determining customary international rules applicable to American States. It also means that the distinction between codification and progressive development is not central to the work of the Committee. The priority for the Committee is to identify sets of rules in different areas of international law that respond adequately to the specific needs of American States.

This contribution shall assess whether and to what extent the work of the IAJC may favour a certain regionalisation of international law. More precisely, the focus is on the question of whether and to what extent the work of the Committee may favour the emergence of regional, non-written, customary rules.

The work is divided in three parts. Firstly, I will briefly contextualize the idea of regionalism in Latin America and, particularly, the notion of codification in the Continent. Although there has been much scholarly work on the issue, revisit this debate proves to be important since it is within the debate that the first committee was created with the task of codifying international law. In the second part, I shall examine the method of work of the IAJC. In this respect, I will inquire if the Committee favours the promotion or contributes to the idea of rules of international law applicable only in the relationship between American States. The last problem I would like to address concerns the interactions between the work of codification of the IAJC and that of the ILC. My purpose here is to assess the relationship between a regional perspective and a universal perspective in the process of codification, especially when the same topic is covered by the two bodies and potential problems of coordination between different instruments of international law might arise. The main argument I sustain is that – directly or indirectly – the IAJC favours a certain regionalisation of international law by focusing, particularly in its most recent work, on the practice and *opinio juris* of American States. This occurs despite the coordination between the IAJC and the ILC.

2. Regionalism in the codification of international law

Since the beginning of the nineteenth century, codification of international law was a concern of American and specifically Latin American States[6]. At the third International Conference of American States, hosted

[6] ALVAREZ, *La Codification du Droit International*, Paris, 1912; PESSOA, *Codifica-*

in Rio de Janeiro in 1906, the importance of the codification of international law was stressed. American States trusted the task of codification to a group of international lawyers and created an International Commission of Jurists (*Comissión International de Jurisconsultos*), composed by a representative of each American State[7]. The so-called Bustamante code and the 1933 Montevideo Convention on the Rights and Duties of States are successful products of these efforts towards codification in the continent. *La Comissión*, which changed its name throughout time, was the predecessor of the current Inter-American Juridical Committee[8].

Not by chance, when the Chilean international lawyer and active delegate at the American Conferences, Alejandro Alvarez, launched the idea that there existed an American international law, this statement caused ripples in the scholarship and in the diplomatic field[9]. The purpose of codification in Latin America, according to Alvarez, was precisely to diverge from European rules and to encompass regional values, such as, for instance, the non-intervention principle. The existence of an "American international law" has long sparked scholarly debate and casted dissonant voices about its existence, formation, and effects. The question of codification conducted by American States did not emerge at the time without resistance of some scholars[10].

ção do direito internacional: guerra externa terrestre: guerra civil: reclamações oriundas de uma e outra: projecto, Rio de Janeiro, 1912; NYS, *The Codification of International Law,* in *AJIL*, 1911, p. 871 ss.; ROOT, *The Function of Private Codification in International Law*, in *AJIL*, 1911, p. 577 ss.; BAKER, *The Codification of International Law*, in *British Yearbook of International Law*, 1924, p. 38 ff.; SCOTT, *The Codification of International Law in America*, in *AJIL*, 1925, p. 333 ff.; MORRIS, *The Codification of International Law*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1926, p. 452; YEPES, *La codificación del derecho internacional americano y la conferencia de Rio de Janeiro*, Bogotá, 1927.

[7] ALVAREZ, *La Codification*, above, p. 100.

[8] RIBEIRO, *Breve História da Comissão Jurídica Interamericana e de sua Obra*, in *Revista de Ciência Política*, 1990, p. 85 ff.

[9] ALVAREZ, *Le droit international Américain*, Paris, 1910; SCARFI, *The Hidden History of International Law in the Americas*, Oxford, 2017, pp. 87-106; OBREGÓN, *Noted for Dissent: the International Life of Alejandro Álvarez*, in *Leiden Journal of International Law*, 2006, p. 983 ff.

[10] Perhaps the most well-known *querella* is represented by the theoretical divergence between the Chilean Alejandro Alvarez and the Brazilian Manoel Sá Vianna. While the first defended the existence of an "American international law", Sá Vianna wrote a book contesting Alvarez's idea. According to Sá Vianna, the principles and rules of international law amount to a single body of law, which does now allow the insurgence of "sub-systems". The debate surrounding regionalism and international law persevered throughout the XXth century raising a set of theoretical and practical questions. In this regard, see also SÁ VIANNA, *De la non existence d'un droit international américain*, Rio de Janeiro, 1912; OBREGÓN, *Identity Formation, Theorization and Decline of a*

As it is well known, the possible existence of regional rules of customary international law have been first admitted by the International Court of Justice, in the *Asylum* case, which concerned two American States[11]. As observed by one of the ICJ judges in that occasion, a regional custom fulfils the "necessity of taking into account, in the creation or adaptation of rules of restricted territorial scope, of geographical, historical and political circumstances which are peculiar to the region concerned"[12]. The judgment sparked an ample debate on whether regional rules constitute a separate or independent category of rules of international law[13].

More recently, the existence of regional customary rules has also been recognized by the ILC in its Draft Conclusions on identification of customary international law, adopted on second reading in 2018[14]. Conclusion 16 establishes that "a rule of particular customary international law, whether regional, local or other, is a rule of customary international law that applies only among a limited number of States". In this respect, the special *Rapporteur* of the project observed that "rules of particular customary international law sometimes play a significant role in inter-State relations, accommodating differing interests and values peculiar to some States only"[15]. He also clarified that a stricter criterion should be applied in order to determine the existence of such rules, since "it is necessary to identify clearly which States have participated in the practice and accepted it as law"[16]. The inclusion of a draft conclusion on particular customary rules was supported by several States.

Latin American International Law, in ALMEIDA, SOREL (eds) *Latin America and the International Court of Justice: Contributions to International Law*, London, 2017, p. 3 ff.

[11] ICJ, judgment of 20 November 1950, *Colombian-Peruvian asylum case*, in *I.C.J. Reports 1950*, p. 266.

[12] *Dissenting Opinion of Judge Azevedo*, *Colombian-Peruvian asylum case,* Judgment of 20 November 1950, in *I.C.J. Reports 1950*, p. 333.

[13] FRANCIONI, *La consuetudine locale nel diritto internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 1972, p. 396; D'AMATO, *The Concept of Special Custom in International Law*, in *AJIL*, 1969, p. 211 ff.; FORTEAU, *Regional International Law*, in *MPEPIL*, 2006; KOSKENNIEMI, *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law - Report of the Study Group of the International Law Commission*, UN. doc. A/CN.4/L.682, 13 April 2006. See, more generally THIRLWAY, *The Sources of International Law*, Oxford, 2014, pp. 88-89 and ELIAS, *The Relationship between general and particular customary international law*, in *African Journal of International & Comparative Law*, 1996, p. 65.

[14] ILC, *Identification of Customary International Law: Text of the draft conclusions as adopted by the Drafting Committee on second reading*, UN doc. A/CN.4/L.908, 22 May 2018.

[15] WOOD, *Fourth report on identification of customary international law*, UN doc. A/CN.4/695, 8 March 2018, p. 11.

[16] WOOD, *Third report on identification of customary international law*, UN doc. A/CN.4/682, 27 March 2015, p. 57.

Despite their rare appearance, the possibility of regional customary rules is generally admitted, and American States, or scholars coming from these States, have been the most vocal proponents of the existence of such category of rules. This possibility raises the problem of the role of such rules in the process of codification of international law. A first question – which cannot be dealt with thoroughly in this contribution – may be what role regionalism displays in the general process of codification performed by the ILC. One author has aptly pointed out that, "in conformity with its Statute and mandate, the Commission has worked entirely on the assumption of universalism"[17] and that "the Commission's record reveals not merely an absence of reference to the issues of regionalism but even a deliberate attempt to eschew any such ideas – what I have described as a resolute universalism"[18]. This approach does not surprise if one takes into account the ILC's aspiration of broad acceptance of its work. Overemphasize the potential exceptions or regional particularities of a general universal rule might come with the inherent risk of "fragmentation" of the project.

The second question triggered by the existence of regional customary law is the manner whereby the codification of such rules might eventually occur. Within the American continent, the examination of the recent practice and the methods of work of the regional body responsible for the codification is a first step in order to offer a tentative answer to this question.

3. The work of the Inter-American Juridical Committee

As one of the principal organs established by the Charter of the Organization of American States, the IAJC occupies a privileged role in the architecture of the organization, being responsible for a number of initiatives connected to the development and promotion of international law. The past practice of the IAJC reveals how the organ has proved to be influential in the codification and progressive development of international law in the continent[19]. Meaningful examples of treaties elaborated under

[17] CRAWFORD, *Universalism and Regionalism*, above, p. 115.

[18] IVI, p. 113.

[19] For a general overview, see CANÇADO TRINDADE, *The Inter-American juridical committee: an overview*, in *The World Today: Chatham House Review*, 1982, p. 437 ff.; SACASA, *La contribución del comité juridico interamericano a los nuevos desarrollos del derecho internacional en las américas*, in *XXXV Curso de Derecho Internacional*, Washington D.C., 2008, pp. 167-190; ARRIGHI, *L'organisation des États Américains et le Droit International*, in *Collected Courses*, 2011, vol. 355, pp. 235-242; SIQUEIROS, *La*

its influence are the 1948 Pact of Bogotá on Peaceful Dispute Settlement, the 1948 American Declaration of the Rights and Duties of Man, and the Diplomatic Asylum Convention of 1954. Several conventions were drafted by the members of the IAJC on topics such as law of the sea, environment and terrorism[20].

The eleven jurists who compose the IAJC are elected in their personal capacity[21]. They are nationals of the Member States and in the occasion of their elections by the General Assembly an equitable geographical representation shall be taken into account[22] since the Committee represents all of the Member States of the Organization[23]. When the study of a specific topic is requested by an organ of the OAS or chosen *proprio motu* by the Committee, a *Rapporteur* is entrusted with the task of preparing a report with the analysis of the topic and its doctrinal approach – another common point with the working method of the ILC[24].

There are two issues to be highlighted in relation to the work of the IAJC. The first concerns the outcomes of its work, i.e., what are the products and the documents that it elaborates as the final output of the process of codification. Secondly, it is interesting to verify what are the materials and the sources on which members of the Commission rely for codifying international law.

If in the past the typical outcome of the works of the Commission were treaties, more recently, the outcomes of the Committee have been guidelines, model laws, and draft articles that do not become treaties: in a nutshell, a soft codification – a change that is similar to one that characterized the work of the ILC[25]. Two examples illustrate such a practice.

OEA y el derecho internacional, in *Revista Mexicana de Politica Exterior*, 1998, p. 38 ff.; ALVARADO, *La labor del Comité Jurídico Interamericano*, in *Agenda Internacional*, 2015, p. 211 ff.

[20] RIBEIRO, *Breve História*, above, pp. 95-97. See also MILLICAY, *Inter-American Juridical Committee*, in *MPEPIL*, 2011.

[21] Article 4 of the Statute of the IAJC.

[22] Article 101 of OAS Charter.

[23] Article 102 of the OAS Charter.

[24] Article 49 of the Rules of Procedure of the IAJC, CJI/RES.II-3/89, OEA/Ser. Q/I rev.1, 2 May 1998.

[25] See VILLALPANDO, *Codification Light: A New Trend in the Codification of International Law at the United Nations*, in *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, 2013, pp. 117-155; COGAN, *The Changing Form of the International Law Commission's Work*, in VIRZO, INGRAVALLO (eds), *Evolutions in the Law Of International Organizations*, Leiden, 2015, p. 275 ff., and more generally, ABI-SAAB, *De la codification: quelques réflexions sur sa signification et son rôle en droit international*, in KOHEN, LANGER (eds), *Le développement du droit international: réflexions d'un demi-siècle*, Paris, 2013, pp. 107-120; BORDIN, *Reflections of Customary International Law: The Authority of Codifi-*

In 2017, after studying the topic of stateless persons, the IAJC adopted a "Guide for the Protection of Stateless Persons", available to the countries of the region as a source of recommendations and guidance[26]. Similarly, in 2018 the IAJC adopted a "Practical application guide on the jurisdictional immunities of international organizations"[27] with the same purpose of offering guidance on a topic which American authorities considered to offer difficulties in their day-to-day activities. Both documents were adopted by the OAS organs and submitted to Member States.

As regards the method of work of the IAJC, an aspect to be highlighted relates to the fact that the Committee appears to focus essentially on the practice of American States. The choice and examination of such materials inevitably emphasize the importance of the regional dimension in its work of codification. The special importance attached to the practice of the OAS Member States, the fact that the IAJC usually submits questionnaires to them in relation to the topics under examination, and the Committee's inclination to stick to that practice in its work are elements showing the attention paid to the regional dimension. Additionally, in considering the importance of universal treaties for the purposes of its work of codification, the Committee takes account of the adherence of American States to such treaties. In other words, universal treaties appear to be relevant in the eyes of the Commission only to the extent that they allow the identification of the rules accepted *by* American States.

An interesting example of the Commission's method of works is offered by its recent work on the topic of "Immunity of States". In order to determine whether in this area American States needed a new legal framework, eventually departing from the rules universally applicable to all States, the Committee made an inquiry about the practice of American States in the matter of immunity[28]. As expected in the light of the Commission's usual method of work, the Committee's only concern was to verify the regional practice. In the end, the *Rapporteur* concluded that "the current status of the issue did not require new norms, in light of the conventions and customary norms"[29]. In other words, according to the

cation Conventions and ILC Draft Articles in International Law, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2014, p. 535 ff.

[26] OAS doc. IAJC/RES.218 (LXXXVII-O/15), 7 August 2015.

[27] OAS doc. CJI/doc.545/17.

[28] MATA PRATES, *Immunity of Jurisdiction of States: Scope and Validity*, OAS doc. CJI/doc.530/17, p.124 ff.: "In order to analyze the current development on this issue a Questionnaire on the Status of Immunity of Jurisdiction of States in the American Continent was prepared, which was forwarded to the Member States of the OAS".

[29] *Annual Report of the Inter-American Juridical Committee 2017*, CJI/doc. 551/17, 16 August 2017, p. 124.

Rapporteur, since American States were satisfied with existing customary rules and did not need new treaties or the developing of new rules, there was no need to continue the work on the topic. By the end of its report, the *Rapporteur* stressed that "the inexistence of a [regional] Convention on the scope of Immunity of Jurisdiction of States does not imply the lack of regulations in the area, but rather that it is normally governed by customary international law"[30]. Significantly, the *Rapporteur* did not find it necessary to establish whether regional customary rules existed on the matter.

The Committee's practice as to the importance assigned to regional customary rules conveys the conclusion that the perceived function of the Committee is by no means that of codifying those rules. The Committee does not even refer, in its work, to the distinction between general international law and customary international law. However, its methods of work, based as they are on the assessment exclusively of the practice of American States, may favour the regionalization of international law, including the possibility of determining the existence of a practice supporting the existence of rules applicable only in the relations between States of the region. Additionally, there is a second means through which the IAJC may favour the emergence of regional customary rules. By identifying rules that diverge from general rules and consolidate them in regional treaties or soft law documents, the IAJC may influence the creation of *new* customary rules. The rule eventually identified or suggested by the IAJC might not be a customary rule at the time of its formulation, but the ulterior reactions of American States to that rule may impact on new regional customary law.

4. The Inter-American Juridical Committee and its relationship with the International Law Commission

A feature that defines the process of regional codification is that it is a process aware of others. It occurs while the process of codification of general international law at the universal level is happening. Historically, this explains why the work of the IAJC has several points of contact with the work of the ILC.

The 1947 Statute of the ILC recognizes in its Article 26.4 the "advisability of consultation by the Commission with intergovernmental organizations whose task is the codification of international law, such as

[30] Ibid., p. 128.

those of the Pan American Union". By its part, the Statute of the IAJC envisages the possibility of appointing observers to the meeting of the ILC[31]. Every year, a representative of the Committee goes to Geneva and presents the current work of the IAJC to the ILC. The members of the two bodies then engage in dialogue about topics of common interest. Additionally, as it emerges from the reports of the Commission, ILC members may establish informal dialogues with members of the Committee[32].

In addition to these direct exchanges between the two bodies, it is interesting to note that members of the IAJC refer authoritatively to the work of the Commission in different projects. For example, when the current *Rapporteur* on the topic of binding and non-binding agreements started its examination of the matter, he extensively referred to debates occurred in the ILC with regard to the project of the Vienna Convention[33]. Furthermore, the ILC itself has taken into account several times the work of the Committee. For instance, the ILC has considered the work of the Committee regarding the continental shelf in the fifties and, more recently, has used the 1986 Draft Inter-American Convention on Immunities in its work on Jurisdictional Immunities of State[34].

One interesting example of this dialogue between the Committee and the ILC concerns the Committee's project on State immunity – a topic which both organs have struggled with. While exclusively focusing on the practice of American States, it is noteworthy that the IAJC took considerably into account the UN New York Convention of 2004. In particular, the *Rapporteur* approached the matter by devising a sort of compatibility test between the regional work and the universal convention: he took pain to assess whether the practice of American States was to be regarded as compatible with the rules set forth in the UN Convention. In his words, the problem was to determine whether the practice of American States "match[es] the standards and general principles established in

[31] Article 30, 'f'.

[32] As noted by one of the members of the ILC: "Clearly, the Commission had long held the inter-American system in high regard. Noting the personal ties between the members of the two bodies, he said that their history of cooperation had provided an excellent example that had been followed for the development of constructive relations with other regional bodies, including those whose representatives had visited the Commission during the current session. The two bodies shared a mandate to promote the progressive development and the codification of international law", in ILC, *Provisional summary record of the 3379th meeting*, 1, UN doc. A/CN.4/SR.3379, 6 August 2017, p. 12.

[33] HOLLIS, *Preliminary report on binding and non-binding agreements*, CJI/doc.542/17 Corr.1, in *Annual Report 2017*, above, p. 98 ff.

[34] *YILC*, 1991, UN doc. A/46/10, pp. 39-40.

International Law and built into the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property"[35]. Interestingly, in its final report, the *Rapporteur* suggested the ratification of universal conventions "for the purposes of juridical safety and the standardization of common criteria for this issue"[36]. In this respect, the work of the Committee may also contribute to stimulate the progressive acceptance of universal conventions by American States. Once the Committee finds that the practice of American States is consistent with the rules contained in universal treaty, the Committee tends to favour the adherence of American States to universal convention.

This compatibility test might give rise to problems if the two bodies take different positions in their respective work of codification. The risk that the Committee may address a topic that was previously codified by the ILC and discovers some differences of approach in the American States was ventilated within the Commission when the Committee addressed the topic of immunities. If one reads the debates within the ILC over this proposal, one can find a certain perplexity from the members of the Commission[37]. When asked about the prospects of these works, the President of the Inter-American Committee observed that "the Committee's approach was to complement, rather than duplicate, the work of other bodies, taking into account the specificities of the countries of the region"[38]. This answer is illuminating: it shows how the IAJC perceive its own work: complementarity imbued with regional specificities. Once

[35] NOVAK TAVALERA, *Presentation of the Report of the Inter-American Juridical Committee to the International Law Commission of the United Nations*, CJI/doc.463/14, in *Annual report of the Inter-American Juridical Committee to the General Assembly*, CJI/doc.472/14, 25 September 2014, p. 137.

[36] MATA PRATES, *Report Immunity of Jurisdiction of States: Scope and Validity*, CJI/doc.530/17, in *Annual report of the Inter-American Juridical Committee to the General Assembly* 2017, CJI/doc. 551/17, 16 August 2017, p. 128.

[37] For instance, after rememorizing that the ILC had worked on the topic of immunity of States which gave birth to the 2004 Convention, Mr. Valencia Ospina "asked [the president of the IAJC] what the final outcome of the Committee's work had been: had the Committee reworked the 1986 draft or had it decided to discontinue its consideration of the topic owing to the existence of the United Nations Convention". In the same sense, Mr. Valencia Ospina questioned about the current topic of the immunity of international organizations observing that "The Commission had begun to study the topic of immunity of international organizations in 1949. After years of consideration, it had decided, and the United Nations General Assembly had agreed, that it should suspend its consideration of that topic. The Committee, on the other hand, had continued to consider the subject. [Mr. Valencia Ospina] asked what the future prospects were for its work in that area" (ILC, *Provisional summary record of the 3379th meeting*, 1, UN doc A/CN.4/SR.3379, 6 August 2017, p. 12).

[38] ILC, *Provisional summary record of the 3379th meeting*, 1, UN doc. A/CN.4/SR.3379, 6 August 2017, p. 13.

again, the tension re-emerges between codifying in general terms rules of international law, while at the same time taking into account a regional dimension. In this case, the tension may be described as one between confirming the work of the ILC or departing from it.

5. Concluding remarks

Since 2015, the members of the IAJC have started a process of reflection as regards the topics to be included in the long-term program of work[39]. The ensuing debate revealed how members of the Committee perceive its work. What emerges is that the Committee doesn`t seem particularly interested in the regional dimension of the law; it does not even seem to be aware of the possible impact of its work on the regionalization of international law. Nonetheless, the regional dimension repeatedly emerges. One cannot avoid the impression that there is something missing in the analysis of the Committee. This missing element can be described as a sort of self-awareness of the influence of the regional dimension of its work.

The problem of the impact of regional organs for codification on the unity of the international law has not been fully explored. The problem does not concern only the IAJC, but also the Juridical Committee of the African Union [40], with which the IAJC maintains relations. This absence of interest on the theme probably reflects that difficulties have not arisen. If regionalism strengthens as a phenomenon, perhaps such bodies might develop a stronger role in the processes of codification – regional and universal. As a matter of fact, the work of the Committee might even reinforce the universalist project of codification. When there is compatibility between the results obtained by these different bodies in the codification of the law, no problem ensues. Nonetheless, nothing excludes that they might arise in the future. A tentative and theoretical solution for

[39] *Annual Report of the Inter-American Juridical Committee to the General Assembly 2015*, CJI/doc.495/15, Brazil 8 September 2015, pp. 151-158: "During the 86th regular session of the Inter-American Juridical Committee (Rio de Janeiro, March 2015), the Members of the Juridical Committee decided to begin a process of reflection with a view to improving its performance for the Organization and the States. It asked Dr. Correa Palacio to compile a list of topics suggested by members to serve as a basis for the drafting of the multiyear agenda, taking into consideration the needs of the Organization and the States as a whole".

[40] See, in this regard, TCHIKAYA, *Les orientations doctrinales de la Commission de l'Union Africaine sur le Droit International*, in *Revue québécoise de droit international*, 2017, p. 113 ff.

such possibility is to strengthen the cooperation between the organs responsible for codification and improve the coordination between the works of codification. Perhaps the "resolute universalism" might one day be transfigured to a more flexible and coordinated relationship with regionalism.

IL PROGETTO DI ARTICOLI SULLA RESPONSABILITÀ DEGLI STATI E LE CONVENZIONI DI DIRITTO INTERNAZIONALE UMANITARIO

Marco LONGOBARDO*

SOMMARIO: 1. Introduzione e piano dell'indagine. – 2. Le norme secondarie contenute nelle convenzioni di diritto internazionale umanitario. – 3. I rapporti fra le regole codificate dalla Commissione del diritto internazionale e quelle contenute nelle convenzioni di diritto internazionale umanitario: le norme sull'attribuzione. – 4. *Segue:* le norme sulle conseguenze dell'illecito. – 5. *Segue*: le circostanze di esclusione dell'illiceità. – 6. Conclusioni: rapporti fra gli strumenti di codificazione alla luce dei diversi approcci al diritto internazionale umanitario da parte della Commissione del diritto internazionale.

1. Introduzione e piano dell'indagine

Da almeno un ventennio, lo studio delle conseguenze delle violazioni del diritto internazionale umanitario[1] si è concentrato principalmente sulla responsabilità individuale per crimini di guerra, lasciando in secondo piano l'analisi della responsabilità degli Stati[2]. Tale tendenza, in netto contrasto con l'attenzione riservata in passato alla materia della respon-

* PostDoc Research Fellow of Public International Law, University of Westminster.

[1] Per ragioni di praticità, nel presente studio le espressioni "diritto internazionale umanitario", "diritto bellico", "*ius in bello*" e "diritto dei conflitti armati" sono usate come sinonimi.

[2] Fra le poche eccezioni, significativamente frutto della riflessione di autori di tradizione continentale, vedi D'ARGENT, *Les réparations de guerre en droit international public*, Bruxelles, 2002; ID., *Responsabilité internationale*, in STEENBERGHE (sous la direction de), *Droit international humanitaire: un régime spécial de droit international?*, Bruxelles, 2013, p. 103 ss.; SASSÒLI, *State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law*, in *International Review of the Red Cross*, 2002, p. 401 ss.; GATTINI, *Le riparazioni di guerra nel diritto internazionale*, Padova, 2003; FLECK, *Individual and State Responsibility for Violations of the* Ius in Bello*: An Imperfect Balance*, in HEINTSCHEL VON HEINEGG, EPPING (eds), *International Humanitarian Law Facing New Challenges*, The Hague, 2007, p. 171 ss.

sabilità degli Stati per violazioni del diritto internazionale umanitario[3], è chiaramente determinata dall'operato del Tribunale penale internazionale per l'*ex*-Jugoslavia, del Tribunale penale internazionale per il Ruanda, della Corte penale internazionale e di altri tribunali penali internazionali o ibridi, che hanno dato un forte impulso allo sviluppo e allo studio della responsabilità individuale per crimini di guerra[4]. Questo orientamento della dottrina rischia tuttavia di relegare in secondo piano l'analisi delle violazioni del diritto internazionale umanitario che non costituiscono crimini di guerra[5]: come è noto, soltanto alcune violazioni dello *ius in bello* sono idonee a far sorgere responsabilità individuale, come nel caso delle gravi violazioni delle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949[6], delle gravi violazioni del I Protocollo addizionale[7] e delle norme incriminatrici contenute negli statuti dei tribunali penali internazionali[8]; vi è inoltre il rischio di non valorizzare a sufficienza la possibilità di fare valere le violazioni del diritto internazionale umanitario che avvengono in situazioni al di fuori della giurisdizione di ogni tribunale penale internazionale, come quelle probabilmente commesse dai miliziani del c.d. Sta-

[3] Vedi, *ex multis*, FREEMAN, *Responsibility of States for Unlawful Acts of their Armed Forces*, in *Collected Courses*, 1955, vol. 88, p. 263 ss.; SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, vol. II, London, 1968, pp. 443-461; BIERZANEK, *The Responsibility of States in Armed Conflicts*, in *Polish Yearbook of International Law*, 1981-1982, p. 93 ss.; CONDORELLI, *L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances*, in *Collected Courses*, 1984, vol. 189, p. 9 ss., pp. 145-149; KALSHOVEN, *State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces*, in *International and Comparative Law Quaterly*, 1991, p. 827 ss.

[4] Sull'impatto della giustizia penale internazionale sul diritto internazionale umanitario, vedi SASSÒLI, *Humanitarian Law and International Criminal Law*, in CASSESE (A.) (ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, 2009, p. 111 ss.

[5] Come osservava Sassòli, "I[nternational] C[riminal] L[aw] may also give the impression to the public and even to specialists that all behaviour in armed conflict is either a war crime or lawful" (SASSÒLI, *Humanitarian Law*, cit., p. 118).

[6] Vedi gli articoli 49 e 50 della I Convenzione per il miglioramento delle condizioni dei feriti e dei malati delle forze armate in campagna, Ginevra, 12 agosto 1949, 75 *UNTS* 31; gli articoli 50 e 51 della II Convenzione per il miglioramento delle condizioni dei feriti, dei malati e dei naufraghi delle forze armate sul mare, Ginevra, 12 agosto 1949, 75 *UNTS* 85; gli articoli 129 e 130 della III Convenzione sul trattamento dei prigionieri di guerra, Ginevra, 12 agosto 1949, 75 *UNTS* 135; e gli articoli 146 e 147 della IV Convenzione sulla protezione delle persone civili in tempo di guerra, Ginevra, 12 agosto 1949, 75 *UNTS* 287.

[7] Vedi gli articoli 11, par. 4, e 85 del I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali, Ginevra, 8 giugno 1977, 1125 *UNTS* 3.

[8] Vedi, ad esempio, l'art. 8 dello Statuto della CPI (2187 *UNTS* 3), che però ben si guarda dal considerare *tutte* le violazioni del diritto internazionale umanitario fonte di responsabilità individuale per crimini di guerra.

to islamico in Iraq e Siria (ISIS) a partire dal 2014[9]. Proprio per evitare che la dimensione individuale della responsabilità per le violazioni del diritto internazionale umanitario travolga la dimensione statale, ancora oggi fondamentale[10], i principali strumenti relativi alla giustizia penale internazionale si premurano di specificare che la criminalizzazione individuale di determinate condotte non pregiudica l'accertamento della responsabilità statale[11].

Il presente studio mira ad analizzare le norme secondarie sulla responsabilità degli Stati contenute nelle convenzioni di diritto internazionale umanitario, ponendole in relazione con le regole adottate dalla Commissione del diritto internazionale (CDI) nel Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati del 2001 (di seguito: Progetto di articoli)[12]. A tal fine, per ragioni di spazio, sono qui prese in esame soltanto alcune codificazioni di diritto internazionale trasposte in strumenti giuridici vincolanti, e cioè, principalmente, la IV Convenzione dell'Aja del 1907 con annesso Regolamento[13], le quattro Convenzioni di Ginevra per la protezione delle vittime di guerra del 1949 e i due Protocolli addizionali alle Convenzioni di Ginevra del 1977. Restano escluse dall'indagine codificazioni non vincolanti del diritto internazionale umanitario, quali il *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*, pubblicato sotto gli auspici dell'Istituto internazionale di diritto umanitario di Sanremo, e lo studio *Customary International Humanitarian Law* del Comitato internazionale della Croce Rossa, che costituiscono utili e autorevoli strumenti di ricognizione del diritto internazionale consuetudinario in materia[14]. Le norme contenute nelle convenzioni di

[9] Il procuratore della CPI ha affermato che, al momento, non vi sono le basi per aprire un'indagine, giacché i crimini che si reputano essere stati commessi non ricadono nella competenza personale e territoriale della Corte, atteso che Siria e Iraq non sono Stati parti dello Statuto, né la maggioranza dei combattenti dell'ISIS sono cittadini di Stati parti (cfr. *Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the alleged crimes committed by ISIS*, 8 aprile 2015, disponibile online, https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otp-stat-08-04-2015-1, con riferimento alle norme sulla giurisdizione di cui agli articoli 12 e 13 dello Statuto della CPI).

[10] CROWE, WESTON-SCHEUBER, *Principles of International Humanitarian Law*, Cheltenham, 2013, p. 143.

[11] Vedi, ad esempio, l'art. 25, par. 4, dello Statuto della CPI.

[12] Il Progetto di articoli può leggersi in *YILC*, 2001, vol. II, part 2, p. 26 ss. Il Progetto è stato adottato sotto la guida di James Crawford che è succeduto nella qualità di relatore speciale a Roberto Ago, Willem Riphagen e Gaetano Arangio-Ruiz.

[13] La Convenzione (IV) riguardante le leggi e gli usi della guerra terrestre e il Regolamento annesso (L'Aja, 18 ottobre 1907), sono reperibili in PARRY (ed), *The Consolidated Treaty Series*, 1907, p. 77 ss.

[14] Rispettivamente, DOSWALD-BECK (ed.), *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*, Cambridge, 1995, e HENCKAERTS, DOSWALD-BECK

diritto internazionale umanitario sono qui esaminate alla luce del Progetto di articoli della CDI adottato nel 2001; tale documento, pur privo di carattere vincolante, è dotato di notevole autorevolezza[15] in quanto la Corte internazionale di giustizia (CIG) ha più volte affermato la corrispondenza al diritto internazionale consuetudinario di alcune delle sue norme[16].

La presente indagine si articola in cinque paragrafi: il primo esamina le norme secondarie codificate dalle convenzioni di diritto internazionale umanitario ben prima dell'adozione del Progetto di articoli della CDI; il secondo, il terzo e il quarto si concentrano sui rapporti che intercorrono fra le norme secondarie di diritto internazionale umanitario e quelle codificate dal Progetto di articoli della CDI, con particolare riguardo all'attenzione dedicata da quest'ultima nei confronti del diritto internazionale umanitario e delle sue peculiarità; l'ultimo paragrafo esamina le soluzioni applicabili a eventuali conflitti fra le norme contenute nelle convenzioni di diritto internazionale umanitario e quelle codificate dalla CDI.

2. Le norme secondarie contenute nelle convenzioni di diritto internazionale umanitario

Come è noto, l'espressione "norme secondarie" in diritto internazionale è utilizzata in riferimento a quelle regole giuridiche che attengono alle conseguenze della violazione di obblighi internazionali in capo agli Stati, obblighi contenuti in "norme primarie"[17]. Nonostante le conven-

(eds), *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, 2005. Sul valore di questi strumenti di codificazione, vedi TREVES, *Customary International Law*, par. 62, in *MPEPIL*, aggiornato al 2006, http://opil.ouplaw.com; SIVAKUMARAN, *Who Makes International Law? The Case of the Law of Armed Conflict*, 11 dicembre 2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3084238.

[15] Sull'autorevolezza del Progetto di articoli, vedi CARON, *The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship between Form and Authority*, in *AJIL*, 2002, p. 857 ss., p. 867 s.

[16] Vedi, ad esempio, sentenza 19 dicembre 2005, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo* v. *Uganda)*, in *I.C.J. Reports 2005*, p. 168 ss., parr. 160 e 293; sentenza 26 febbraio 2007, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina* v. *Serbia and Montenegro),*in *I.C.J. Reports 2007*, p. 43 ss., parr. 173, 385, 398-399, 401, 407, 420. Il tema è stato inoltre oggetto dell'opinione individuale del giudice Shahabuddeen.

[17] *YILC*, 1980, vol. II, part 2, p. 27, par. 23. Vedi inoltre GAJA, *Primary and Secondary Rules in the International Law on State Responsibility*, in *Riv. dir. int.*, 2014, p. 981 ss.

zioni di diritto internazionale umanitario contengano principalmente un catalogo di norme primarie volte alla regolamentazione della condotta delle ostilità e alla protezione dei civili e delle persone *hors de combat* durante conflitti armati, a ben vedere è possibile individuare in questi trattati alcune norme secondarie. Tali norme disciplinano diversi aspetti della responsabilità internazionale per violazione di norme del diritto internazionale umanitario, quali l'attribuzione dell'illecito, la possibilità di invocare circostanze di esclusione dell'illiceità e le conseguenze ordinarie e aggravate delle violazioni.

Le convenzioni di diritto internazionale umanitario contengono alcune norme sull'attribuzione della condotta illecita allo Stato (c.d. elemento soggettivo dell'illecito)[18]. La seconda parte dell'art. 3 della IV Convenzione dell'Aja del 1907 dispone che "[l]a Partie belligérante […] sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de sa force armée"[19]. Questa disposizione innova la II Convenzione dell'Aja del 1899, che era invece priva di riferimenti alle norme sulla responsabilità degli Stati[20], ed è ribadita oggi dalla seconda parte dell'art. 91 del I Protocollo addizionale del 1977, secondo cui: "A Party to the conflict which violates the provisions of the Conventions or of this Protocol […] shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces". Rimandando a un momento successivo ogni discussione sulla portata di queste disposizioni[21], è opportuno sottolineare come queste siano norme sull'attribuzione di una condotta allo Stato, in quanto prevedono che gli atti degli individui componenti le forze armate di una parte belligerante si ripercuotano sulla sfera giuridica dello Stato di appartenenza[22]. Tali disposizioni sono pertanto rilevanti per la ricostruzione dell'elemento soggettivo dell'illecito e prescindono dalla natura delle norme primarie contenute nelle convenzioni di diritto inter-

[18] Le espressioni "elemento *soggettivo*" ed "elemento *oggettivo*" dell'illecito, utilizzate dalla Commissione nel commento al Progetto di articoli adottato in prima lettura (cfr. *YILC*, 1973, vol. II, p. 179, par. 1), non sono state riprodotte dal testo dell'art. 2 del Progetto di articoli licenziato nel 2001, che però le richiama nel commentario (*YILC*, 2001, vol. II, part 2, p. 34). In argomento, vedi già AGO, *Le délit international*, in *Collected Courses*, 1939, vol. 68, p. 415 ss., pp. 422-498.

[19] Questa e le successive citazioni della IV Convenzione dell'Aja e del Regolamento annesso sono riportate in francese in quanto unica versione linguistica autentica. Gli altri strumenti sono citati nella versione autentica inglese poiché essa è maggiormente utilizzata dalla dottrina.

[20] La Convenzione (II) riguardante le leggi e gli usi della guerra terrestre e il suo annesso (L'Aja, 29 luglio 1899) sono riprodotti in MARTENS, *Nouveau Recueil des traités*, 2a serie, vol. 26, p. 949 ss.

[21] Vedi *infra*, par. 3.

[22] CONDORELLI, *L'imputation*, cit., p. 145 s.

nazionale umanitario, le cui violazioni costituiscono l'elemento oggettivo dell'illecito. Ne consegue che, al contrario di quanto proposto da risalente dottrina, non è possibile considerare l'art. 3 della IV Convenzione dell'Aja – e, similmente, l'art. 91 del I Protocollo addizionale del 1977 – quale norma che introduce uno *standard* di colpevolezza particolarmente elevato (ad esempio, *strict liability*)[23] o che trasforma tutti gli obblighi di diritto internazionale umanitario in obblighi di risultato[24]; al contrario, soltanto dopo avere riscontrato la violazione di una norma di diritto internazionale umanitario, alla luce dello *standard* di colpevolezza[25] o dell'oggettivo *standard* di diligenza[26] richiesto dalle specifiche norme

[23] Vedi sentenza arbitrale 9 ottobre 1930, *Kling Claim*, *Stati Uniti* c. *Messico*, in *UNRIAA*, vol. IV, 1930, p. 575 ss., p. 579. In dottrina, vedi HYDE, *International Law*, 2nd ed., vol. II, London, 1945, p. 966; BROWNLIE, *State Responsibility: Part I*, Oxford, 1983, p. 140; VÖNEKY, *Implementation and Enforcement of International Humanitarian Law*, in FLECK (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*,' 3rd ed., Oxford, 2013, p. 647 ss., p. 683.

[24] Sembrerebbe questa l'opinione di chi fa riferimento a uno *standard* di responsabilità assoluto (vedi la giurisprudenza esaminata da SCHWARZENBERGER, *op. cit.*, pp. 448-450). Come è noto, la distinzione fra obblighi di condotta e obblighi di risultato elaborata da Ago e ripresa dalla Commissione nel Progetto di articoli adottato in prima lettura (vedi gli articoli 20 e 21 e il commentario di accompagnamento in *YILC*, 1977, vol. II, part 2, p. 11 ss.) non ha trovato accoglimento nel Progetto di articoli adottato in via definitiva nel 2001. Ciononostante, tale distinzione, interpretata alla luce delle corrispondenti nozioni presenti negli ordinamenti di *civil law*, è oggi comunemente usata da tribunali internazionali (vedi CIG, sentenza 26 febbraio 2007, cit., par. 430; TIDM, parere 1° febbraio 2011, riguardante *le responsbilità e gli obblighi degli Stati che sponsorizzano persone e enti nel quadro di attività intraprese nell'Area*, *ITLOS Reports*, 2011, par. 110). In argomento, vedi, ad esempio, COMBACAU, *Obligations de résultat et obligations de comportement: quelques questions et pas de réponse*, in *Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, 1981, p. 181 ss.; MARCHESI, *Obblighi di condotta e obblighi di risultato*, Milano, 2003; DUPUY (P.-M.), *Reviewing the Difficulties of Codification: On Ago's Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relation to State Responsibility*, in *European Journal of International Law*, 1999, p. 371 ss.

[25] Come è noto, la CDI ha ritenuto di non dovere trattare degli elementi della colpa o del dolo in quanto attinenti alle specifiche norme primarie di volta in volta violate (*YILC*, 2001, vol. II, part 2, pp. 34 e 36). In argomento e per ulteriori riferimenti, vedi PISILLO MAZZESCHI, Due diligence *e responsabilità internazionale degli Stati*, Milano, 1989, pp. 23-127; PALMISANO, *Fault*, in *MPEPIL*, aggiornato al 2007, http://opil.ouplaw.com.

[26] Il riferimento è alla nozione di *due diligence* quale parametro del rispetto degli obblighi di condotta (vedi PISILLO MAZZESCHI, *op. cit.*; LOZANO CONTRERAS, *La noción de debida diligencia en derecho internacional público*, Alicante, 2007; KULESZA, *Due Diligence in International Law*, Leiden, 2016). Sul ruolo della nozione di *due diligence* nel diritto internazionale umanitario, vedi VENTURINI, *Les obligations de diligence dans le droit international humanitaire*, in *Le standard de* due diligence *et la responsabilité internationale* (Société française pour le droit international, Journée d'études franco-italienne du Mans), Paris, 2018, p. 135 ss., e, più diffusamente, LONGOBARDO, *Due Dili-*

primarie in gioco, sarà possibile ricondurre quella violazione (elemento oggettivo dell'illecito) a uno Stato attraverso le norme sull'attribuzione (elemento soggettivo dell'illecito).

L'art. 3 della IV Convenzione dell'Aja contiene anche una norma sulle conseguenze delle violazioni del diritto internazionale umanitario. Secondo la prima parte di questa disposizione, "[l]a Partie belligérante qui violerait les dispositions dudit Règlement sera tenue à indemnité, s'il y a lieu". Tale norma, che in origine costituiva una novità nella codificazione del diritto bellico[27], è oggi ribadita dall'art. 91 del I Protocollo addizionale del 1977[28], ed è considerata corrispondente al diritto internazionale consuetudinario[29]. In dottrina e giurisprudenza si è discussa la possibilità di fondare una pretesa individuale al risarcimento del danno sulla base di queste disposizioni: in particolare, questa possibilità è stata esclusa da copiosa giurisprudenza nazionale secondo cui tali norme riguardano i rapporti fra Stati e non anche tra individui e Stati[30], dalla maggioranza della dottrina sulla base dei lavori preparatori della Convenzione e del mancato riconoscimento della soggettività internazionale dell'individuo nel 1907[31], così come da alcuni manuali militari[32]. Altra

gence and International Humanitarian Law, in PETERS, KRIEGER (eds), *Due Diligence in International Law*, Oxford (in corso di pubblicazione).

[27] Sull'assenza di norme sulla responsabilità degli Stati nelle codificazioni anteriori di diritto internazionale umanitario, vedi SANDOZ, *Unlawful Damages in Armed Conflicts and Redress under International Humanitarian Law*, in *International Review of the Red Cross*, 1982, p. 131 ss., pp. 133-135.

[28] Vedi, inoltre, l'art. 38 del Secondo Protocollo alla Convenzione del 1954 per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato, L'Aja, 26 marzo 1999, 253 *UNTS* 172.

[29] CIG, sentenza 19 dicembre 2005, cit., par. 214.

[30] Vedi, *ex plurimis*, United States, District Court, District of Columbia, *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic*, 3 febbraio 1984, in *International Law Reports*, vol. 77, p. 192 ss., p. 239; Cass. (sez. un. civ.), ordinanza 5 giugno 2002 n. 8157, *Consiglio dei ministri* c. *Marcovic e altri*, in *Riv. dir. int.*, 2002, p. 799 ss.; Repubblica federale di Germania, Corte costituzionale federale, sentenza 15 febbraio 2006, nell'affare *Cittadini greci* c. *Repubblica federale di Germania*, testo in traduzione inglese in *International Law Reports*, vol. 135, p. 186 ss., p. 187; Tokyo District Court, *X v. Japan*, 25 febbraio 2015, *Japanese Yearbook of International Law*, 2016, p. 468. Ulteriori riferimenti in D'ARGENT, *Responsabilité*, cit., p. 132, note 391 e 392.

[31] FREEMAN, *op. cit.*, p. 333; PICTET, *Commentary to the Fourth Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, Geneva, 1958, p. 211; GATTINI, *Le riparazioni*, cit., pp. 37-38; RONZITTI, *Access to Justice and Compensation for Violations of the Law of War*, in FRANCIONI (ed.), *Access to Justice as a Human Right*, Oxford, 2007, p. 95 ss., p. 109; SASSÒLI, BOUVIER, QUINTIN, *How Does Law Protect in War?*, 3rd ed., vol. I, Geneva, 2011, pp. 391-393; FOCARELLI, *La persona umana nel diritto internazionale*, Bologna, 2013, p. 298.

dottrina giunge invece alla conclusione opposta in forza della necessità di interpretare la IV Convenzione dell'Aja alla luce dell' evoluzione del diritto internazionale umanitario[33], caratterizzata, come è noto, dalla sua progressiva umanizzazione[34], e del ruolo sempre maggiore assunto dal diritto individuale all'accesso alla giustizia nel diritto internazionale[35]. Ad ogni modo, non sembra possibile mettere in dubbio la natura di norma secondaria delle regole qui esaminate.

Può dirsi risolto, invece, il contrasto dottrinario fra chi sosteneva che l'art. 3 della IV Convenzione dell'Aja potesse essere applicato solo alle violazioni della Convenzione stessa e del Regolamento annesso[36], e i fautori di una sua applicazione a ogni strumento di diritto bellico[37]. La questione è stata infatti chiarita dall'art. 91 del I Protocollo addizionale del 1977, il quale prevede la responsabilità per violazioni delle "provisions of the Conventions or of this Protocol", estendendo l'obbligo di riparazione almeno alle violazioni delle quattro Convenzioni di Ginevra e del I Protocollo addizionale.

Il I Protocollo addizionale sembra inoltre contenere anche una norma sulle conseguenze di violazioni del diritto internazionale umanitario particolarmente gravi, qualificate espressamente come "serie". L'art. 89 del I Protocollo addizionale, infatti, dispone che "[i]n situations of serious violations of the Conventions or of this Protocol, the High Contracting Parties undertake to act, jointly or individually, in co-operation with the United Nations and in conformity with the United Nations Charter". Nonostante si sia sostenuto che tale norma evochi semplicemente i poteri e le responsabilità del Consiglio di sicurezza ai sensi dei capitoli VI e

[32] Vedi German Federal Ministry of Defence, *Law of Armed Conflict – Manual*, Berlin, 2013, par. 1529; US Department of Defence, *Law of War Manual*, 2015 (aggiornato al dicembre 2016), Washington, D.C., par. 18.16.4.

[33] Questa, ad esempio, la posizione espressa da KALSHOVEN, *State Responsibility*, cit.; FRULLI, *When Are States Liable Towards Individuals for Serious Violations of Humanitarian Law? The* Marković *Case*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2003, p. 406 ss., p. 426; GAETA, *Are Victims of Serious Violations of International Humanitarian Law Entitled to Compensation?*, in BEN-NAFTALI (ed.), *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, Oxford, 2012, p. 305 ss.; D'ARGENT, *Responsabilité*, cit., pp. 133-140.

[34] Vedi, per tutti, MIGLIAZZA, *L'évolution de la réglementation de la guerre à la lumière de la sauvegarde des droits de l'Homme*, in *Collected Courses*, 1972, vol. 137, p. 141 ss.; MERON, *The Humanization of Humanitarian Law*, in *AJIL*, 2000, p. 239 ss.

[35] Vedi, per tutti, i saggi raccolti in *Access to Justice*, cit.

[36] SCHWARZENBERGER, *op. cit.*, p. 449.

[37] OPPENHEIM, *International Law: A Treatise*, 7th ed. (ed. by Lauterpacht), vol. II, London, 1952, p. 593 s.

VII della Carta delle Nazioni Unite[38], sembra doversi concordare con l'opinione secondo cui essa costituisce la codificazione di una norma secondaria speciale relativa a violazioni particolarmente gravi che giustificherebbero un regime di responsabilità aggravata[39].

Infine, le convenzioni di diritto internazionale umanitario contengono alcune norme che vietano certe rappresaglie contro persone protette, come ad esempio gli articoli 46 della I Convenzione di Ginevra, 47 della II Convenzione di Ginevra, 13, par. 3, della III Convenzione di Ginevra, 33, par. 3, della IV Convenzione di Ginevra, 20, 51, par. 6, 52, par. 1, 53, lett. *c*), 54, par. 4, 55, par. 2, e 56, par. 4, del I Protocollo addizionale[40]. Se si identificano le rappresaglie come contromisure adottate in tempo di conflitto armato, seguendo l'opinione della CDI[41] e di gran parte della dottrina[42], e atteso che la CDI ritiene le contromisure circostanze di esclusione dell'illiceità, si deve concludere che le convenzioni di diritto internazionale umanitario contengono norme anche in materia di circostanze di esclusione dell'illiceità[43].

Questa breve rassegna delle principali convenzioni di diritto internazionale umanitario permette di concludere che tali strumenti hanno

[38] CASSESE (A.), *A Tentative Appraisal of the Old and New Humanitarian Law of Armed Conflict*, in *The New Humanitarian Law*, cit., p. 461 ss., p. 488.

[39] Così SASSÒLI, *State Responsibility*, cit., p. 428 s; BENVENUTI, *International Humanitarian Law and the Means for Improving Its Effectiveness: A Comprehensive Appraisal*, in PAPANICOLOPULU, SCOVAZZI, *Quale diritto nei conflitti armati?*, Milano, 2006, p. 3 ss., p. 38.

[40] Discorso diverso è quello dell'esistenza di un divieto assoluto di rappresaglie nel diritto internazionale umanitario al di là di quelli espressamenti codificati dalle norme pattizie. Per quanto questa soluzione sia sostenuta da certa giurisprudenza (Tribunale penale internazionale per la *ex*-Jugoslavia, sentenza 14 gennaio 2000, *Prosecutor v. Zoran Kupreškić*, caso IT-95-16-T, par. 531; decisione 8 marzo 1996, *Prosecutor v. Milan Martić*, caso IT-95-11-R61, par. 10) e sia in linea con l'oggetto e lo scopo del diritto internazionale umanitario, la ricorrente obiezione di taluni Stati ha portato la giurisprudenza più recente ad attestarsi su posizioni più caute (vedi Tribunale penale internazionale per la *ex*-Jugoslavia, sentenza 12 giugno 2007, *Prosecutor v. Milan Martić*, caso IT-95-11-T, parr. 464-468) (le sentenze del Tribunale sono reperibili nel sito http://www.icty.org).

[41] Vedi *YILC*, 2001, vol. II, part 2, pp. 75 s., 128 e 132.

[42] Vedi, *ex multis*, VENTURINI, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, Milano, 1988, p. 155 s.; KAMENOV, *The Origin of State and Entity Responsibility for Violations of International Humanitarian Law in Armed Conflicts*, in KALSHOVEN, SANDOZ (eds), *Implementation of International Humanitarian Law*, Leiden, 1989, p. 169 ss., p. 210; GREENWOOD, *The Twilight of the Law of Belligerent Reprisals*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 1989, p. 35 ss., p. 37; KOLB, *The International Law of State Responsibility: An Introduction*, Cheltenham, 2017, p. 174 s.

[43] Come si argomenterà *infra*, par. 5, le disposizioni sulla necessità militare contenute nelle convenzioni di diritto internazionale umanitario riguardano certe norme primarie; non possono quindi considerarsi norme secondarie.

codificato norme sulla responsabilità degli Stati ben prima che i lavori della CDI giungessero a compimento, spaziando dalle norme sull'attribuzione a quelle sulle conseguenze dell'illecito e su alcune circostanze di esclusione dell'illiceità di un atto.

3. I rapporti fra le regole codificate dalla Commissione del diritto internazionale e quelle contenute nelle convenzioni di diritto internazionale umanitario: le norme sull'attribuzione

Questo paragrafo e quelli immediatamente successivi indagano il rapporto intercorrente fra alcune norme sulla responsabilità degli Stati codificate dalle convenzioni di diritto internazionale umanitario e le corrispondenti norme codificate dalla CDI.

Per quanto riguarda le norme sull'attribuzione, il commentario del Progetto di articoli elaborato dalla CDI non menziona l'art. 3 della IV Convenzione dell'Aja. Richiama tuttavia la norma corrispondente di cui all'art. 91 del I Protocollo addizionale, affermando che tale regola ricalca quella codificata dall'art. 7 del Progetto di articoli[44], secondo cui "The conduct of an organ of a State or of a person or entity empowered to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law *if the organ, person or entity acts in that capacity*, even if it exceeds its authority or contravenes instructions"[45]; tale disposizione si rifà alla "norma sicurissima di diritto internazionale" secondo cui solo atti compiuti dagli organi nella qualità ufficiale possono essere imputati agli Stati[46]. A detta della CDI, quindi, l'art. 91 del I Protocollo addizionale importerebbe la responsabilità dello Stato belligerante per gli atti commessi dai membri delle proprie forze armate anche quando questi fossero posti in essere *ultra vires* o in violazione di istruzioni. Tale condivisibile ricostruzione trova conferma nei principali commenti all'art. 91 del I Protocollo addizionale[47]. Sorprende però che la CDI non si interroghi circa la rilevanza dell'art. 3 della IV Convenzione dell'Aja e dell'art. 91 del I Protocollo addizionale in riferimento a condotte poste in essere da organi degli Stati al di fuori dell'esercizio delle loro funzione, cioè per condotte compiute in assenza di *official ca-*

[44] *YILC*, 2001, vol. II, part 2, p. 46.
[45] Ivi, p. 45. Corsivi aggiunti.
[46] ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, Roma, 1912, p. 250.
[47] Vedi SANDOZ, SWINARSKI, ZIMMERMANN (eds), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Leiden, 1987, p. 1053 ss.

pacity dell'organo. In relazione a simili condotte, la CDI, senza menzionare il diritto internazionale umanitario, ritiene che esse non siano attribuibili allo Stato, sulla base di una dettagliata prassi arbitrale che ha distinto le due ipotesi in esame[48]. Al contrario, a detta di molti autori, l'art. 3 della IV Convenzione dell'Aja e l'art. 91 del I Protocollo addizionale avrebbero una portata ben più ampia, attribuendo allo Stato tutte le condotte poste in essere dalle proprie forze armate, comprese quelle adottate al di fuori della capacità ufficiale dell'organo[49]. Questa lettura è basata su una precisa indicazione testuale, cioè il riferimento a "tous actes", e sull'oggetto e lo scopo delle convenzioni di diritto internazionale umanitario le quali, disciplinando un'attività ontologicamente rischiosa, richiederebbero l'applicazione di una più stringente regola di attribuzione[50]. Benché i principali manuali militari non facciano chiarezza su questo punto[51], l'interpretazione più ampia delle norme sull'attribuzione contenute nelle convenzioni di diritto internazionale umanitario è sorretta da adeguata prassi giurisprudenziale[52], sicché è possibile affermare che gli

[48] Vedi il commentario al Progetto di articoli, in *YILC*, 2001, vol. II, part 2, p. 46 s. e i riferimenti ivi citati. Vedi, inoltre, TREVES, *Diritto internazionale: problemi fondamentali*, Milano, 2005, p. 489 s.

[49] Vedi FREEMAN, *op. cit.*, p. 335; CONDORELLI, *L'imputation*, cit., pp. 146-149; KALSHOVEN, *State*, cit., pp. 837 s. e 853; D'ARGENT, *Les réparations*, cit., pp. 508-515; SASSÒLI, *State Responsibility*, cit., p. 405 s.; D'ARGENT, *Responsabilité*, cit., p. 117 s.; SOMMARIO, *State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law in the Work of the Eritrea-Ethiopia Claims Commission*, in DE GUTTRY, POST, VENTURINI (eds), *The 1998-2000 War between Eritrea and Ethiopia*, The Hague, 2009, p. 393 ss., p. 396. Similmente argomenta STRISOWER nel suo rapporto *Responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers*, in *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1927, vol. I, p. 455 ss., p. 462 s. (dove la norma in esame è definita una "disposition spéciale").

[50] Così si ragiona nella sentenza arbitrale 1° maggio 1925 relativa all'*affare dei beni britannici nel Marocco spagnolo* (*Spagna* c. *Regno Unito*), in *UNRIAA*, vol. II, p. 615 ss., p. 645, dove però si considera l'art. 3 della IV Convenzione dell'Aja come fonte di un obbligo di prevenzione (da valutarsi alla luce della nozione di *due diligence*) piuttosto che come regola di attribuzione della condotta.

[51] La tesi della portata più ampia della regola di diritto internazionale umanitario potrebbe ricavarsi da quei manuali che si limitano a ribadire la regola della IV Convenzione dell'Aja (vedi, ad esempio, Ministerio de Defensa de España, *El derecho de los conflictos armados*, 2nd ed., vol. I, Madrid, 2007, par. 7.6.a). Altri manuali, invece, omettono il riferimento a "tutti" gli atti dei militari, facendo sorgere interrogativi circa i motivi di tale omissione (così, ad esempio, United Kingdom, Ministry of Defence, *The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict*, Cambridge, 2004, par. 16.15). Infine, altri manuali escludono esplicitamente l'idea di una responsabilità per fatti di militari compiuti in assenza di *official capacity* (così France, Ministère de la Défense, *Manuel de droit des conflits armés*, Paris, 2013, p. 64).

[52] Ad esempio, nella decisione del 7 giugno 1929 relativa al caso delle *proprietà di Jean-Baptiste Caire*, *Francia* c. *Messico*, in *UNRIAA*, vol. V, p. 516 ss., p. 528, si argo-

atti delle forze armate di uno Stato in violazione del diritto internazionale umanitario sono attribuibili allo Stato, che l'organo abbia agito nell'ambito della sua *official capacity* o meno[53]. Pertanto, la completa identificazione della portata delle regole sull'attribuzione del Progetto di articoli con quelle proprie del diritto internazionale umanitario effettuata dalla CDI non sembra condivisibile[54], anche alla luce delle osservazioni di membri della Commissione stessa che avevano riconosciuto la più ampia portata delle norme di diritto bellico[55]. Alternativamente, si potrebbe argomentare che, a parere della Commissione, condotte compiute da appartenenti a forze armate di uno Stato impegnato in un conflitto armato internazionale siano da presumersi sempre poste in essere nella capacità ufficiale dell'organo, benché tale ipotesi non risulti dal commentario.

Rimane quindi da determinare quali individui rivestano la qualifica di "personnes faisant partie de sa force armée". Pare inevitabile ritenere che questa espressione faccia riferimento a individui che appartengono alle forze armate di uno Stato secondo il suo diritto interno, nonché a tutti i membri di forze armate organizzate, gruppi armati o unità operanti sotto un comando responsabile di una delle parti al conflitto[56]. Appare invece fuorviante il richiamo di certa dottrina all'art. 1 del Regolamento annesso alla IV Convenzione dell'Aja, con riferimento alle milizie e corpi volontari che, pur non formalmente inquadrati nelle forze armate, sono comandati da una persona responsabile, hanno un emblema fisso

menta che la norma di cui all'art. 3 della IV Convenzione dell'Aja è eccezionale e non può sostituire le regole generali in materia di responsabilità degli Stati al di fuori del contesto specifico dei conflitti armati internazionali. Il Tribunale penale internazionale per la *ex*-Jugoslavia menziona tale soluzione con favore, pur scegliendo di non applicare le norme in questione (Camera di appello, 15 luglio 1999, *Prosecutor v. Tadić*, caso IT-94-1-A, par. 98, nota 117).

[53] È interessante notare che il Comitato internazionale della Croce Rossa, nel suo studio sul diritto internazionale umanitario consuetudinario, non prende posizione su questo punto (vedi Rule 149 in *Customary International Humanitarian Law*, cit., pp. 530-534). Per Kolb l'art. 7 del Progetto di articoli corrisponderebbe all'art. 91 del I Protocollo addizionale, ma quest'ultima norma dovrebbe essere interpretata in maniera più restrittiva (ID., *The International Law*, cit., p. 27).

[54] Vedi SOMMARIO, *op. cit.*, p. 397.

[55] Vedi l'intervento di Ago nel corso del dibattito in Commissione nel 1975, in *YILC*, 1975, vol. I, p. 16, secondo cui l'art. 3 della IV Convenzione dell'Aja "made provision for a veritable guarantee covering all damage that might be caused by armed forces, *whether they had acted as organs or as private persons*" (corsivi aggiunti). Vedi anche le osservazioni di Reuter, ivi, p. 7.

[56] Si veda l'art. 43 del I Protocollo addizionale (cfr. KALSHOVEN, *State*, cit., p. 847 s.). Tale norma è ritenuta corrispondente al diritto internazionale consuetudinario (vedi Rule 4 in *Customary International Humanitarian Law*, cit., p. 14).

distintivo riconoscibile a distanza, portano le armi apertamente e rispettano il diritto bellico[57]: tale norma si riferisce ai criteri alla base della qualifica di legittimo combattente – rilevanti per l'acquisizione dello *status* di prigioniero di guerra – e non anche a quello di membro della forza armata; il ragionamento contrario porterebbe all'assurda conclusione che, ad esempio, converrebbe agli Stati impiegare individui sprovvisti di emblemi distintivi per sfuggire alla regola di attribuzione di cui all'art. 3 della IV Convenzione dell'Aja[58]. Più incerta è l'individuazione di una regola di attribuzione della condotta di gruppi armati che non ricadono in questa definizione di forze armate. Come è noto, il Tribunale penale internazionale per la *ex*-Jugoslavia ha ritenuto che l'esercizio di un "overall control" statale sui gruppi armati è sufficiente a radicare la responsabilità dello Stato[59], in contrapposizione con la posizione espressa e ribadita dalla CIG secondo cui è invece richiesto l'esercizio di un "effective control"[60]; tale ultima opinione, che sembrerebbe essere condivisa dalla CDI[61], lascerebbe comunque impregiudicato il ruolo dell'"overall control" ai fini della classificazione di un conflitto armato, da operarsi sulla base di una norma primaria consuetudinaria piuttosto che in virtù delle norme sull'attribuzione della responsabilità degli Stati[62]. Quale che sia l'opinione su questo argomento, che non può essere di certo esaustivamente affrontato in questa sede[63], preme sottolineare che non risultano

[57] La relazione fra detta norma e la regola codificata dall'art. 3 della IV Convenzione dell'Aja è rilevata, ad esempio, da KALSHOVEN, *State*, cit., p. 834 s.

[58] In argomento, vedi, per tutti, ROSCINI, *Cyber Operations and the Use of Force in International Law*, Oxford, 2014, pp. 195-199.

[59] Vedi *Prosecutor v Tadić*, cit., par. 145.

[60] CIG: sentenza 27 giugno 1986, *Militarv and Puramilitary Activities in und aguinst Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America)*, in *I.C.J. Reports 1986*, p. 14 ss., par. 115; sentenza 26 febbraio 2007, cit., par. 400.

[61] Vedi il commentario al Progetto di articoli, in *YILC*, 2001, vol. II, part 2, p. 48. *Contra*, vedi l'opinione del Comitato internazionale della Croce Rossa (FERRARO, CAMERON, *Article 2: Application of the Convention*, in *Updated Commentary on the First Geneva Convention*, Cambridge, 2016, p. 68 ss., pp. 98-100).

[62] Tale *test* è stato per esempio adottato dal Tribunale penale internazionale per l'*ex*-Jugoslavia (vedi, ad esempio, Appeals Chamber, 24 marzo 2000, *Prosecutor v. Aleksovski*, caso IT-95-14/1-A, parr. 131-134; 22 novembre 2017, *Prosecutor v. Mladić*, caso IT-09-92-T, par. 3014) e dalla CPI (vedi, ad esempio, Trial Chamber, 14 marzo 2012, *Prosecutor v. Lubanga*, caso ICC-01/04-01/06, par. 541; Trial Chamber, 7 marzo 2014, *Prosecutor v. Katanga*, caso ICC-01/04-01/07-3436, par. 1178; le sentenze della Corte sono reperibili nel sito https://icp.cpi.int). Anche la CIG si è dimostrata possibilista sul punto (vedi sentenza 26 febbraio 2007, cit., par. 404). Vedi, in dottrina, ROSCINI, *Cyber Operations*, cit., pp. 138-139.

[63] Si vedano, fra i molti, CASSESE (A.), *The* Nicaragua *and* Tadić *Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*, in *European Journal of International Law*, 2007, p. 649 ss.; PALCHETTI, *L'organo di fatto dello Stato nell'illecito internaziona-*

applicazioni giurisprudenziali dell'art. 3 della IV Convenzione dell'Aja e dell'art. 91 del I Protocollo addizionale alle condotte dei gruppi armati che non rientrano nella definizione di "armed force" contenuta nelle convenzioni di diritto internazionale umanitario[64].

Una breve notazione merita l'art. 9 del Progetto di articoli, rubricato "Conduct carried out in the absence or default of the official authorities", secondo cui "The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact exercising elements of the governmental authority in the absence or default of the official authorities and in circumstances such as to call for the exercise of those elements of authority"[65]. Ai nostri fini tale norma rileva in quanto la CDI afferma che essa sarebbe applicabile a due istituti tipici del diritto internazionale umanitario, la levata di massa e l'occupazione bellica[66], e potrebbe quindi essere un esempio di particolare attenzione della CDI verso le peculiarità del diritto internazionale umanitario. Per quanto riguarda la levata in massa, essa si verifica quando "[t]he inhabitants of a territory which has not been occupied […], on the approach of the enemy, spontaneously take up arms to resist the invading troops without having had time to organize themselves"[67]; in tale situazione, spesso definita di legittima difesa della popolazione civile contro l'invasore[68], il diritto internazionale umanitario riconosce in via premiale lo *status* di legittimo combattente a individui che, in circostanze diverse, non ne avrebbero diritto, sulla base di considerazioni meta-giuridiche legate alla difesa della patria[69]. La levata in massa, quindi, è una situazione eccezionale in cui vi è l'"absence or default of the official authorities" richiesti dall'art. 9 del Progetto di articoli. Al contrario, l'inserimento di una situazione di occupazione bellica nel novero dei ca-

le, Milano, 2007; ARANGIO-RUIZ, *State Responsibility Revisited: The Factual Nature of the Attribution of Conduct to the State* (Quaderni della Riv. dir. int., 6), Milano, 2017.

[64] Ad esempio, il Tribunale penale internazionale per la *ex*-Jugoslavia ha deciso di non prendere in esame tali regole, pur considerate in astratto rilevanti (*Prosecutor v. Tadić*, cit., par. 98, nota 117). A favore dell'esclusione della condotta di gruppi armati dal campo di applicazione delle norme in esame, vedi D'ARGENT, *Les réparations*, cit., pp. 115 e 518-529, *contra*, vedi KALSHOVEN, *State*, cit., pp. 853-855.

[65] In merito cfr. DE FROUVILLE, *Attribution of Conduct to the State: Private Individuals*, in CRAWFORD, PELLET, OLLESON (eds), *The Law of International Responsibility*, Oxford, 2010, p. 257 ss., pp. 271-273.

[66] Vedi il commentario al Progetto di articoli, in *YILC*, 2001, vol. II, part 2, p. 49.

[67] Art. 2 del Regolamento dell'Aja del 1907.

[68] Così GREENSPAN, *The Modern Law of Land Warfare*, Berkeley/Los Angeles, 1950, p. 62.

[69] Vedi SALERNO, *Il nemico "legittimo combattente" all'origine del diritto internazionale dei conflitti armati*, in *Quaderni fiorentini*, 2009, p. 1417 ss., p. 1465.

si in cui è applicabile l'art. 9 del Progetto di articoli suscita qualche perplessità: invero, giacché l'art. 9 sembra riferirsi all'assenza di *qualsiasi* "official authority" nel territorio occupato, piuttosto che all'assenza di "official authority" da parte del solo soggetto dotato di sovranità sul territorio occupato, tale norma è inapplicabile in caso di occupazione bellica in quanto detto istituto prevede, per definizione, l'esercizio di una "actual authority" della potenza occupante, che subentra nell'amministrazione del territorio occupato al legittimo sovrano[70]. Ne discende che la regola di attribuzione di cui all'art. 9 del Progetto di articoli non può mai essere applicata in territorio occupato nonostante il diverso esplicito parere della CDI[71]. La conclusione secondo cui l'art. 9 del Progetto di articoli non è mai applicabile in un territorio occupato è particolarmente importante in quanto tale norma è stata invocata da alcuni studiosi per colmare il vuoto normativo circa la responsabilità statale per atti commessi dalla resistenza civile contro la potenza occupante in territorio occupato[72]. Si può quindi concludere che il riferimento all'occupazione bellica da parte della CDI non tenga puntualmente conto delle regole di diritto internazionale umanitario sull'occupazione.

4. Segue*: le norme sulle conseguenze dell'illecito*

Per quanto riguarda le norme sulle conseguenze dell'illecito, le convenzioni di diritto internazionale umanitario codificano soltanto, come abbiamo visto, l'obbligo di fornire una "indemnité" ("compensation") allo Stato vittima di una violazione. Tale obbligo è ribadito anche dal Progetto di articoli[73] senza significative differenze e senza espliciti richiami al diritto internazionale umanitario. Non deve considerarsi significativo il fatto che le norme codificate dalla CDI prendano in esame al-

[70] Vedi l'art. 42 del Regolamento dell'Aja del 1907, corrispondente al diritto internazionale consuetudinario (CIG, parere 9 luglio 2004, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* ,in *I.C.J. Reports 2004*, p. 136 ss., par. 79; sentenza 19 dicembre 2005, cit., par. 172). Vedi, inoltre, l'art. 43 del Regolamento medesimo e il regime giuridico che ne discende (sul quale, per tutti, BENVENISTI, *The International Law of Occupation*, 2nd ed., Oxford, 2012, pp. 68-107).

[71] Per un'analisi di questi aspetti si rivia a LONGOBARDO, *The Use of Armed Force in Occupied Territory*, Cambridge, 2018, pp. 213-214.

[72] Vedi, ad esempio, DÖRMANN, COLASSIS, *International Humanitarian Law in the Iraq Conflict*, in *German Yearbook of International Law*, 2004, p. 293 ss., p. 320 s.; MEGRET, *Grandeur et déclin de l'idée de résistance à l'occupation: réflexions à propos de la légitimité des "insurgés"*, in *Revue belge de droit international*, 2008, p. 382 ss., p. 411.

[73] Vedi art. 36 del Progetto di articoli.

tre forme di riparazione, quali la restituzione e la soddisfazione[74], non menzionate dalle convenzioni di diritto internazionale umanitario. La dottrina e la giurisprudenza internazionale hanno infatti interpretato le disposizioni sull'obbligo di compensare la vittima di violazioni dello *ius in bello* contenute nelle convenzioni di diritto umanitario come includenti non solo l'obbligo di fornire un risarcimento monetario, ma anche quello di procedere alla restituzione e di fornire una soddisfazione secondo le regole di diritto internazionale generale sulla responsabilità degli Stati[75]. In sintesi, la CDI non ha riservato alcun ruolo particolare al diritto internazionale umanitario nella codificazione delle norme sulla riparazione, in quanto non vi sono peculiarità che dovessero indurre la Commissione a discostarsi dalle norme di diritto bellico o, al contrario, a prenderle come esplicito modello.

È più interessante, invece, analizzare il rapporto intercorrente fra l'art. 89 del I Protocollo addizionale e gli articoli 40 e 41 del Progetto di articoli in materia di regime aggravato di responsabilità[76]. A tal proposito, si può notare una certa continuità fra i due sistemi[77]: da un lato, la disposizione di diritto internazionale umanitario richiede alle parti contraenti di reagire "jointly or individually, in co-operation with the United Nations" in caso di gravi violazioni del diritto internazionale umanitario, dall'altro l'art. 41, par. 1, del Progetto di articoli dispone che "States shall cooperate to bring to an end through lawful means any serious breach", mentre il commentario specifica che tale cooperazione "could be organized in the framework of a competent international organization, in particular the United Nations. However, paragraph 1 also envisages the possibility of non-institutionalized cooperation"[78]. Tale formula

[74] Cfr. articoli 34, 35 e 37 del Progetto di articoli.

[75] Vedi FLECK, *op. cit.*, par. D.6; EVANS (C.), *The Right to Reparation in International Law for Victims of Armed Conflict*, Cambridge, 2012, p. 32; TOMUSCHAT, *Specificities of Human Rights Law and International Humanitarian Law regarding State Responsibility*, in KOLB, GAGGIOLI (eds), *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Cheltenham, 2013, p. 198 ss., p. 199. V. anche CIG, parere 9 luglio 2004, cit., par. 151 ss.

[76] Nell'ambito di una vasta bibliografia, vedi, anche per ulteriori riferimenti, CARELLA, *La responsabilità dello Stato per crimini internazionali*, Napoli, 1985; WEILER, CASSESE (A.), SPINEDI (eds), *International Crimes of State: A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, Berlin/New York, 1989; i saggi di PALMISANO, GIANELLI e IOVANE in SPINEDI, GIANELLI, ALAIMO (eds), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti*, Milano, 2006, rispettivamente p. 203 ss., p. 245 ss. e p. 341 ss.; PICONE, *Comunità internazionale e obblighi* erga omnes, 3a ed., Napoli, 2013.

[77] Così CONDORELLI, *The Continuity between Certain Principles of Humanitarian Law and the Concept of Crimes of States*, in *International Crimes of State*, cit., p. 233 ss.

[78] Vedi il commentario al Progetto di articoli, in *YILC*, 2001, vol. II, part 2, p. 114.

sembra richiamare il dettato dell'art. 89 del I Protocollo addizionale[79], soprattutto considerando che nel 1995 l'allora Relatore speciale sulla responsabilità degli Stati, Arangio-Ruiz, aveva illustrato l'esigenza di coordinare a livello istituzionale le risposte ai crimini internazionali, attraverso risoluzioni degli organi delle Nazioni Unite[80]. È comunque opportuno osservare che le due norme non hanno una portata identica: l'art. 41 del Progetto di articoli pone un obbligo di cooperazione funzionale alla sola cessazione dell'illecito, mentre l'art. 89 del I Protocollo addizionale è più generico e la cooperazione ivi menzionata potrebbe essere diretta a far valere tutte le conseguenze del fatto illecito, che invece, secondo la CDI, possono essere fatte valere individualmente dagli Stati ai sensi dell'art. 48 del Progetto di articoli[81]. Ad ogni modo, a prescindere dal predetto rilievo, si può rinvenire una sintonia fra le soluzioni adottate dalla CDI e quelle contenute nelle convenzioni di diritto internazionale umanitario, al punto che le seconde potrebbero avere fornito un valido modello per lo sviluppo delle prime[82].

A ben vedere, non vi è dubbio che le gravi violazioni di diritto internazionale umanitario siano state considerate idonee a far sorgere un regime di responsabilità aggravata, benché il Progetto di articoli si riferisca anche ad altre violazioni. Infatti, nonostante le gravi violazioni del diritto internazionale umanitario non siano menzionate direttamente dall'art. 19 sui crimini internazionali nel testo adottato nel 1976 dalla CDI in prima lettura su proposta di Ago, il par. 3, lett. *c*), di questa disposizione – poi non accolta nel Progetto definitivo − faceva riferimento a "a serious breach on a widespread scale of an international obligation of essential importance for safeguarding the human being, such as those

[79] Cfr. SASSÒLI, *State Responsibility*, cit., pp. 428-430.

[80] ARANGIO-RUIZ, *Seventh Report on State Responsibility*, in *YILC*, 1995, vol. II, part 1, p. 3 ss., parr. 70-112. Nonostante il Relatore speciale non credesse che il coordinamento di queste reazioni rientrasse nei poteri già attribuiti al Consiglio di sicurezza in materia di mantenimento della pace e sicurezza internazionale (ivi, parr. 94-98 e 129; ID., *Eighth Report on State Responsibility*, in *YILC*, 1996, vol. II, part 1, p. 7 s., parr. 42-46), nei fatti il Consiglio di sicurezza si è occupato delle gravi violazioni di diritto internazionale umanitario proprio attraverso il capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite (cfr. ROSCINI, *The United Nations Security Council and the Enforcement of International Humanitarian Law*, in *Israel Law Review*, 2010, p. 330 ss.).

[81] Sull'esistenza di un doppio canale di garanzie, istituzionale e decentrato, vedi CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, 2a ed., Torino, 2016, p. 456 s.

[82] Più in generale, sul contributo del diritto internazionale umanitario allo sviluppo di un regime aggravato di responsabilità degli Stati, sia consentito rinviare a LONGOBARDO, *The Contribution of International Humanitarian Law to the Development of the Law of International Responsibility Regarding Obligations* Erga Omnes *and* Erga Omnes Partes, in *Journal of Conflict and Security Law*, 2018, p. 383 ss.

prohibiting slavery, genocide and apartheid"[83]; dato il carattere esemplificativo dell'elencazione, si può ben argomentare che le norme a tutela dei civili e delle persone *hors de combat* contenute nelle convenzioni di diritto internazionale umanitario rientrano in questa categoria. Ciò è confermato dalla natura di alcune norme di diritto internazionale umanitario, alcune delle quali, ad esempio, hanno carattere imperativo[84]: la CIG, fedele alla sua riluttanza a nominare la categoria delle norme imperative, ha parlato di "fundamental rules" di diritto internazionale umanitario che "constitute intransgressible principles of international customary law"[85], accettando invece esplicitamente la qualifica di norme imperative solo con molta cautela[86]. Inoltre, la CIG ha riconosciuto che alcune norme di diritto internazionale umanitario sono produttrici di obblighi *erga omnes*[87], confermando il suggerimento di attenta dottrina secondo cui il carattere *erga omnes* delle norme consuetudinarie di diritto internazionale umanitario, ed *erga omnes partes* di quelle pattizie, sarebbe comprovato dall'obbligo "to ensure respect" di cui all'art. 1 "comune" alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949[88]. Ora, tenuto conto che, come noto, le gravi violazioni di norme imperative e le gravi violazioni di norme produttrici di obblighi *erga omnes* sono sempre state al centro del regime

[83] *YILC*, 1976, vol. II, part 2, p. 69 ss., p. 75.

[84] Così AGO, Addendum *to the Eighth Report on State Responsibility*, in *YILC*, 1980, vol. II, part 1, p. 37; ORAKHELASHVILI, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, 2006, pp. 61-64; DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, 5a ed., Brussels, 2012, p. 107 ss.; KOLB, *Peremptory International Law* – Jus Cogens*: A General Inventory*, Oxford, 2015, pp. 32 e 46.

[85] CIG, parere 8 luglio 1996, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, in *I.C.J. Reports 1996*, p. 226, par. 79; parere 9 luglio 2004, cit., par. 157.

[86] Vedi CIG, sentenza 3 febbraio 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany* v. *Italy: Greece intervening)*, in *I.C.J. Reports 2012*, p. 99 ss., par. 93.

[87] Vedi, in riferimento ad alcune norme sull'occupazione bellica, CIG, parere 9 luglio 2004, cit., parr. 115 e 157. Vedi anche le conclusioni dell'Avvocato generale Wathelet di fronte alla CGUE, in *Western Sahara Campaign UK*, causa C-266/16, 10 gennaio 2018, par. 238 s.

[88] Vedi, *ex multis*, CONDORELLI, BOISSON DE CHAZOURNES, *Quelques remarques à propos de l'obligation des États de "respecter et faire respecter" le droit international humanitaire "en toutes circonstances"*, in SWINARSKI (sous la direction de), *Études en l'honneur de Jean Pictet*, Genève, 1984, p. 17 ss.; BENVENUTI, *Ensuring Observance of International Humanitarian Law*, in *Yearbook of the International Institute of Humanitarian Law*, 1989-1990, p. 27 ss. Tale posizione è stata fatta propria dal Comitato internazionale della Croce Rossa (vedi HENCKAERTS, *Article 1: Respect and Ensure Respect*, in *Updated Commentary*, cit., p. 35 ss.). *Contra*, vedi FOCARELLI, *Common Article 1 of the 1949 Geneva Conventions: A Soap Bubble*, in *European Journal of International Law*, 2010, p. 125 ss.

di responsabilità aggravata[89], non sorprende che la CIG abbia riconosciuto l'applicabilità del regime aggravato di responsabilità alle gravi violazioni di diritto internazionale umanitario[90].

5. Segue*: Le circostanze di esclusione dell'illiceità*

Lo studio dei rapporti fra la convenzioni di diritto internazionale umanitario e il Progetto di articoli della CDI non può prescindere dall'esame delle circostanze di esclusione dell'illiceità[91], nella cui codificazione la CDI affronta le specificità del diritto internazionale umanitario e regola eventuali conflitti normativi in maniera di volta in volta diversa. L'esposizione prende le mosse dall'esame dell'applicazione delle circostanze di esclusione dell'illiceità prescindendo da ogni indagine sul carattere cogente delle norme di diritto internazionale umanitario; le conseguenze della circostanza che alcune norme di diritto internazionale umanitario possano far parte dello *ius cogens* verrà esaminata nell'ultima parte di questo paragrafo.

L'art. 20 del Progetto di articoli prevede che il consenso di uno Stato alla commissione di un atto altrimenti illecito preclude l'illiceità dello stesso. Né la disposizione né il commentario prendono in esame l'applicabilità di questa norma alle convenzioni di diritto internazionale umanitario[92]. Nonostante il silenzio della Commissione, da alcune norme

[89] Benché l'art. 19 adottato dalla Commissione in prima lettura non facesse esplicito riferimento agli obblighi *erga omnes* né allo *ius cogens*, il commentario menziona entrambe le categorie (v. *YILC*, 1976, vol. II, part 2, pp. 96-122). Sulla maggiore idoneità delle gravi violazioni di obblighi *erga omnes* a formare la base del regime aggravato di responsabilità, vedi PICONE, *Obblighi reciproci ed obblighi* erga omnes *degli Stati nel campo della protezione internazionale dell'ambiente marino dall'inquinamento*, in STARACE (a cura di), *Diritto internazionale e protezione dell'ambiente marino*, Milano, 1983, p. 15 ss., pp. 49-53. Soltanto nel 2000, la Commissione ha introdotto, in quello che oggi è il testo dell'art. 40 del Progetto di articoli, le gravi violazioni di norme imperative come base esclusiva della responsabilità aggravata, senza peraltro espungere la categoria degli obblighi *erga omnes* dal Progetto di articoli (vedi PICONE, *Obblighi* erga omnes *e codificazione della responsabilità degli Stati*, in *Riv. dir. int.*, 2005, p. 893 ss.). Sulla perdurante differenza fra obblighi *erga omnes* e norme di *ius cogens* vedi ID., *La distinzione tra norme internazionali di* jus cogens *e norme che producono obblighi* erga omnes, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 5 ss.

[90] CIG, parere 9 luglio 2004, cit., par. 159.

[91] In argomento, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, vedi PADDEU, *Justification and Excuse in International Law: Concept and Theory of General Defences*, Cambridge, 2018.

[92] Non ve ne è cenno nemmeno nei principali commenti alla norma, come in ABASS, *Consent, Precluding State Responsibility: A Critical Analysis*, in *International*

di diritto internazionale umanitario è possibile concludere che il consenso non è una valida circostanza di esclusione dell'illiceità nel diritto internazionale umanitario. Vi è, ad esempio, nelle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 un'identica norma secondo cui "[n]o special agreement shall adversely affect the situation of protected persons […] nor restrict the rights which it confers upon them"[93], rinforzata dall'art. 47 della IV Convenzione con specifico riguardo alla protezione dei civili in territorio occupato. Similmente, vi è un'identica disposizione per la quale "[p]rotected persons may in no circumstances renounce in part or in entirety the rights secured to them by the present Convention, and by the special agreements referred to in the foregoing Article, if such there be"[94]. Limitatamente alle gravi violazioni di diritto internazionale umanitario, le quattro Convenzioni di Ginevra dispongono che "[n]o High Contracting Party shall be allowed to absolve itself or any other High Contracting Party of any liability incurred by itself or by another High Contracting Party"[95]. Ora, a prescindere dal meccanismo secondo cui opera il divieto di patti speciali[96] e tralasciando il ruolo affidato al consenso dei beneficiari dei diritti garantiti dalle Convenzioni[97], è chiaro che tali disposizioni impediscono agli Stati e ai beneficiari delle garanzie di diritto internazionale umanitario di prestare efficacemente il proprio consenso alla violazione delle norme di *ius in bello*[98].

Nel commento all'art. 21 del Progetto di articoli concernente la legittima difesa come circostanza di esclusione dell'illiceità, la CDI fa invece espresso riferimento alla specificità delle convenzioni di diritto internazionale umanitario affermando che una violazione di norme dello *ius in bello* non può essere giustificata in quanto intrapresa durante

and Comparative Law Quarterly, 2004, p. 211 ss.; BEN MANSOUR, *Consent*, in *The Law of International Responsibility*, cit., p. 439 ss.

[93] Vedi gli articoli 6 della I, II e III Convenzione e l'art. 7 della IV Convenzione.

[94] Vedi gli articoli 7 della I, II e III Convenzione e l'art. 8 della IV Convenzione.

[95] Vedi gli articoli 51 della I e II Convenzione, l'art. 131 della III Convenzione e l'art. 148 della IV Convenzione.

[96] Per la tesi secondo cui tali norme opererebbero in maniera simile all'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite, cfr. KOLB, *Étude sur l'occupation et sur l'article 47 de la IV^ème Convention de Genève du 12 Août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre: le degré d'intangibilité des droits en territoire occupé*, in *African Yearbook of International Law*, 2002, p. 297 ss.

[97] Su tale norma, spesso invocata per sostenere la soggettività internazionale degli individui alla luce del diritto internazionale umanitario, vedi D'ARGENT, *Non-Renunciation of the Rights Provided by the Conventions*, in CLAPHAM, GAETA, SASSÒLI, *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford, 2015, p. 145 ss.

[98] Così CONDORELLI, BOISSON DE CHAZOURNES, *op. cit.*, p. 22 s.; SASSÒLI, *State Responsibility*, cit., p. 414; KOLB, *The International Law*, cit., p. 116 s.

un'azione in legittima difesa[99]. È opportuno infatti ricordare che la circostanza in esame non riguarda la violazione del divieto dell'uso della forza di cui all'art. 2, par. 4, della Carta delle Nazioni Unite – in quanto la legittima difesa è un "inherent right" degli Stati ai sensi dell'art. 51 della Carta medesima –, bensì la violazione di altre norme di diritto internazionale che possono essere violate durante un'azione in legittima difesa[100]. Bene ha fatto la CDI ad escludere dal novero delle violazioni scusabili sulla base dell'art. 21 del Progetto di articoli quelle del diritto internazionale umanitario, anche alla luce della riluttanza dimostrata dalla CIG ad affrontare nei dettagli la questione nel 2004, quando, nell'escludere la rilevanza della difesa israeliana basata sulla legittima difesa in relazione agli attacchi provenienti dai Territori palestinesi occupati, la Corte non ha esaminato il problema della legittima difesa quale circostanza di esclusione dell'illiceità[101]. La conclusione della Commissione sull'impossibilità di scusare violazioni del diritto internazionale umanitario sulla base della legittima difesa si fonda sul principio di uguaglianza dei belligeranti secondo cui il diritto internazionale umanitario si applica indipendentemente da ogni considerazione della posizione dei belligeranti alla luce dello *ius ad bellum*[102].

Per quanto riguarda le contromisure, identificate dall'art. 22 del Progetto di articoli come circostanze precludenti l'illecito, la CDI tiene compiutamente conto delle specificità del diritto internazionale umanitario all'art. 50, par. 1, lett. *c*), che vieta la possibilità di violare in contromisura "obligations of a humanitarian character prohibiting reprisals". Parte della dottrina ha fatto notare come la disposizione sia formulata in maniera piuttosto contorta in quanto la norma secondaria di cui all'art.

[99] Così il commentario al Progetto di articoli, in *YILC*, 2001, vol. II, part 2, p. 74 s.

[100] Vedi THOUVENIN, *Self-Defence*, in *The Law of International Responsibility*, cit., p. 455 ss., pp. 459-461; PADDEU, *Self-Defence as a Circumstance Precluding Wrongfulness: Understanding Article 21 of the Articles on State Responsibility*, in *British Yearbook of International Law*, 2015, p. 90 ss. Sul significato da attribuire al carattere "inherent" del diritto alla legittima difesa, vedi ROSCINI, *On the "Inherent" Character of the Right of States to Self-Defence*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2016, p. 634 ss.

[101] CIG, parere 9 luglio 2004, cit., par. 139. In tema di legittima difesa e costruzione del muro israeliano, anche per ulteriori riferimenti, v. LONGOBARDO, *The Use*, cit., pp. 88-133. Sul mancato esame della legittima difesa come circostanza di esclusione dell'illiceità, vedi O'KEEFE, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory: A Commentary*, in *Revue belge de droit international*, 2004, p. 92 ss., p. 141 s.

[102] Vedi il preambolo del I Protocollo addizionale; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 30; KOUTROULIS, *And Yet It Exists: In Defence of the "Equality of Belligerents" Principle*, in *Leiden Journal of International Law*, 2013, p. 449 ss.

50, par. 1, lett. *c*), del Progetto di articoli vieterebbe di violare in contromisura le norme secondarie sul divieto di certe rappresaglie contenute nelle convenzioni di diritto internazionale umanitario piuttosto che le sottostanti norme primarie che non possono essere oggetto di rappresaglia[103]. Ad ogni modo, al di là della terminologia utilizzata nella disposizione in questione, è chiaro l'intento della CDI di far rinvio integralmente al diritto internazionale umanitario per determinare quali norme del diritto dei conflitti armati non possano essere violate in contromisura[104]. Tale rinvio elimina alla radice la possibilità che si verifichino antinomie normative fra diritto internazionale umanitario e regole sulla responsabilità degli Stati.

Diversamente, l'art. 23 del Progetto di articoli, nel codificare la circostanza della forza maggiore, non fa riferimento al diritto internazionale umanitario. Ciò è comprensibile in quanto non ci sembra che vi siano delle specificità delle convenzioni di diritto bellico tali da giustificare una diversa applicazione della circostanza in esame che, in linea di principio, può quindi considerarsi applicabile anche alle violazioni di diritto internazionale umanitario, con le avvertenze di cui diremo subito a seguire, relative alle norme imperative[105].

Maggiori dubbi fa sorgere il silenzio della CDI sull'applicabilità della giustificazione dell'estremo pericolo alle convenzioni di diritto internazionale umanitario. Benché l'art. 24 del Progetto di articoli e il relativo commentario ignorino le specificità dello *ius in bello*, sarebbe contrario all'oggetto e allo scopo del diritto internazionale umanitario ammettere violazioni dello stesso sulla base della situazione di pericolo in cui si trova l'agente, in quanto, in un conflitto armato, per definizione, gli organi dello Stato si trovano tutti in una situazione di estremo pericolo. A ben vedere, giacché l'estremo pericolo non è invocabile, ai sensi dell'art. 24, par. 2, del Progetto di articoli, quando lo Stato medesimo ha creato la situazione pericolosa o quando "the act in question is likely to create a comparable or greater peril", la CDI sembra escludere l'invocabilità di questa circostanza quando uno Stato ha contribuito alla creazione della situazione di conflitto armato o quando intende giustificare la lesione di norme fondamentali del diritto internazionale umanitario, il cui rispetto è senz'altro di pari importanza rispetto agli interessi

[103] Così BORELLI, OLLESON, *Obligations relating to Human Rights and Humanitarian Law*, in *The Law of International Responsibility*, cit., p. 1177 ss., p. 1194.
[104] *Ibidem*.
[105] Vedi, in argomento, SZUREK, *Force Majeure*, in *The Law of International Responsibility*, cit., p. 475 ss.

individuali dell'agente in pericolo[106]. Ad ogni modo, poiché è possibile immaginare casi in cui una situazione di estremo pericolo sorge senza il contributo dello Stato che invoca detta circostanza, e non tutte le violazioni di diritto internazionale creano un pericolo uguale o più grande di quello in cui si trova l'agente coinvolto in un conflitto armato, sarebbe stato utile che la CDI avesse preso una posizione chiara sull'argomento, tenendo in debita considerazione l'importanza degli interessi giuridici tutelati dal diritto internazionale umanitario e le circostanze ontologicamente pericolose delle situazioni di conflitto armato[107].

Al contrario, molto opportunamente la CDI ha tenuto conto delle specificità del diritto internazionale umanitario nel codificare la regola sullo stato di necessità di cui all'art. 25 del Progetto di articoli. Il commentario al Progetto si preoccupa del rapporto fra stato di necessità e necessità militare, affermando che: "As embodied in article 25, the plea of necessity is not intended to cover conduct which is in principle regulated by the primary obligations. This has a particular importance in relation to the rules relating to the use of force in international relations and to the question of 'military necessity' […] which is, in the first place, the underlying criterion for a series of substantive rules of the law of war and neutrality, as well as being included in terms in a number of treaty provisions in the field of international humanitarian law. […] [W]hile considerations akin to those underlying article 25 may have a role, they are taken into account in the context of the formulation and interpretation of the primary obligations"[108]. Tale statuizione è sicuramente corretta nell'individuare la necessità militare quale componente di alcune norme primarie del diritto internazionale umanitario e nell'osservare che gli Stati hanno valutato *ex ante* le esigenze di necessità militare al momento di adottare quelle specifiche regole[109]. A detta della Commissione, anche in assenza di uno specifico divieto di invocare lo stato di necessità in relazione allo *ius in bello*, "certain humanitarian conventions […] are intended to apply in abnormal situations of peril for the responsible State and plainly engage its essential interests. In such a case *the non-*

[106] Vedi SALVADEGO, *Struttura e funzioni della necessità militare nel diritto internazionale*, Torino, 2016, p. 156.

[107] Così SASSÒLI, *State Responsibility*, cit., p. 417.

[108] Commentario al Progetto di articoli, in *YILC*, 2001, vol. II, part 2, p. 84.

[109] Ad esempio, l'art. 23, lett. *g*), del Regolamento dell'Aja del 1907 proibisce la distruzione della proprietà del nemico, salvo che ciò non sia "imperatively demanded by the necessities of war". Sulla necessità militare, vedi, fra gli altri, VENTURINI, *Necessità*, cit.; ID., *Necessity in the Law of Armed Conflict and in International Criminal Law*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 2010, p. 45 ss.; SALVADEGO, *op. cit.*; HENRY, *Le principe de nécessité militaire*, Paris, 2017.

availability of the plea of necessity emerges clearly from the object and the purpose of the rule"[110]. Tale conclusione, condivisa da larga parte della dottrina[111], si basa sulla lettera dell'art. 25, par. 2, lett. *a*), secondo cui non è possibile invocare lo stato di necessità qualora "the international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity"[112] – circostanza che potrebbe far concludere che la previsione della necessità militare con riferimento soltanto ad alcune norme di *ius in bello* equivarrebbe all'esclusione implicita della possibilità di invocare lo stato di necessità in ogni altra circostanza[113]. Ad ogni modo, la CDI non ha offerto spiegazioni teoriche sul perché la valutazione della necessità militare a livello di norma primaria dovrebbe impedire il funzionamento dello stato di necessità come norma secondaria; il primo Relatore speciale, Ago, ad esempio, dopo avere difeso con forza l'applicabilità della necessità militare alle sole norme primarie che la menzionano[114], aveva concluso che la valutazione della necessità militare a livello di norma primaria non implica di per sé l'impossibilità di invocare lo stato di necessità quale circostanza precludente l'illecito internazionale[115]. Purtroppo, la CIG, nell'esaminare la rilevanza della necessità militare in relazione alla costruzione del muro israeliano nei Territori palestinesi, ha perso l'occasione di chiarire i rapporti fra necessità militare contenuta in norme primarie e stato di necessità quale circostanza di esclusione dell'illiceità[116]; sembrerebbe anzi che la Corte, in principio, ammetta la possibilità di ricorrere allo stato di necessità, dal momento che ne nega la rilevanza nel caso di specie soltanto perché non convinta che il muro fosse "the only means to safeguard the interests of Israel against the peril which it has invoked as justification for that construction"[117]. Giova anche ricordare che l'art. 25 del Progetto di articoli prevede che lo stato di

[110] Commentario al Progetto di articoli, in *YILC*, 2001, vol. II, part 2, p. 84; corsivi aggiunti.

[111] Così VENTURINI, *Necessità*, cit., p. 124 s.; SASSÒLI, *State Responsibility*, cit., p. 416; BENVENUTI, *Lo stato di necessità alla prova dei fatti*, in *La codificazione*, cit., p. 109 ss., p. 137; ARAI-TAKAHASHI, *Excessive Collateral Civilian Casualties and Military Necessity*, in CHINKIN, BAETENS (eds), *Sovereignty, Statehood and State Responsibility*, Cambridge, 2015, p. 325 ss., pp. 334-337; SALVADEGO, *op. cit.*, p. 149; KOLB, *The International Law*, cit., pp. 27 e 131.

[112] *YILC*, 2001, vol. II, part 2, p. 80.

[113] Vedi HENRY, *op. cit.*, p. 371.

[114] AGO, *Addendum to the Eighth Report on State Responsibility*, cit., p. 37.

[115] *Ibidem*.

[116] CIG, parere 9 luglio 2004, cit., par. 140. Si vedano le critiche di BENVENUTI, *Lo stato di necessità*, cit., p. 109 ss., p. 139.

[117] CIG, parere 9 luglio 2004, cit., par. 140. Vedi il commento di ARAI-TAKAHASHI, *op. cit.*, p. 337 s.

necessità è inapplicabile se l'atto dello Stato pregiudica un interesse di uguale rango a quello in pericolo o nei casi in cui lo Stato abbia contribuito a creare la situazione pericolosa[118], come nel caso di violazioni di norme fondamentali di diritto internazionale umanitario o di deliberata decisione dello Stato di partecipare a un conflitto armato. Ai fini del presente lavoro, è comunque opportuno sottolineare come, nella codificazione dello stato di necessità, la CDI abbia cercato di tenere conto delle specificità del diritto internazionale umanitario, benché il risultato concreto abbia portato a una certa confusione fra norme primarie e norme secondarie[119].

Rimane infine da analizzare l'art. 26 del Progetto di articoli, secondo il quale non sarebbe possibile far valere circostanze di esclusione dell'illiceità riguardo alla violazione di norme imperative di diritto internazionale. Come si è già visto, vi è un vasto consenso circa la natura cogente di alcuni obblighi di diritto internazionale umanitario[120]. Resta il problema di identificare quali specifiche norme siano parte dello *ius cogens*. Tale gravoso compito è, per quanto attiene alla nostra indagine, in gran parte inutile: come abbiamo visto, alcune circostanze di esclusione dell'illecito sono inapplicabili a condizioni diverse da quelle poste dal diritto internazionale umanitario per espressa previsione del Progetto di articoli (legittima difesa, contromisure e stato di necessità), altre a seguito dell'applicazione delle norme proprie del diritto internazionale umanitario (consenso ed estremo pericolo). La regola di cui all'art. 26 del Progetto di articoli quindi riguarderebbe solo casi di forza maggiore, sulla cui applicabilità con riferimento alle violazioni di diritto internazionale umanitario nulla stabiliscono né la CDI né le convenzioni di diritto internazionale umanitario. Limitatamente a questo caso, la circostanza in esame troverà come limite alla sua applicazione, se del caso, la natura cogente di certe norme di diritto bellico.

[118] Vedi l'art. 25, parr. 1, lett. *b*), e 2, lett. *b*), del Progetto di articoli.

[119] Così GAJA, *op. cit.*, p. 986 ss.

[120] Vedi *supra*, par. 4. *Contra*, vedi NIETO-NAVIA, *International Peremptory Norms (*Jus Cogens*) and International Humanitarian Law*, in VOHRAH ET AL. (eds), *Man's Inhumanity to* Man, The Hague, 2003, p. 595 ss.

6. Conclusioni: rapporti fra gli strumenti di codificazione alla luce dei diversi approcci al diritto internazionale umanitario da parte della Commissione del diritto internazionale

Il breve esame del Progetto di articoli e il raffronto con le norme secondarie contenute nelle convenzioni di diritto internazionale umanitario evidenziano come la CDI abbia a volte tenuto conto delle specificità del diritto internazionale umanitario (ad esempio, prevedendo deroghe o rinvii), altre volte non abbia riconosciuto le sue peculiarità (come nel caso degli atti compiuti dai membri delle forze armate di uno Stato al di fuori della loro capacità ufficiale), altre volte ancora abbia tratto ispirazione dalla disciplina di diritto bellico (come, ad esempio, nel caso di reazioni coordinate a gravi violazioni), e in altri casi abbia semplicemente tralasciato le specificità del diritto internazionale umanitario. Tali diversi approcci sono interessanti per lo studio dello sviluppo del diritto internazionale generale e, soprattutto, indicano come settori specifici del diritto internazionale possano riuscire, in diversa misura, a influenzare l'evoluzione del diritto internazionale generale.

A ben vedere, il fatto che la CDI non abbia preso in debita considerazione talune norme di diritto internazionale umanitario non comporta alcun rischio per la corretta applicazione di quest'ultimo, anche qualora si accertasse l'esistenza di una norma consuetudinaria generale corrispondente a quella codificata dal Progetto di articoli che fosse in contrasto con una norma di diritto bellico. Invero, lo stesso Progetto di articoli, all'art. 55, dichiara che le sue regole si applicano soltanto in via residuale, qualora non esistano regole più specifiche nel diritto internazionale. Tale disposizione fa riferimento al principio *lex specialis derogat generali*, tecnica di soluzione dei conflitti normativi[121] che presuppone

[121] Come è noto, vi sono due opinioni diverse circa la definizione di un conflitto normativo: una visione tradizionale ravvisa un conflitto normativo quando uno Stato sia soggetto a due o più obblighi internazionali confliggenti così da non potere adempiere l'uno senza violare l'altro (vedi OMC, rapporto del *panel* nell'affare *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WTO doc. WT/DS27/R/USA del 22 maggio 1997, par. 7.159; Corte EDU (GC), sentenza 7 luglio 2011, *Al Jedda* c. *Regno Unito*, App. No. 27021/08, par. 107; CIG, sentenza 3 febbraio 2012, cit., par. 94; vedi, in dottrina, JENKS, *The Conflict of Law-Making Treaties*, in *British Yearbook of International Law*, 1983, p. 401 ss., p. 426; CZAPLINSKI, DANILENKO, *Conflict of Norms in International Law*, in *Netherlands International Law Review*, 1990, p. 3 ss., p. 12; SADAT-AKHAVI, *Methods of Resolving Conflicts between Treaties*, Leiden, 2003, p. 5). Altra dottrina considera che un conflitto normativo esisterebbe anche quando uno Stato fosse vincolato da una norma che permette un dato comportamento e da un obbligo che vieta lo stesso (così KOSKENNIEMI, *Report of the Study Group of the International Law Commission: Fragmentation of International Law*, UN doc.

l'esistenza di un'antinomia insanabile in via interpretativa[122] e la necessità, per uno Stato, di avere una guida circa quale norma applicare[123]. Ne consegue che l'art. 55 del Progetto di articoli permette l'applicazione di norme diverse da quelle codificate dalla CDI, norme di diritto internazionale umanitario incluse. Ciò non vuol dire che il diritto internazionale umanitario debba essere considerato un *self-contained regime*[124], ma piuttosto che le conseguenze delle violazioni di diritto internazionale umanitario sono disciplinate in primo luogo dalle norme di diritto bellico e, in secondo luogo, per gli aspetti residui, dal Progetto di articoli della CDI [125]. Proprio per questo motivo è opportuno tenere ben presenti le tecniche utilizzate da quest'ultima per valorizzare le specificità del diritto internazionale umanitario e l'esistenza di peculiarità del diritto bellico non sufficientemente prese in considerazione dalla CDI.

A/CN.4/L.682, 13 aprile 2006, par. 23 s.; PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law*, Cambridge, 2003; VRANES, *The Definition of "Norm Conflict" in International Law and Legal Theory*, in *European Journal of International Law*, 2006, p. 395 ss.).

[122] Di solito si fa riferimento alla regola interpretativa di cui all'art. 31, par. 3, lett. *c*), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 come tecnica volta a comporre antinomie apparenti (sulla quale vedi MERKOURIS, *Article 31(3)(*c*) VCLT and the Principle of Systemic Integration*, Leiden, 2015). Nell'ambito dell'ampio dibattito dottrinale relativo alla c.d. frammentazione del diritto internazionale e alle tecniche per rimediarvi, vedi, per tutti, TREVES, *Fragmentation of International Law: The Judicial Perspective*, in *Comunicazioni e studi*, 2007, p. 821 ss.; CONFORTI, *Unité et fragmentation du droit international: "Glissez, mortels, n'appuyez pas"!*, in *Revue générale de droit international public*, 2007, p. 5 ss.

[123] Vedi sentenza 12 aprile 1960, *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Portugal* v. *India)*, in *I.C.J. Reports 1960*, p. 6 ss., p. 44; sentenza 24 febbraio 1982, *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, in *I.C.J. Reports 1982*, p. 18 ss., par. 24; Tribunale dei reclami Iran-Stati Uniti, sentenza 12 agosto 1985, *INA Corporation v. Iran*, caso n. 161, in *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 8, p. 373 ss.; tribunale arbitrale, decisione 4 agosto 2000 nell'*affare del tonno a pinna blu* (*Nuova Zelanda-Giappone, Australia-Giappone*), in *UNRIAA*, vol. XXIII, p. 1 ss., par. 52.

[124] Sull'esistenza di *self-contained regimes* in diritto internazionale prospettata dalla CIG (sentenza 24 maggio 1980, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America* v. *Iran)*, in *I.C.J. Reports 1980*, p. 3 ss., par. 86), vedi SIMMA, *Self-Contained Regimes*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985, p. 111 ss.; GRADONI, Regime failure *nel diritto internazionale*, Padova, 2009.

[125] Così SASSÒLI, *State Responsibility*, cit., p. 404.

THE EU LANGUAGE REGIME: PROBLEMS WITH VERTICAL CONSISTENCY AND MATCHING ACROSS LANGUAGES IN EUROPEAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW REGULATIONS

Maria FONT-MAS*

SUMMARY: 1. The EU language regime. – 2. Post-Brexit changes to multilingualism? – 3. Translation in the EU: on the quest for vertical consistency and matching across languages in EU regulations. – 4. Translation and legislative drafting errors, language version corrigenda of EU regulations: some examples. – 4.1. Example of a calquing error: "to decline". – 4.2. Example of a word choice error: "enforceable" – "impugnata/esecutiva". – 4.3. Drafting error: "dopo/a decorrere dal" – "after/as from". – 4.4 Language version corrigenda. – 5. Concepts specific to European international private law. – 6. Concluding remarks.

1. The EU language regime

Full-scale multilingualism was the language regime chosen by the European Union as set out in regulation 1/1958 determining the languages to be used by the European Economic Community which lays out the official and working languages of European Union (EU) institutions[1]. The number of official languages has increased steadily along with the number of Member States. The original four official languages (1957) now stand at 24[2], until Brexit comes into force, after which English will

* Lecturer in Private International Law, University Rovira i Virgili, Tarragona, Catalonia-Spain. This article is part of the Research Project "Recíproco encaje y coherencia de los ámbitos de los reglamentos comunitarios de derecho internacional privado", funded by the Ministry of Economy and Competitiveness (DER2016-75318-P).

[1] *OJ* 017 of 6 October 1958, amended following successive enlargements of the number of Member States.

[2] Article 1 of the Council of 15 April 1958: "Bulgarian, Croatian, Czech, Danish, Dutch, English, Estonian, Finnish, French, German, Greek, Hungarian, Irish, Italian, Latvian, Lithuanian, Maltese, Polish, Portuguese, Romanian, Slovak, Slovenian, Spanish and Swedish".

lose its official status[3]. Furthermore, the number of alphabets have increased from 1 to 3[4].

Full-scale multilingualism implies that documents produced by the EU institutions must have a version for each official language, each of which would also be considered working languages. This regime is based on the principle of respecting the official languages of all Member States (Article 3 of the Treaty on Eropean Union (TEU), Article 342 Treaty on the functioning of the Eurpean Union (TFEU))[5]. Furthermore, every citizen has the right to be able to read the documentation and legislation emanating from the EU institutions that affects them, and Members of the European Parliament have the right to express themselves in whatever official language they chose within the European Parliament (Article 55 TEU, Article 20, para. 2, *d*) and Article 24 TFEU, Article 41, para. 4, EU Charter of Fundamental Rights and Article 158 Rules of Procedure of the European Parliament). This regime is not applicable to some EU bodies since they are not considered institutions, such as: the advisory bodies (Economic and Social Committee, Committee of the Regions), the European Ombudsman and the European Central Bank. It should also be pointed out that even though it is an institution, the Court of Justice of the European Union (CJEU) has its own specific language regime[6].

Notwithstanding the general multilingual framework, there are clearly different policies applied depending on the body, institution or agency in question. Translation (and interpreting) services are not unified across the EU even though they all use some of the same tools (e.g. IATE (InterActive Terminology for Europe), EU Vocabularies, MT@EC an automatic translation system). Part of both the translation and interpreting services are provided by external companies. The EU's translation services are grouped under the Interinstitutional Committee for Translation and Interpretation, which includes: The European Commis-

[3] V. i*nfra*, para. 2. Remember that Malta chose Maltese and Ireland chose Irish as their official EU languages.

[4] FERNÁNDEZ VÍTORES, *El régimen lingüístico de la Unión Europea: luces y sombras en el proceso de ampliación*, in *Revista de Llengua i Dret*, 2010, pp. 67-201, pp. 182, 183-188.

[5] Article 3, para. 3, in fine TEU, states that the Union shall respect its rich cultural and linguistic diversity and shall ensure that Europe's cultural heritage is safeguarded and enhanced. The Charter of Fundamental Rights of the European Union mentions the EU's linguistic diversity (Article 22) and prohibits discrimination on the basis of language (Article 21).

[6] Article 7, regulation 1/1958. Language arrangements at the Court of Justice of the European Union: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_10739/en.

sion's DG Translation which performs written translation tasks[7] for the Commission from and into the EU's 24 official languages[8]; the European Parliament's Translation service[9], the Translation Service of the General Secretariat of the Council which translates working documents for the European Council and the Council of the European Union[10]; DG Multilingualism which translates for the European Court of Justice[11]; the Directorate of Translation, Language Services, and Publication of the European Court of Auditors[12]; the Translation Service of the European Central Bank[13]; the Translation Centre for the Bodies of the European Union[14]; the Translation Directorate of the Committee of the Regions and the European Economic and Social Committee[15] and the language services of the European Investment Bank[16].

This plethora of institutions and bodies, apart from having their own

[7] Oral language interpretation falls under the auspices of the Commission's DG Interpretation, which supports the smooth functioning of multilingual meetings.

[8] It has around 1,600 staff translators and 700 assistants. It translates around 2 million pages annually (2017) DG Translation-DGT*:* http://ec.europa.eu/dgs/translation/index_en.htm.

[9] Since 2004, the European Parliament has used the pivot system which means translating the text to English, French, or German and then using that translation as a source text for the rest of the translations. There are 700 translators, 330 interpreters plus assistants (250): http://www.europarl.europa.eu/the-secretary-general/en/organisation/directorate-general-for-translation.

[10] The GSC's Translation Directorate: http://www.consilium.europa.eu/en/general-secretariat/corporate-policies/multilingualism. It is divided into 24 units, one per language, with some 620 translators and 180 people supporting the translation process. It translates more than 13,000 documents annually (2017).

[11] Approximately 600 lawyer-linguists with full legal training attend the daily translation needs, the annual volume surpasses 1,100,000 pages/year: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_10742/en.

[12] It has approximately 140 people on staff. https://www.eca.europa.eu.

[13] The European Central Bank uses English as a *lingua franca*, despite the fact that it is located in Frankfurt and the UK is not part of the Eurozone. As we said initially, this institution is not subject to regulation 1/1958. It has a 23-language translation service: https://www.ecb.europa.eu.

[14] Created in 1994, it offers services to other decentralized EU agencies and cooperates with EU institutions and bodies. It has a staff of 200 people and translates for a total of 61 EU agencies, institutions, and other bodies and translates some 750,000 pages yearly: https://cdt.europa.eu/en.

[15] It has 270 translators on staff. It is under the EESC General Secretariat, even while specifying that it works with the Committee of the Regions in the *Directorate T-Translation Joint Services EESC/COR*, with 21 language units. https://www.eesc.europa.eu/en/about/administrative-organisation/organisation-chart-administrative.

[16] It has 30 staff translators plus administrative staff. It answers to the EIB General Secretariat. Its website is only available in 3 languages. http://www.eib.org/en/index.htm?lang=en.

translation services as shown in the previous paragraph and on their websites, differ in their language policies and operation. Given this diversity, the Ombudsman launched "Public Consultation – The use of languages in the EU institutions, bodies, offices and agencies" (2018)[17]. The aim is to receive feedback regarding new policies or possible legislative proposals, "on how the EU institutions can best communicate with the public in an acceptable balance between the need to respect and support linguistic diversity, and administrative and budgetary constraints"[18]. The consultation is not just aimed at highlighting the different ways languages are used throughout institutions and the possible impact on citizens' access to information, but also how to reconcile language diversity, administrative efficiency and budgetary constraints[19].

2. Post-Brexit changes to multilingualism?

An enormous amount of funds is no doubt necessary to guarantee full-scale multilingualism. This is an argument put forward to support changing the original full-scale multilingual regime, put an end to it, or limit the number of official languages[20]. The EU Parliament allocates more than a third of its budget to translation and interpreting services; if we add up all the institutions the cost rises to one billion euros annually or around 2.3 EUR per citizen[21]. In addition to the costs argument, there are also the administrative and legislative difficulties that multilingualism entails for EU operation – a slower decision-making process –, along with a failure to achieve vertical and horizontal consistency across documentation in multiple EU institutions. All of these arguments feed into

[17] It will be interesting to see the outcome and analysis (the consultation closed in September 2018).

[18] See https://www.ombudsman.europa.eu/es/correspondence/es/99005.

[19] The Consultation asks how and who (States or institutions) should cover translation costs for the information and documents published; how to avoid exorbitant costs if information is translated upon requested; what should be the criteria to select working languages in institutions and offer material (according to population size that speaks a particular language)?. It asks whether regulation 1/1958 should be amended, which in our understanding would effectively reduce the number of working languages and put and end to full-scale multilingualism.

[20] Some data: if we add up translators, interpreters and assistants of all of the services presented in the previous section, we get 5,620 employees (approximately and not updated (2017)); including a large number of external translators.

[21] "Multilingualism: in the fabric of Europe's identity": http://www.europarl.europa.eu/about-parliament/en/organisation-and-rules/multilingualism.

criticism directed at the EU's language regime. Comparisons are made with the language regimes of other supranational institutions such as the UN or the Council of Europe which use fewer official languages despite having more Member States[22]. The EU institutions are no strangers to the problems entailed in full-scale multilingualism, and are very much aware of proposals to eliminate it. Declaring only two or three official languages would mean relinquishing the goal of full transparency vis-a-vis citizens and could lead to a political battle, since such a legislative change would have to be approved unanimously (Article 342 TFUE).

We will see in the next section how English is the *de facto* working language in most EU institutions, bodies and agencies. These data spur further discussion on whether multilingualism as it stands is worthwhile, and in light of the economic and administrative arguments if it would make sense to put forth English as the only working language. We could agree to reduce the number of working languages to just a few as long as multilingualism was still guaranteed in the final legislative documents. However, we concur with Gréciano who rules out the possibility of English being declared the only working language since this would run contrary to EU principles, which are built upon the legitimacy of the languages, cultures and legal systems that make up the Union. We also believe that there is a specific EU legal language in which multilingualism adapts to multiple legal systems, and that this could not be encompassed through a single legal language which is none other than that of common law[23]. In addition to this potentially debatable argument[24], there is a greater issue, namely the consequences of Brexit.

English will foreseeably no longer be an EU official or working language, and regulation 1/1958[25] will have to be amended. English will

[22] The UN has 193 State Parties and 6 official languages; in the Council of Europe there are 43 State Parties and 2 official languages.

[23] GRECIANO, *Droit de l'Union Européenne et Médiation Linguistique*, in *International Journal for the Semiotics of Law*, 2016, p. 514.

[24] On the English influence on Spanish legal language, he points out that English is a Latin-based language within the French tradition itself, straddling Romance and Germanic cultures. However, he admits that "at any rate the Anglo-Saxon influence is mitigated and insulated by the fact it arrives through the medium of EU Law" (own translation) ORDOÑEZ SOLÍS, *La revolución europea del lenguaje jurídico español*, *Abogados,* abril, 2016, p. 43.

[25] The response to this question of the Parliament "Can the Commission confirm that, once Brexit is completed, English will remain an official language of the European Union by virtue of its status as one of the two official languages of Ireland?" given by President Juncker (9.8.2017) was: "According to the Article 342 of the Treaty of the

thus become a minority mother tongue within the EU (of Irish nationals and Britons living elsewhere in Europe)[26]. This possibility has not gone unnoticed politically in the backdrop of Brexit[27]. In the academic world, there are two opposing trends. Some argue that this is the best time for English to become the only working language since it would place all citizens and national practitioners on equal footing regarding communication with EU institutions. It would be a "Brussels English" or "Eurospeak" – a neutral language of sorts. This argument is rejected on the grounds that a language cannot be divided into a "cultural use" and a "functional use"[28]. On the other hand, there are those who believe that Brexit could raise the profile of multilingualism. According to data on language knowledge among citizens post-Brexit, only 10% of EU citizens would have access to EU documents if they were only in English[29]. This option, as Pingel points out, "could have drastic exclusionary consequences, by harming the poorest and undermining social cohesion and contrary to common opinion, might damage the European project itself"[30]. If documentation were available in English, French and German, the number of excluded citizens would go down to a third and half of citizens would have trouble accessing documentation[31]. Now, even

Functioning of the European Union, it is for the Council, acting unanimously, to determine the rules governing the languages of the institutions of the Union. Today, English is one of the 24 official and working languages of the European Union institutions. The Commission notes that, besides the United Kingdom, Ireland and Malta have English as an official language". If regulation 1/1958 were to be amended, we understand that one of the Member States with English as a co-official language would have to modify their chosen EU official language thus leaving out Maltese or Irish.

[26] GAZZOLA, *Research for CULT Committee – European strategy for multilingualism: benefits and costs*, European Parliament, 2016, pp. 35-36. http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses.

[27] In the words of Jean-Claude Juncker, president of the European Commission: "I will speak in French because slowly but surely English is losing importance in Europe", Tallin Estonia, 29 September 2017, https://www.reuters.com. See also *Bundestag MOS want EU staff to use German more after Brexit*, 10 agosto 2017: https://www.euractiv.com/section/uk-europe/news/bundestag-mps-want-eu-staff-to-use-german-more-after-brexit.

[28] "[I]l est, en d'autres termes, difficile de réduire le langage à un simple mode de communication en faisant fi de ses dimensions tant symboliques que substantielles". Another opposing argument is that the hegemony of English as an institutional *lingua franca* means hiring native English-speaking professionals (just as in the UN). PINGEL, *Le Brexit et le régime linguistique des institutions de l'Union europeénne,* in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2017, pp. 660-661.

[29] GAZZOLA, *above*, pp. 35-36.

[30] PINGEL, *above,* p. 661 (this author's translation).

[31] GAZZOLA, *above*, p. 35-36.

though there are more native speakers of German and French, there are actually more speakers of English among EU citizens than of any other European language. This does have weight when assessing the value of a language[32]. This data shows that English will not disappear as a working language following Brexit while also stressing the importance of adopting a multilingual approach to the EU's external communication[33] and the need for the institutions to return political value to languages so as to preserve multilingualism[34].

3. Translation in the EU: on the quest for vertical consistency and matching across languages in EU regulations

This study shall focus primarily on the 24 language versions of the EU regulations on private international law (PIL). These regulations are directly applied in all Member States. This means that national legal practitioners (judges, lawyers, notaries, registrars, judicial systems) use their language version directly when applying the regulation and thus when applying it to private relations between citizens and companies. There are specific exceptions to direct application of these regulations in the UK, Ireland and Denmark[35]. Furthermore, there are regulations approved for enhanced cooperation that only apply to the participating Member States[36]. The legal bases of these regulations are Article 3, para. 2, TEU and Article 81 TFEU[37], which seek to guarantee free movement

[32] PINGEL, *above*, p. 662.

[33] GAZZOLA, *above*, pp. 35-36.

[34] There are certain measures that could be put in place: once again requiring knowledge of EU languages to work at the EU, to train officials in other languages, to enhance translators' capacities: PINGEL, *above*, p. 663.

[35] There are exceptions to direct applicability of European regulations on "Area of freedom, security and justice" (Title V of the TFEU). On one hand, Denmark does not take part in Title V, chapter 3 of the TFEU (Judicial cooperation in civil matters), and as a result the laws deriving from this chapter are not applicable there (Protocol 22 TFEU). On the other hand, the UK and Ireland, who initially were not subject to applying legislation derived from Title V, Chapter 3 of the TFEU, reserved the right to opt in to any law deriving therein (Protocol 21 TFEU).

[36] The last EU regulations drafted addressing PIL (Title V, chapter 3) were approved through enhanced cooperation (arts. 326-334 of the TFEU); they only apply to the States that have expressly participated in this enhanced cooperation, or who later decide to join in. For example, regulation 650/2012 on the matter of successions.

[37] Competence to enact legislation that is directly applicable in PIL was introduced through the Amsterdam Treaty (1997); previously, existing legislation was developed through international conventions between Member States (*e.g.* 1968 Brussels Conven-

of EU citizens and companies in the EU Legal Area. Namely, the EU's goal is to develop civil legal cooperation so as to allow people and businesses to access the courts and authorities of any Member State under the same conditions as in their Member State of origin in civil matters with cross-border implications[38].

Before dealing with the goal of horizontal and vertical consistency across EU PIL regulations language versions, we would be remiss if we did not recount, at least as observers, how different versions of those regulations are drafted in the first place. Otherwise, it would be impossible to explain the difficult task facing EU translators. As we previously mentioned, regulations and other texts for wide-scale distribution are drafted in official languages according to Article 4 of regulation 1/1958. In other words, all official languages are working languages. Despite this mandate, it is clear that only one language (English) is basically used as a working one both for drafting and communication between EU institutions, officials and bodies. Let us recall that at the beginning of the European Communities, French and German were the dominant working languages. Although they continue to be used more than other languages in certain EU institutions (e.g. the case of French in the CJEU), they have been displaced by English[39]. The EU Commission working groups use this language for draft legislation despite it not being their native language. A 2009 report showed that 95% of drafters wrote in English despite only 13% being native speakers[40]. The results of this, as DG Translation admits, are linguistically-deficient drafts, hence their emphasis on their work as an advisory service. Legislative proposals, and all

tion which preceded the Brussels I regulation and its recast. The new situation is now known and implied the Europeanisation of PIL. See BORRÁS, *30 años de España en la UE: su significado en el ámbito del Derecho internacional privado* Especial *1986-2016, 30 años de España en la Unión Europea… y en esto llegó el Brexit,* Editorial La Ley, September, 2016; ÁLVAREZ RUBIO, *El tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia,* in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 15, 2008.

[38] V. SALERNO, *La cooperazione giudiziaria in materia civile*, in STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2017, p. 534 ff.

[39] In 1997, the volume of text written in French and English was still comparable. Today, most texts are drafted in English. In 1997, of the 1.1 million pages: 45% were in English, 40.5% in French, 5.5% in German, and 9% in other languages. In a breakdown by source language, we see a balance throughout since they must all be translated to every official language. That being said there is an especially noteworthy presence of English, French, and German because many texts are only translated to one (English) or two of these three languages for internal use in the Commission. European Commission: *Traducción y multilingüismo*, 2014, pp. 7-8.

[40] V: http://ec.europa.eu/dsg/translation/publications/magazines/ languagestranslation/documents/issue_01_en.pdf.

preparatory documents, are translated to each of the official languages before being sent on to the European Parliament. In other words, the English version is the source text for translating the rest of the versions[41]. The European Commission, in its Communication on Translation as Part of the Commission's Decision Making Project (2016)[42] highlights the importance of a high-quality translation service "for the legal certainty of the Commission's regulatory activity, for its multilingual written communication and therefore for the legitimacy of its work". In this same Communication (2016), eight measures are set out to increase and improve legislation which includes language quality and legal precision. The measures are centered around planning and reserving time for the translation process, and for the process to start at the initial decision-making texts but only once they have undergone the inter-service consultation or a legal review.

While these general guidelines aim to improve the use of translation resources and thus ultimately legislation, there is also a need for strict translation criteria. Hence a number of existing resources, including a major one, the *Joint practical guide of the European Parliament, the Council and the Commission for persons involved in the drafting of European Union legislation* (2015) (*Guide*).

We have pointed out that EU legislative texts are overwhelmingly translations from English. The *Guide*, nevertheless says, they "should be perceived […] .not as translations in a negative sense but as texts which conform to a certain legislative style". This *Guide* states that Union Law and its terminology are specific and have their own style, and thus form a stand-alone corpus distinct from the national systems which must adapt it to their particularities. This is a fundamental insight, which confirms the errors in implementation that are sometimes detected in national courts (on which more will be said below) and at the same time justifies an autonomous interpretation of concepts included in PIL regulations as well as the CJEU's hermeneutics[43].

[41] It should be noted that Irish, while being an official language under primary law since 1971, was not an official language to full effect in the EU. Translation of all documents to Irish will not be mandatory until December 2021 (*regulation 2015/2264 of the Council* (*OJ* L 332 of 8 December 2015).

[42] European Commission Communication, "Translation as part of the Commission's decision-making-process", C (2016) 2000 final, 22 April 2016.

[43] The role of the CJEU is to interpret European Union Law and guarantee that it is upheld. The Luxembourg Court departs from the literal argumentation approach traditional in national courts whose legal terms have a history and connotations that cannot be extrapolated to EU Law. The CJEU uses a mixed systematic and teleological approach: REQUEJO ISIDRO, *El DIPr y el Derecho procesal civil europeo en la jurisprudencia del*

From a purely linguistic standpoint, legal practitioners must be able to understand and interpret this supranational law applicable on the State level. Therefore, it cannot read like translation. If the legal practitioners are to make it their own, it is not enough for it to be in their language, but rather it must also read like the language they use (in the use of verbal tenses, for example)[44]. Furthermore, it should not appear to be a foreign corpus only distantly-related to their national law. In other words, the European texts should not simply be "copied and pasted" into the national legal corpus, but rather streamlined with preexisting legislative texts. This should happen not just on a substantive level, but also on a terminological one. This does not necessarily mean modifying the national legal language, although at times this terminological adjustment has taken place[45].

These general prerogatives, among many specific ones, are meant to make texts easier to understand for the legal practitioner belonging to a legal system with its own style, who then has to apply European law as part of that legal system as it was meant under Union law. Our question is as follows: whose job is it to ensure a language version of an EU regulation is not simply a translation from the English and is streamlined with the preexisting language in the target legal system while at the same time maintaining the autonomy of a supranational European law whose language can be interpreted in a stand-alone fashion?

It seems that this trying task falls upon the EU translator. The translator is required not only to translate the text from the English to the target language and ensure consistency within the text, preamble and annexes, but also other related legal instruments (vertical consistency) and streamline it with the target country's national law (so that it will not read like a translation). Furthermore, it must be horizontally consistent with the other 23 language versions; and even more difficultly in my view, both adapted to the target language of the Member State while also maintaining its EU singularity. And not just linguistically and in terms of drafting, but also substantially. The translators working for EU institutions, professional as they are, are not always legal experts and in any

Tribunal de Justicia, in *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2014-2015, pp. 55-89.

[44] The *Guide* specifies that verb tense and choice varies by language and type of act also vary depending on whether they are recitals or rather acting terms (Guideline 2.3.1 of the *Guide*).

[45] See, on the introduction of the term "rights of access", FONT-MAS, *Els conceptes jurídics de Dret internacional privat europeu i els de dret civil català: excloents o compatibles?*, *XX Jornades de Dret català. Els Reglaments europeus i l'evolució del Dret català de contractes, família i successions*, Girona, in press.

case translate legislative texts stretching across multiple legal areas. Furthermore, they rarely have the occasion to ask the original drafters about the meaning of the text they are translating[46]. Obviously, they are not specialists in the substantive target law, nor have they taken part in the negotiations of a European law. Therefore, they are unaware of the "genuine" aspects which make it an EU law and how to adapt it linguistically while translating it for the target legal system. In my view, it is not appropriate to expect either one of these skills from the translator, who applies translation techniques and the EU translation tools at their disposal to achieve horizontal and vertical consistency. As such, we would say that when language versions are being developed, or in a post-editing, pre-publication stage, legal experts specialized in the specific area of each legal system who are aware of the European law to be approved should be involved[47]. At this juncture, we would also highlight the crucial importance of comparative law, especially within the EU. As Pasa states, "European Union law is the culmination of an intense comparison process carried out with varying levels of accuracy and awareness. It has become a legal model in its own right grounded in general principles, standards and solutions emanating from case law that are sometimes original, most often emerging from a compromise between multiple legal systems"[48].

[46] "They have only limited access to the authors of the text, who in any case may no longer be altogether sure of the precise meaning of the text as a result of the input of others during the internal procedures. When translating a complex and lengthy legislative proposal the translators cannot always know when one of the choices made by them will alter some nuance in the text or undo a carefully crafted. [...] In a very few cases each year the Legal Revisers in the Legal Service will revise a legislative proposal just before its adoption by the Commission. At that late stage the proposal will have been translated into all the official languages and the revisers will be primarily concerned with checking that the various language versions all have the same legal meaning ('linguistic concordance') and that the legal terminology is correct in all the languages. There will be little scope for major improvement of the quality of drafting". ROBINSON, *Drafting European Union Legislation,* European Parliament. Directorate General for Internal Policies. Policy Department. Citizen's Rights and Constitutional Affairs, Brussels, 2012, pp. 9-10.

[47] Would this increase translation costs? I am not sure how viable it would be for Member State representatives who participated in the negotiations to draft a particular EU legislative texts, and thus are knowledgeable about EU law and specialized in the target law (hence their belonging to the committees), along with their many other obligations to be tasked with reviewing the language version to be implemented in their State. This would certainly lengthen the legislative process, but arguably it would lead to higher legal-linguistic quality in legal texts.

[48] PASA, *Diritto contrattuale europeo ed inconsistenza terminologica,* in PASA, ROSSI (a cura di), *Il Diritto contrattuale europeo tra direttive comunitarie e trasposizioni nazionali. Materiali per lo studio della terminologia giuridica*, Torino, 2007, p. 30 (translation by this author).

4. Translation and legislative drafting errors, language version corrigenda of EU regulations: some examples

As the CJEU has reiterated, all language versions of multilingual EU law (regulations) have equal value and should not be interpreted in a stand-alone fashion, but rather in light of other EU language versions in a combined manner[49] so as to reach a uniform interpretation and application of the law while bearing in mind the goal of the legislator[50].

4.1. Example of a calquing error: "to decline"

Let us compare wordings in English (the "original"[51]), French, Italian, and Spanish used in Article 31, para. 1, of regulation 1215/2012 (RBIbis)[52] on *lis pendens*:

(EN): "Where actions come within the exclusive jurisdiction of several courts, any court other than the court first seised shall decline jurisdiction in favour of that court".

(FR): "Lorsque les demandes relèvent de la compétence exclusive de plusieurs juridictions, le dessaisissement a lieu en faveur de la juridiction première saisie".

(IT): "Qualora la competenza esclusiva a conoscere delle domande spetti a più autorità giurisdizionali, quella successivamente adita rimette la causa all'autorità giurisdizionale adita in precedenza".

(ES): "Cuando en demandas sobre un mismo asunto los órganos jurisdiccionales de varios Estados miembros se declaren exclusivamente

[49] "When a single decision is addressed to all the Member States the necessity for uniform application and accordingly for uniform interpretation makes impossible to consider one version of the text in isolation but requires that it be interpreted on the basis of both the real intention of its author and the aim he seeks to achieve, in the light in particular of the versions in all four languages": CJEC, judgement of 12 November 1969, *Stauder*, C-29/69, para. 3. See CJEU, judgement of 17 July 1997, *P. Ferriere Nord v Commission*, C-219/95, para. 15.

[50] "According to settled case-law, one language version of a multilingual text of Community law cannot alone take precedence over all other versions, since the uniform application of Community rules requires that they be interpreted in accordance with the actual intention of the person who drafted them and the objective pursued by that person, in particular in the light of the versions drawn up in all languages": CJEU, judgement of 20 November 2001, *Jany & others*, C-268/99, para. 47.

[51] As regards specifically regulation 1215/2012, we should bear in mind that it originated in the Brussels Convention of 1968, drafted in French.

[52] Regulation (EU) 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.

competentes, la declinación de competencia será en favor del órgano jurisdiccional ante el que se presentó la primera demanda".

In the Spanish version, we find the term "*declinación*", a calque which has no legal meaning. We can rule out the hypothesis that it meant "*declinatoria*" (declinatory plea), which would also be incorrect since there is no obligation on the party to enter a declinatory plea. The Article orders the Court to refuse to hear a case and to recuse itself, even though it has exclusive jurisdiction. This is because the case is already being heard in courts of another Member State that also have exclusive jurisdiction and are where the lawsuit was first filed. The term could have been translated as "*desistimiento*" (abandonment/withdrawal) as foreseen in Article 29 RBIbis[53] and as the French and Italian versions maintain[54], or perhaps "*abstención*" if we wanted to take from Spanish procedural law[55].

4.2. Example of a word choice error: "enforceable" – "impugnata/esecutiva"

A translation mistake that altered the legal effect – and has since been corrected after ten years in application – can be found in Annex III and IV of regulation 2201/2003 (RBIIbis)[56], on the certificate referred to in Article 41, para. 1, concerning judgments on rights of access, and on

[53] CALVO-CARAVACA, CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, Granada, 2016.

[54] In IATE, among the many areas where we see "decline", we used the legal meaning (Comission) which translates "decline jurisdiction" as: *inhibirse, declinar su competencia* (ES); *se dessaisir, décliner sa compétence* (FR); *dichiarare la propria incompetenza, declinazione della propria competenza* (IT). And, under Law (Council): *inhibirse, acordar su inhibición, declararse incompetente* (ES); *se dessaisir* (FR); *declinare la propia competenza* (IT). In the French version we once again see "*se dessaisir*", in Italian a different term is used "*rimettere*", and in the Spanish explanations, reference is made to "*inhibición*" and "*declinatoria*"; and also "*declinar su competencia*" which is considered a calque from French. It is not easy for a translator with the multiple language versions and the IATE Dictionary in hand, since they must understand how attribution of exclusive jurisdiction to courts works and the *prior tempore, potior iure* rule.

[55] Article 38 LEC (Spanish Procedural Civil Code) sets forth: "Civil Courts will recuse themselves from hearing a case as soon as they are informed of a lack of jurisdiction or lack of international jurisdiction" (this author's translation). Although this would imply in-depth knowledge of Spanish domestic law on the part of the translator, it would possible for them to carry out their work either alone, or with the assistance of a legal practitioner who is an expert in the target legal system and the relevant area of European law.

[56] Council regulation (EC) 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing regulation (EC) No 1347/2000.

the certificate referred to in Article 42, para. 2, concerning the return of the child. In both forms we find the following question:

(EN): "Is the judgment enforceable in the Member State of origin?"

(IT): "La decisione è esecutiva nello Stato membro di origine?"

(FR): "La décision est-elle susceptible de recours selon la loi de l'État membre d'origine?"

(ES): "¿Es recurrible la resolución conforme al Derecho del Estado miembro de origen?"

Clearly, it is not the same to say that a legal judgment is enforceable (*ejecutivo, exécutoire, esecutiva*) and that it can be appealed (*recurrible, recours, impugnata*)[57]. This wording stood for ten years until the Spanish, Danish, Greek, French, Maltese, Romanian and Finnish versions were amended in 2013[58].

It should be pointed out that the Italian version of Annex III was correct in using "esecutiva". However, inexplicably in Annex IV on the certificate referred to in Article 47, para. 1, on the return of the child, the question was: "La decisione può essere impugnata secondo la legislazione dello Stato membro di origine?", whereas it should have read "esecutiva". This mistake was corrected in 2006[59]. Until then, there was vertical inconsistency throughout the Italian language version despite the fact it was meant to be internally consistent throughout the entire text, including the preamble, Articles, and annexes in addition to being consistent across language versions.

4.3. Drafting error: "dopo/a decorrere dal" – "after/as from"

The following example was not a translation mistake, but rather a drafting error that was detected after the law entered into force but before it became applicable. It was regulation 593/2008 (RRI)[60] on the law applicable to contractual obligations. Article 28 determines the time frame for the law's applicability:

(EN): "This regulation shall apply to contracts concluded after 17 December 2009".

[57] In IATE we can see the proposed translation of "enforceable" is "ejecutiva", "exécutoire" and "esecutiva", so there is no question about which term should be used.

[58] *OJ* L 82 of 22 March 2013.

[59] *OJ* L 174 of 28 June 2006.

[60] Regulation (EC) 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) (*OJ* L 177 of 4 July 2008).

(IT): "Il presente regolamento si applica ai contratti conclusi dopo il 17 dicembre 2009".

(FR): "Le présent règlement s'applique aux contrats conclus après le 17 décembre 2009".

(ES): "El presente reglamento se aplicará a los contratos celebrados después del 17 de diciembre de 2009".

This Article was amended in all of the language versions, as we said, before it became applicable. "*After/dopo/après/después*" were changed to "*as from/a decorrere dal/a compter/ a partir de*"[61].

The meaning and applicability of the law can change depending on the drafting or word choice. The use of adverbs (*después, dopo, after*) or prepositional phrases (*a partir de, a decorrere dal, as from*) becomes relevant when determining the applicability of the regulation. Despite the amendment which was aimed at determining which contracts were subject to the regulation from a time standpoint, the issue was not without controversy. Proof of this is that the CJEU had to make a finding on that issue in the *Nikiforidis* case (2016)[62]. A more detailed analysis of the ruling was undertaken in a previous publication[63], but in summary, we can say that (*después, dopo, after*) implied that the regulation would be applied to all contracts concluded before the relevant date and it would take effect after the date. On the other hand, the new drafting (*a partir de, decorrere dal, as from*) shows that it applies exclusively to contracts concluded starting from the date the regulation became applicable[64].

4.4. Language version corrigenda

Any law can be amended due to translation, spelling, or typographical errors leading to the misapplication of a law[65]. Once detected, these

[61] *OJ* L 309 of 24 November 2009.

[62] Judgement of 18 October 2016, *Republik Griechenland v Grigorios Nikiforidis*, C-135/15.

[63] FONT-MAS, *European Legal Language and the Rules of Private International Law: Practical legal-linguistic problems*, in *Revista de Llengua i Dret, Journal of Language and Law*, 2017, pp. 28-29.

[64] The CJEU clarifies that the regulation could be applied to contracts concluded before the implementation date that had been amended afterwards, thus meaning they could be considered new contracts concluded after the implementation date (para. 39).

[65] For example, the Italian version of Article 2, para. 1, regulation (EC) 2201/2003 referenced Article 5 in the same legal text, whereas it should have referred to Article 3. This mistake meant the law was incorrectly implemented, since Article 12 allows for jurisdiction to be extended (prorogation of jurisdiction) in a divorce case (Article 3) and the incorrect reference to Article 5 limited the extension to when a legal separation became a divorce. This mistake was remedied ten years after implementation of the regula-

errors can be remedied through a corrigendum (*corrección de errors, rectificatif*).

A corrigendum is not an error correction per se (*rectificación, rectifier, corregir*), but rather the procedure through which errors detected in a text that has already been published in an Official Journal can be remedied or amended (*subsanar, modifier, modificar*). In order to assess the difficulties, effectiveness and scope of these corrigenda, we should bear in mind several factors. One factor undermining amendments is the administrative procedure itself which takes time, since any amendment of a language version has to be approved by all States and then published in the Official Journal. On the other hand, a factor that (seemingly) facilitates amendment is that any citizen (including legal experts and academics) can signal any errors detected in legislation[66]. In terms of effectiveness, clearly, once corrigenda are published and fully in force, they are effective. However, the problem lies in the fact that amendments often arise very late, years after national legal practitioners have been misapplying a law unless they detect the error and apply any other correct language version.

This is not the case in the following example in which errors and non-errors (substantial amendments) were approved for each language version of the regulation before it was applied. With this example, we can question the scope of the corrigenda. Let us refer to regulation 2016/679 on data protection[67], applied as from May 25th, 2018, with a corrigendum published two days earlier[68]. Although this regulation is not PIL legislation, we consider it noteworthy given its novelty and the surprising number of errors amended throughout all language versions.

Let us count the number of errors in each language version: English (15), French (21), Spanish (20), Italian (75), Danish (17), Portuguese (16), Lithuanian (15), Bulgarian (17), Czech (28), German (38), Estonian (24), Greek (15), Irish (18), Croatian (57), Latvian (17), Maltese (15), Dutch (58), Polish (37), Romanian (24), Slovak (14), Slovenian (68), Finnish (16), Swedish (62).

From a general analysis (we could perform an in-depth analysis of only four of the language versions), we can draw a few insights. Firstly,

tion begun (*OJ* L 88 of 1 April 2015).

[66] If a citizen detects an error in a published piece of legislation, they can send an email to EUR-lex: EURLEX-HELPDESK@publications.europa.eu.

[67] Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) (*OJ* L 119 of 4 May 2016).

[68] *OJ* L 119 of 4 May 2016.

the "original" English version replaces terms such as "criteria" with "requirements", or "conditions" with "requirements" or "specify" with "approve" thus changing the meaning of the legislation. On one occasion a whole sentence is deleted and in others the wording is changed. These "corrigenda" are actually substantive amendments and not simply translation-related, and thus require all language versions to be similarly amended. All corrigenda throughout all language versions include the substantive amendments introduced in the English version. In other words, they replaced terms and wordings that were not incorrectly translated but rather to reflect the main corrigendum. Thus, all language versions have at least 14 amended articles and 1 recital provision (except for the Slovak version)[69].

Beyond the minimum of number of amendments (15), we see two groups. One group is made up of the language versions that simply incorporated the changes originating in the corrigendum of the "original" English version (Lithuanian, Greek, Maltese, Slovak). The other is made up of those which were subject to a full-scale revision and amended drafting issues or translation areas which changed the meaning of the law[70]. In this second group, the number of amendments varies widely, from 16 in the Portuguese version up to 75 in the Italian version. It is definitely stunning that once the 15 compulsory amendments are subtracted from the 75 amendments that 60 errors remain. We have found that many are spelling mistakes, such as, "il" instead of "del", "di" instead of "sull´", "da" instead of "dal" or "saranno" instead of "siano". There are also terminological changes such as, "esprimere" in place of "prestare", "presupposto" instead of "fondamento", "legale" instead of "giuridico", "indugio" instead of "ritardo", "esprimere" por "prestare", "monitoraggio" instead of "controllo".

Such a large number of amendments to all of the language versions led us to wonder what we they could be attributed to[71]; the response was

[69] This version includes 14 amendments: one less. Specifically, there is no amendment to Article 37, para. 1. Since we do not know the language, we do not know if the original matched the new version or if it was simply an oversight.

[70] The Spanish version amends Article 3, para. 2, on the territorial scope of the regulation, whose initial version indicated it applied to subjects "residan en la UE" (who reside in the EU, own translation) whereas the English stated "subjects who are in the Union", the French stated "personnes concernées qui se trouvent sur le territoire de l'Union" and the Italian stated "di interessati che si trovano nell'Unione". The corrigendum includes the new wording "de interesados que se encuentren en la Unión" (Subjects who are in the EU). As we can see, the drafting change modified the territorial scope substantially, and now ensures agreement among the rest of the language versions (horizontal consistency).

[71] In the Forum "Eurolanguage in PIL. Legislating, translating and applying. Inter-

that since it was a legal text which so clearly had a major direct effect on citizens (no doubt about that, since all of us have received multiple notices informing about this regulation), it was decided to collect and revise all of the changes so they could be included before the regulation was applied[72]. This response is partially satisfactory. We understand the English version was revised from a legal-linguistic perspective, but the opportunity was taken to include substantive amendments which then led to substantive amendments in all of the language versions. Logically, introducing substantive changes meant the texts had to be fully revised, and thus mistakes were found or at least the drafting was improved. All of this happened before the law was applied. However, the 60 amendments in the Italian version, the 42 in the Croatian version, the 43 in the Dutch version, the 53 in the Slovenian version and the 47 in the Swedish version, in addition to the 15 compulsory changes due to the new English drafting, are concerning to us. It makes us wonder if given the plethora of EU laws and regulations approved, when there is no post-publication review as there was this in this case, can we assume that some language versions are badly-drafted and full of mistakes?

5. Concepts specific to European international private law

PIL regulations included definitions and articles that lay out the scope, which is essential to determine whether the regulation at hand is applicable in a particular case, in the same way that the time or spatial framework is used to determine its applicability in a specific situation. The material arena entails defining a legal relationship, for example: "succession", "parental responsibility"[73], These are stand-alone concepts in EU law which means they should be interpreted and applied uniformly and with their EU meaning. At times there are no definitions, such as in the case of "contractual obligation" (in Recast Brussels Regulation and Rome I) hence the CJEU's stand-alone interpretation, on a case-by-case

national interdisciplinary conference", Universtiy Rovira i Virgili, Tarragona, 14th June 2018.

[72] There was a first amendment of 4 language versions 6 months following publication (*OJ* L 314 of 22 November 2016).

[73] We could distinguish two types of definitions, material or substantive definitions which allow for the applicability of regulations to be determined: and definitions of terms used to implement PIL laws, (*e.g.*, resolution, participating Member State, habitual residence). There are other terms belonging to the regulation which refer expressly to the Member State's law to understand its content (*e.g.* public order).

basis for each regulation which does not necessarily apply to another[74]. Indeed, while there is linguistic consistency, there is not necessarily semantic or substantive harmony, for example: the notion of a "consumer contract" is different whether we apply the Recast Brussels regulation (Article 17) or the Rome I (Article 6)[75]. Certainly, from a pragmatic standpoint it would be much easier if the definition was the same in both regulations and agreed with EU Directives and even better if they agreed with the domestic laws of the 28 Member States[76], but as S. Sánchez Lorenzo states: "There cannot be automatic parallels drawn between notions, concepts and solutions [...]. The principle of consistency cannot be understood in operative or practical terms; as a purely formal tool to smooth over interpretation of European international private law"[77].

The substantive definitions included in PIL regulations are only aimed at determining their material scope. They are by no means intended to regulate a European private law, which in most subject matters does not exist. European PIL is still being formed and developed as a result of on-going legislation and interpretation by the CJEU. This standalone EU PIL system was born prematurely due to a lack of European private law and no common historical legal background. It attempts to bring together different legal traditions – 28 legal systems, in fact, or even more if we include States with more than one system (e.g. Spain)[78].

Whatever the case may be, the concepts governed by PIL, particularly substantive and material ones, lead to the desire to enshrine its uniform application throughout the EU area, hence the approval of EU laws through directly-applied regulations. Concepts specific to PIL, despite serving a specific purpose (determining the scope of the regulation) are sometimes incorrectly applied, or overlooked by national legal practitioners. Practitioners use their own definitions on private legal relationships as regulated in their national legal systems to determine the ap-

[74] V. SÁNCHEZ LORENZO, *El principio de coherencia en el derecho internacional privado europeo*, in *Revista Española de Derecho Internacional*, 2018, pp. 17-47.

[75] The notion of "consumer" fits easily in different circumstances included in laws which limit their target scope, which makes for a very "elastic" notion. CARRIZO AGUADO, *Régimen jurídico de las operaciones internacionales de consumo en los servicios turísticos digitales*, Madrid, 2018, p. 59.

[76] On the concept of "consumers" in EU Directives and their transposition to Spanish law, v. FONT-MAS, *Questioni terminologiche nella trasposizione delle direttive sul diritto contrattuale europeo: la prospettiva dell'ordinamento giuridico spagnolo*, in PASA, ROSSI (a cura di), *op. cit.*, p. 33 ff.

[77] SÁNCHEZ LORENZO, *above*, p. 46 (this author's translation).

[78] FONT-MAS, *Els conceptes jurídics de Dret internacional privat europeu i els de dret civil català: excloents o compatibles?,* above.

plicability of EU PIL regulations, and if those concepts do not match up they are not applied.

One illustrative example can be found in maintenance obligations (*obligación de alimentos, obligations alimentaires, obbligazioni alimentari*) regulated in regulation 4/2009[79] and the Hague Protocol of 2007[80] (applicable by virtue of the reference to it in regulation 4/2009). These laws do not include a definition, but they do set out a material scope in Article 1 regulation 4/2009: "This regulation shall apply to maintenance obligations arising from a family relationship, parentage, marriage or affinity.". The CJEU ruled on multiple occasions on the relationships leading to maintenance obligations in the regulation[81] including other types of payments regardless of their name: alimony, maintenance, duty to aid, costs of married life; including compensatory payments[82]. Indeed, the stand-alone concept of EU PIL of maintenance obligations includes "compensatory payments/provision of compensation" (*prestaciones compensatorias derivadas de una ruptura conyugal, prestazione compensative, prestations compensatoires*)[83] which in Spanish (and Catalan) Law is not considered part of maintenance obligations. These differing concepts imply that some Spanish national legal practitioners erroneously fail to apply the EU regulation because they use their own domestic concept of "prestación compensatoria" ("compensatory payment") and not the EU concept of maintenance obligations. This erroneous practice continues despite CJEU judgments, and the Spanish Supreme Court's ruling (2000)[84] which makes abundantly clear that the "pensión compensatoria" is included in maintenance obligations when applying the EU

[79] Regulation (EC) 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations (*OJ* L 7 of 10 January 2009).

[80] Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations (concluded 23 November 2007).

[81] Prior to regulation (EC) 4/2009, maintenance obligations were dealt with in regulation (EC) 4/2201, and previously in the Brussels Convention of 1968.

[82] Judgement of 6 March 1980, *Cavel,* C-120/79; judgement of 27 February 1997, *Laumen*, C-220/95.

[83] The proposed translation was taken from judgement of 6 March 1980, *Cavel,* C-120/79, para. 5) (IT): "le 'prestazioni compensative' contemplate [...] sono connesse ad eventuali obbligazioni finanziarie fra *ex*-coniugi, dopo il divorzio, commisurate alle rispettive risorse e necessità, ed hanno anch'esse carattere alimentare'! (EN): "the 'compensatory payments' provided [...] are concerned with any financial obligations between former spouses after divorce which are fixed on the basis of their respective needs and resources and are equally in the nature of maintenance". In IATE, the English term proposed was "provision of compensation".

[84] STS (Civil Chamber) 742/2000, de 21 de julio de 2000. (FJ3) (ECLI:ES:TS:2000:6152).

legislation. To date it has fallen upon appellate judges to repair this error and rule that regulation 4/2009 (and the Hague Protocol of 2007) are in fact applicable to the "pensión compensatoria": "The concept of maintenance in international law is broader than the concept of maintenance (*alimentos*) in our domestic law to the extent that it encompasses all payments recognized under law between spouses and thus includes the "pensión compensatoria". We are thus faced with a stand-alone concept from international private law produced by the EU which encompasses all maintenance obligations derived from familial relations"[85].

6. Concluding remarks

1. Multilingualism is the language policy chosen by European institutions and we believe it should remain as such. While there could be fewer working languages and languages for inter-institutional communication in order to speed up administrative processes and bring down costs, multilingualism cannot be lessened when it comes to communicating with citizens or between Members of the European Parliament. Legislation (and the case-law on its interpretation) must always be available in all official languages. This guarantees it will be applied by national legal practitioners.

2. The use of regulations to legislate on PIL as indicated implies they are directly applicable and thus in specific cross-border private law relationships, legal practitioners from all 28 Member States will use the same laws and articles to resolve matters. This should guarantee the achievement of a European Legal Area. However, despite the unification of European PIL legislation, uniform application is not guaranteed. In our understanding, this is due to a number of factors:

a) Inconsistencies and errors across the 24 language versions of the regulations (errors, vertical and horizontal consistency as well as matching across all language versions). These are remedied as shown through multiple examples, but it would be better to avoid the problem in the first place by improving the use of translation resources and ensuring these professionals were supported by the legal experts that participated in the legislative process who are well-aware of the objective behind the European law, and would also be familiar with national legal systems (hence

[85] Ruling Audiencia Provincial de Barcelona (Sec. 18) 618/2018, of 25 September, 2018 ECLI: ES:APB:2018:8937) Ruling Audiencia Provincial de Barcelona (Sec. 18) 580/2018, 12 September 2018 (ECLI: ES:APB:2018:7603).

the importance of education in comparative law). On occasions, the translation is incorrect, or the final text is difficult to understand because part of the original text is badly-drafted. In this regard, applying any of the theories urging for "Better (and less) regulation" would be welcome.

b) A lack of unified definitions in substantive European PIL, and a consequent lack of vertical consistency (not linguistically but substantively vis-a-vis other regulations and directives) which woul favour the technical requirements of application. While EU legislation cannot technically ensure uniformiyy in the use of concepts, this situation gives rise to implementation difficulties, as national legal practitioner are faced with definitions that differ depemding on the instrument, and are variance with those of their own domestic law. This can lead to misapplication of WU law.

CARTA, CEDU E COSTITUZIONI NAZIONALI: UN PROCESSO DI CODIFICAZIONE TRA AUTONOMIA, AUTOPOIESI E *INTERNATIONAL COLLABORATIVE LAW*

Bernardo CORTESE*

SOMMARIO: 1. Introduzione e definizione delle questioni di ricerca. – I. IL RAPPORTO CON LE TRADIZIONI COSTITUZIONALI NAZIONALI. – 2. La Carta e il Trattato di Lisbona come argini all'erosione delle tradizioni costituzionali nazionali? – 3. L'espansione del sistema UE di garanzia dei diritti fondamentali come sistema originario ed autoreferenziale e il corrispondente recedere dei sistemi nazionali. – 4. i) *Kücükdeveci*, *Mangold* e *Google Spain*: l'adozione di una direttiva e l'*inventio* di un bilanciamento costituzionale – 5. ii) *Åkerberg Fransson* e *Taricco*: oltre la dimensione interindividuale? – 6. La tutela comune come livello necessariamente uniforme: l'autonomia come carattere originario e l'ipotesi dell'autoreferenzialità – 7. *Segue*: quale significato per le deroghe nazionali? – 8. Considerazioni intermedie. – II. IL RAPPORTO CON LA CEDU E CON IL DIRITTO INTERNAZIONALE DEI DIRITTI UMANI NEL PIÙ AMPIO PARADIGMA DEL RAPPORTO TRA DIRITTO UE E DIRITTO INTERNAZIONALE. – 9. Alcuni elementi testuali desumibili dai Trattati: la Carta come strumento di codificazione della CEDU e di altri obblighi internazionali? – 10. Il progressivo sbiadire del riferimento alla CEDU come sintomo dell'autoreferenzialità del sistema UE. – 11. L'autorappresentazione della Corte di giustizia: corte costituzionale o giudice internazionale? – 12. Ancora… padroni dei Trattati? – III. AUTONOMIA TRA AUTOPOIESI, ECCEZIONALISMO E COLLABORAZIONE. – 13. Il diritto UE come sistema autopoietico? – 14. Il rapporto con i sistemi costituzionali degli Stati membri: un ritorno su *M.A.S. e M.B* in chiave di autopoiesi. – 15. Il rapporto con la CEDU nel parere 2/13 a cavallo tra due paradigmi: il passaggio dall'autonomia … – 16. *Segue*: … all'autopoiesi. – 17. La dimensione esterna dell'autopoiesi: l'eccezionalismo dell'Unione. – 18. L'inadeguatezza del paradigma autopoietico in relazione alla natura anche internazionale del diritto dell'Unione: verso un approccio di diritto internazionale collaborativo. – IV. IL PRINCIPIO DI FIDUCIA RECIPROCA: PER UN DIALOGO COLLABORATIVO TRA CORTI NEI RISPETTIVI AMBITI DI CODIFICAZIONE. – 19. Il principio di fiducia reciproca nel parere 2/13 e la sua valorizzazione nell'ambito della CEDU nell'ottica del diritto internazionale collaborativo. – 20. *Segue*: La sentenza *Avotinš* della Corte EDU: una risposta non collaborativa. – 21. Il prevalere di un dialogo collaborativo nei settori più

* Professore associato di Diritto internazionale, Università degli Studi di Padova.

problematici dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. – V. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE. – 22. Autonomia, non autopoiesi. – 23. Coesistenza in un quadro collaborativo. – 24. Carta e codificazione – 25. *a*) Nel rapporto con i sistemi costituzionali nazionali. – 26. *b*) Nel rapporto con il sistema della CEDU.

1. Introduzione e definizione delle questioni di ricerca

Il tema del coordinamento tra diversi strumenti di codificazione è di particolare interesse nella valutazione dei rapporti tra la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e i cataloghi di diritti che le si sovrappongono nello stesso ambito di riferimento: le Costituzioni degli Stati membri e la Convenzione europea dei diritti umani (CEDU), entrambi richiamati dalla nota formula dell'art. 6, par. 3, TUE, secondo cui "i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali".

Una premessa metodologica si impone: nell'interrogarsi sul ruolo della Carta quale strumento di codificazione, si dovrà tenere conto della sua duplice natura: strumento di diritto internazionale o, se si preferisce, internazionalizzato, in forza dell'art. 6, par. 1, TUE[1], ma al tempo stesso livello supremo dell'ordinamento dell'Unione quale ordinamento interindividuale[2].

Ciò posto, è anzitutto necessario, in questo contesto, condurre un'analisi del rapporto tra la Carta e i sistemi costituzionali degli Stati membri dell'UE. In particolare, è opportuno chiedersi in che senso la Carta possa dirsi uno strumento di codificazione di principi desumibili da quei sistemi costituzionali nazionali. Ciò che ci interessa verificare è, nell'ottica enunciata in premessa, se i principi costituzionali nazionali vengano in rilievo, nell'ambito della Carta, in quanto dati irrinunciabili a partire dai quali desumere la volontà dei singoli Stati membri, in quanto parti contraenti, nel momento dell'elevazione della Carta al valore dei Trattati, o se siano rilevanti solo se ed in quanto espressione di un ap-

[1] Che riconosce alla Carta "lo stesso valore giuridico dei trattati".

[2] Per la descrizione dei caratteri dell'ordinamento dell'Unione come ordinamento interindividuale autocostituitosi, a valle dei Trattati e della loro effettiva attuazione, sia permesso rinviare a CORTESE, *L'ordinamento dell'Unione europea tra autocostituzione, collaborazione e autonomia,* Torino, 2018, specie pp. 34 ss., 63 ss. Per la contestuale, perdurante dimensione internazionale dei Trattati, *ivi*, spec. pp. 40 ss., 142 ss., 212 ss.

proccio comune coerente con i caratteri fondamentali dell'ordinamento interindividuale dell'Unione.

Una volta saggiato il rapporto della Carta con i principi costituzionali degli Stati membri, sarà il suo rapporto con la CEDU a venire in considerazione, poiché è proprio in relazione al regime convenzionale che il tema della portata codificatoria della Carta assume con maggiore evidenza entrambe le dimensioni che qui ci interessa indagare, nel loro rapporto a volte contraddittorio: quella internazionale e quella della codificazione interna, relativa cioè ad un ordinamento interindividuale.

Affrontando le questioni così poste ci si troverà, quasi inevitabilmente, a misurarsi con la nozione di autonomia del diritto dell'Unione. Come intendere tale autonomia? Come chiusura autoreferenziale, nell'ambito di una concezione autopoietica del diritto e del diritto dell'Unione europea in particolare? O come espressione di un fenomeno giuridico complesso, che ad una dimensione interindividuale originaria continua ad affiancare una permanente dimensione internazionale e che deve gestire i suoi rapporti con l'altro da sé (ordinamenti degli Stati membri, regimi internazionali) in una dimensione di diritto internazionale collaborativo?[3]

I due ambiti in cui si svilupperà dunque questo studio sono, come si vedrà, strettamente interconnessi. Infatti, muovendo da un'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia, sarà possibile abbozzare alcune ipotesi di ricostruzione del rapporto tra il regime UE di tutela dei diritti fondamentali, quelli nazionali e quello convenzionale che consentano di dare un principio di risposta alla questione di ricerca principale: quella relativa alla natura del processo di codificazione insito nell'elevazione della Carta al rango di diritto primario. Si tratta però di risposte parziali, perché relative a due ambiti di rapporti differenti. Il passaggio successivo consiste nell'utilizzare i dati fino a quel punto analizzati e le conclusioni così raggiunte, ai fini della seconda questione di ricerca. Lo sguardo qui si aprirà, oltre alla giurisprudenza della Corte di giustizia, anche alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e ai rapporti tra quelle due Corti (e giurisprudenze). Ne discenderà un tentativo di ricostruzione unitaria del significato dell'autonomia del diritto UE, che tenga conto di entrambi gli ordini di relazioni tra la Carta e gli altri sistemi di tutela dei diritti fondamentali rilevanti, tanto verso l'interno (Stati membri), quanto verso l'esterno (CEDU). Gli esiti di quest'analisi consentiranno di riprendere in mano il tema di partenza e di ricondurre ad unità

[3] Cfr. ancora CORTESE, *L'ordinamento dell'Unione europea*, cit., spec. pp. 8 ss., 148 ss., 227 ss.

le conclusioni ad esso relative. Un'unità, si badi, non di contenuto – perché non si potranno ricondurre le dimensioni del fenomeno codificatorio in esame ad un unico modello, bensì di metodo e di sistema, capace cioè di giustificare, all'interno di un quadro concettuale coerente, quegli esiti pur diversificati.

I. IL RAPPORTO CON LE TRADIZIONI COSTITUZIONALI NAZIONALI

2. La Carta e il Trattato di Lisbona come argini all'erosione delle tradizioni costituzionali nazionali?

Muovendo dunque dalla questione del rapporto con le tradizioni costituzionali nazionali, in prima battuta il testo del Trattato e della stessa Carta sembrerebbero offrire degli appigli per un ragionamento che, nel definire la portata della codificazione operata dalla Carta, nel contesto dell'ordinamento interindividuale dell'Unione, muova dal riconoscimento a quella di un ruolo complementare rispetto alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, o addirittura rispetto alle singole costituzioni nazionali e veda in essa, e nelle novità introdotte dal Trattato di Lisbona, un argine all'erosione delle tradizioni costituzionali nazionali.

Vale in particolare ricordare, in tale contesto, il paragrafo 4 dell'art. 52, che impone un'interpretazione della Carta alla luce delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, "laddove [la Carta] riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri", nonché l'art. 4, par. 2, del Trattato UE, ai sensi del quale l'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri, qual è "insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale". Alcune voci in dottrina hanno letto nel nuovo art. 4.2 TUE la possibilità per le Corti costituzionali nazionali di invocare limiti costituzionali al principio del primato[4], coerentemente con *una* delle possibili letture che lo stesso

[4] Cfr. ad esempio in tal senso CARTABIA, '*Unità nella diversità': il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2005, p. 583 ss.; ROSSI, *How Fundamental are Fundamental Principles? Primacy and Fundamental Rights after Lisbon*, in *Yearbook of European Law*, 2008, p. 65 ss., p. 76; BESSELINK, *National and Constitutional Identity before and after Lisbon*, in *Utrecht Law Review*, 2010, p. 36 ss., p. 48; POLLICINO, *The New Relationship between National and the European Courts after the Enlargement of Europe: Towards a Unitary Theory of Jurisprudential Supranational Law?*, in *Yearbook of European Law*, 2010, p. 65 ss., p. 96; PERNICE, *Der Schutz nationaler Identität in der Europäischen Union*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2011, p. 185 ss., p. 185; VON BOGDANDY, SCHILL, *Overcoming Absolute Supremacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market*

art. 53 della Carta si presterebbe a ricevere, là dove prevede che la Carta non possa portare ad una limitazione o lesione "dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione", dal diritto dell'Unione e dalle costituzioni degli Stati membri.

Non sembra però andare affatto in questa direzione la lettura delle disposizioni or ora menzionate, quale emerge dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Da quella giurisprudenza si desumono piuttosto tendenze di senso opposto. In particolare, la giurisprudenza tratteggia un percorso di espansione dell'ambito di applicazione del sistema UE dei diritti fondamentali, a discapito dei sistemi nazionali, basato su assunti autoreferenziali, in cui per di più il riferimento a dei principi comuni (come tali espressione di un *consensus costituzionale* tra gli Stati membri) sembra essere abbandonato, a favore di una valorizzazione, in senso costituzionale, degli esiti del processo legislativo, espresso nell'adozione di atti di diritto derivato. Inoltre, la giurisprudenza della Corte mette al centro l'esigenza di assicurare l'unità dell'ordinamento comune, anche nel suo regime di tutela dei diritti fondamentali, escludendo che quello possa essere caratterizzato come sussidiario, residuale o minimale, in rapporto ai corrispondenti regimi nazionali.

3. L'espansione del sistema UE di garanzia dei diritti fondamentali come sistema originario ed autoreferenziale e il corrispondente recedere dei sistemi nazionali

La Corte appare in effetti intenta a definire un sistema autonomo di tutela dei diritti, capace – da un lato – di limitare fortemente l'ambito di applicazione dei sistemi di tutela nazionali, e conseguente – dall'altro lato – ad un approccio ermeneutico autoreferenziale, per nulla ancorato ad un'idea di mera codificazione dei principi comuni.

Ciò emerge, prima di tutto, da una giurisprudenza orientata a definire in senso ampio l'ambito di applicazione del sistema UE di garanzia dei diritti fondamentali, anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Law Review, 2011, p. 1417 ss., p. 1419. Molto più prudenti altre voci: cfr. ad esempio GAJA, *L'incorporazione della Carta dei diritti fondamentali nella Costituzione per l'Europa*, in *Studi Urbinati, A – Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche*, 2003, p. 485 ss., p. 494; interessante è anche il mutamento di posizione di ROSSI, *'Same Legal Value as the Treaties?' Rank, Primacy and Direct Effects of the EU Charter of Fundamental of Human Rights*, in *German Law Journal*, 2017, p. 771 ss., p. 787, rispetto allo scritto del 2008 già citato.

Le reazioni non sempre positive agli approcci seguiti dalla Corte nei casi *ERT*[5] e, soprattutto, *Mangold*[6], non sembrano averla spinta ad un approccio restrittivo. Oltre alla sentenza *Carpenter*[7], in apertura di millennio, sono le più recenti sentenze *Kücükdeveci*[8], *Google Spain*[9], *Åkerberg Fransson*[10] e *Taricco*[11], adottate nel vigore del Trattato di Lisbona, a dare testimonianza di un'interpretazione eminentemente estensiva dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea, nel contesto della determinazione, ad opera della Corte di giustizia, delle garanzie relative ai diritti fondamentali quali limiti all'azione degli Stati membri.

4. i) Kücükdeveci, Mangold *e* Google Spain: *l'adozione di una direttiva e l'*inventio *di un bilanciamento costituzionale*

In *Kücükdeveci*, come già in *Mangold*, è forte l'espansione dell'ambito di applicazione delle garanzie dei diritti fondamentali desumibili dall'ordinamento comune rispetto ad una classica situazione *à la Wachauf*[12], relativa cioè all'attuazione di un atto di diritto derivato.

In particolare, è significativo il mantenimento in *Kücükdeveci* della scelta effettuata dalla Corte in *Mangold*, consistente nell'utilizzazione

[5] CGUE, sentenza 18 giugno 1991, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE (ERT)*, causa C-260/89. V. l'approccio fortemente critico espresso in *Editorial Comment: Freedoms unlimited? Reflections on* Mary Carpenter v. Secretary of State, in *Common Market Law Review*, 2003, p. 537 ss. Per una lettura restrittiva del principio *ERT* cfr. inoltre JACOBS, *Human Rights in the European Union: The Role of the Court of Justice*, in *European Law Review*, 2001, p. 331 ss., p. 336 s.

[6] CGUE, sentenza 22 novembre 2005, *Mangold*, causa C-144/04. Per un approccio fortemente critico in dottrina v. ad esempio BASEDOW, *General Principles of European Private Law and Interest Analysis, Some Reflections in the Light of Mangold and Audiolux*, in *European Review of Private Law*, 2016, pp. 331–352, spec. pp. 335 s., 340, 342 ss. Per la reazione nella giurisprudenza costituzionale tedesca v. *Bundesverfassungsgericht*, ordinanza 6 luglio 2010, 2 BvR 2661/06 (*Honeywell*), BVerfGE 126, 286 ss. Per una discussione in chiave critica di quell'ordinanza cfr. CORTESE, *L'ordinamento dell'Unione europea tra autocostituzione, collaborazione e autonomia, cit.*, p. 205 s.

[7] Sentenza 11 luglio 2002, *Carpenter*, causa C-60/00, spec. punti 40-45.

[8] Sentenza 19 gennaio 2010, *Kücükdeveci*, causa C-555/07.

[9] Sentenza 13 maggio 2014, *Google Spain SL*, causa C-131/12.

[10] Sentenza 26 febbraio 2013, *Åkerberg Fransson*, causa C-617/10.

[11] Sentenza 8 settembre 2015, *Taricco e.a.*, causa C-105/14.

[12] Il riferimento è alla sentenza della Corte del 13 luglio 1989, causa 5/88. Per la discussione del significato di quel giudizio da parte di uno dei protagonisti della vicenda giudiziaria, v. JACOBS, *Human Rights in the European Union*, cit., p. 333 s.; ID., *Wachauf and the Protection of Fundamental Rights in EC Law*, in POIARES MADURO, AZOULAI (eds), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty,* Oxford, 2010, p. 133 ss.

della direttiva (non attuata) quale ausilio interpretativo di un principio generale – nella specie, quello di non discriminazione – in relazione ad un rapporto orizzontale. Nonostante Lisbona ed il nuovo art. 4.2 TUE, e nonostante le forti critiche che, sul merito della soluzione accolta dalla Corte in *Mangold*, erano state sollevate dalla stessa Corte costituzionale tedesca, non è percorsa dunque la strada della sussidiarietà costituzionale, basata sul riconoscimento di un margine di apprezzamento in relazione all'operare del principio di non discriminazione nei sistemi dei singoli Stati membri.

Si tratta di una soluzione particolarmente limitativa della sfera di applicazione dei sistemi nazionali di garanzia dei diritti fondamentali, poiché si esclude la necessità di individuare un principio comune alle costituzioni nazionali, o almeno un *consensus* costituzionale prevalente in seno ad esse. Ciò che risulta decisivo per espandere l'ambito di applicazione del livello comune di tutela, piuttosto, è l'esito di un processo legislativo già compiuto in sede UE.

Il raggiungimento, in seno al procedimento legislativo dell'Unione, di un tale *consensus* politico[13], però, non si limita a determinare un ampliamento dell'ambito di applicazione della tutela comune dei diritti fondamentali: ne definisce al tempo stesso il contenuto essenziale, predeterminando l'esito del bilanciamento degli opposti interessi in gioco, attraverso la compressione di un principio generale altrettanto significativo, quello della libertà contrattuale[14].

In *Google Spain* il passo è ulteriore, anche se consimile: si tratta, in buona sostanza, di attribuire un effetto diretto anche orizzontale alle disposizioni degli articoli 7 e 8 della Carta, che vengono assunti a parametro interpretativo della direttiva 95/46 in materia di trattamento dei dati personali[15], sulla base di un ragionamento "additivo", basato sulla teoria dell'effetto utile[16]. Al tempo stesso, gli articoli rilevanti di quella direttiva sono visti dalla Corte come strumenti di attuazione dei diritti fondamentali previsti dalla Carta[17].

[13] Per la valorizzazione del *consensus* politico/legislativo, nella definizione del rapporto tra tutela dei diritti fondamentali dell'ordinamento comune e tutele costituzionali nazionali, cfr. LENAERTS, *Some Thoughts on the State of the European Union as a Rights Based Legal Order*, in *Il Diritto dell'Unione europea,* 2015, p. 5 ss., spec. pp.12-21.

[14] Cfr. le critiche espresse sul punto da BASEDOW, *General Principles*, cit.

[15] Sentenza *Google Spain*, cit., punti 68, 74, 81.

[16] Ivi, punto 84.

[17] Sottolinea questo aspetto, in relazione al punto 69 della sentenza, BESTAGNO, *Validità e interpretazione degli atti dell'UE alla luce della Carta: conferme e sviluppi nella giurisprudenza della Corte in tema di dati personali*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2015, p. 25 ss., p. 45.

Il ragionamento, in altri termini, procede su due livelli di argomentazione, ognuno dei quali invera e rinforza l'altro: il *consensus* legislativo viene letto alla luce del valore costituzionale delle disposizioni della Carta e profitta del rango formale superiore di quelle, mentre il principio costituzionale enunciato in termini generali dalla Carta riceve la concretezza normativa della norma legislativa. L'incrocio tra livello legislativo e livello costituzionale diviene inestricabile, e lo spazio che sarebbe altrimenti lasciato ai legislatori nazionali nell'adozione delle misure di attuazione, e alle costituzioni dei singoli Stati membri nel definire il livello di garanzia[18], viene sostanzialmente azzerato.

Come già in *Kücükdeveci,* anche qui, nonostante le apparenti novità introdotte a Lisbona, la scelta non è affatto quella della sussidiarietà legislativa o almeno costituzionale. Piuttosto, la forza centripeta dell'intervento normativo dell'ordinamento comune determina l'applicazione del livello comune di tutela. Il contenuto di questo è, però, plasmato dall'intervento pretorio, che fonde il livello costituzionale e quello legislativo, in un'operazione di sostanziale "invenzione" del diritto[19]. In altre parole, il significato e la portata del principio normativo sono reperiti al di fuori delle concrete volizioni ed intenzioni del "legislatore": sia esso il "legislatore" dei Trattati e della Carta, che enuncia il principio generale esprimendosi nelle forme previste per la modifica del diritto primario dell'Unione, senza però manifestare alcuna concreta e specifica scelta di interpretazione di quel principio, sia esso il legislatore ordinario della direttiva, che non si supporrebbe investito delle funzioni e dei poteri di cui gode il primo.

Il sistema di tutela dei diritti fondamentali incentrato sulla Carta si rivela dunque come espressione di un ordinamento di tipo interindividuale autocostituitosi *a valle* dei Trattati: l'autonomia si rivela qui come dimensione originaria di quel diritto, che non (intende) tra(rr)e la propria legittimità dai Trattati, ma che finisce per misurare quei Trattati su principi fondamentali ad esso stesso immanenti, ed in esso *inventi* dal custode di quella legalità, la Corte di giustizia.

[18] Mi riferisco nel testo all'ipotesi in cui prevale la "national constitutional diversity", pur in presenza di un atto di parziale armonizzazione, nella ricostruzione di LENAERTS, *Some Thoughts*, cit., p. 15. A tale proposito l'esempio che Lenaerts fornisce è quello della sentenza della Corte 30 maggio 2013, *Jeremy F*, causa C-168/13 PPU.

[19] Nel senso, come dirò con altre parole subito oltre nel testo, dell'*inventio* di un dato che esiste, seppure in un contesto diverso da quello della volontà storica del legislatore: mi riallaccio evidentemente alla definizione del diritto come invenzione magistralmente illustrata in GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari/Roma, 2017.

5. ii) Åkerberg Fransson *e* Taricco: *oltre la dimensione interindividuale?*

In questo contesto, *Åkerberg Fransson* e *Taricco*, pur iscrivendosi nella medesima dimensione, segnano un passaggio ulteriore, poiché in essi non si tratta più, come nei casi sinora esaminati, di garantire un diritto che l'individuo può trarre direttamente da una fonte comunitaria, cui si oppone quella interna, in un contesto di concorrenza tra ordinamenti interindividuali (quello comune come contrapposto a quello nazionale).

In *Åkerberg Fransson* e in *Taricco*, infatti, la definizione di un ambito di applicazione esteso delle garanzie uniformi dei diritti fondamentali – nella specie l'art. 50 della Carta in materia di *ne bis in idem* e l'art. 49 della stessa in materia di legalità dei reati e delle pene – è la conseguenza del generale obbligo per gli Stati membri di contrastare e sanzionare le frodi contro gli interessi finanziari dell'Unione previsto all'art. 325 TFUE e nella sesta direttiva IVA, in relazione al pur minuscolo contributo che ogni singola percezione di IVA determina al bilancio dell'Unione[20]. Pertanto, l'espansione del campo di applicazione del sistema comune di garanzia dei diritti fondamentali, a tendenziale discapito di quelli nazionali, avviene a garanzia di un obbligo per gli Stati membri di chiaro stampo internazionalistico. La cosa non è di per sé rivoluzionaria, basti pensare a *van Gend en Loos*; il punto è che in questa occasione la trasformazione di quell'obbligo internazionale in un precetto valido all'interno dell'ordinamento interindividuale dell'Unione avviene, se necessario, comprimendo i diritti che il singolo può altrimenti invocare nell'ambito del sistema costituzionale nazionale. Non stupisce che proprio qui, di fronte alla forte (anche se in parte ingiustificata) reazione della Corte costituzionale italiana[21], la Corte di giustizia senta il bisogno di precisare i limiti di un siffatto meccanismo di estensione, nella sentenza *M.A.S. e M.B.*[22].

6. La tutela comune come livello necessariamente uniforme: l'autonomia come carattere originario e l'ipotesi dell'autoreferenzialità

Ancora, la giurisprudenza della Corte di giustizia è da sempre orientata all'interpretazione autonoma dei diritti fondamentali garantiti ai sin-

[20] Si tratta attualmente dello 0,3 % dell'imponibile armonizzato, come definito dalla decisione 2014/335/UE, Euratom, del Consiglio, del 26 maggio 2014, relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea.

[21] CORTESE, *L'ordinamento dell'Unione europea*, cit., p. 186 ss.

[22] Su cui si tornerà *infra*, par. 14.

goli, a necessaria garanzia dell'uniformità del sistema comune di tutela, sin dalla sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*[23]. Le ragioni dell'unità dell'ordinamento, chiaramente enunciate in quella risalente ma fondamentale sentenza[24], sono ora al cuore del ragionamento che porta la Corte, dopo Lisbona, a rifiutare di considerare la tutela garantita dalla Carta come un minimo liberamente derogabile verso l'alto dai singoli sistemi nazionali.

In questo senso è evidente il segno lasciato dalla sentenza *Melloni*[25]. All'accoglimento di una lettura dell'art. 53 della Carta che lasci spazio alla pretesa dei sistemi nazionali di garantire, di per sé, una tutela superiore a quella della Carta osta il principio dell'unità e della coerenza del sistema del diritto dell'Unione[26]. *Melloni*, dunque, spazza via l'ipotesi di un'assimilazione tra l'art. 53 della Carta e la clausola di cedevolezza contenuta all'art. 53 della CEDU, riaffermando la natura del sistema di diritto UE come ordinamento interindividuale autonomo, nel senso anzitutto di originario, che non ricerca cioè fuori di sé le basi della propria giuridicità. Tale ordinamento, questa l'ipotesi ulteriore, è però autonomo anche nel senso di autoreferenziale, poiché intende risolvere al proprio interno, cioè sulla base dei suoi soli paradigmi, i conflitti con i concorrenti ordinamenti interindividuali nazionali. Di questi esso esclude ogni diretto rilievo ogniqualvolta la fattispecie rientri nel proprio ambito di applicazione, definito con l'approccio estensivo di cui si è più sopra dato conto.

7. Segue: *quale significato per le deroghe nazionali?*

L'ipotesi di configurare l'autonomia, così come accolta dalla giurisprudenza della Corte, come orientata all'autoreferenzialità, deve essere vagliata alla luce dalla valorizzazione delle scelte nazionali in tema di diritti fondamentali che emerge, in parte solo a parole, dal quadro delle deroghe alle libertà del mercato interno: penso in particolare alle sentenze *Schmidberger*[27], *Laval*[28], *Omega*[29].

[23] CGUE, sentenza 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH*, causa 11-70, punto 3.

[24] *Ibidem*.

[25] CGUE, sentenza 26 febbraio 2013, *Melloni*, causa C-399/11.

[26] Ivi, punto 63, con riferimento alla necessità di preservare "l'uniformità dello standard di tutela dei diritti fondamentali" come definito, nella fattispecie, dalla decisione-quadro MAE.

[27] CGUE, sentenza 12 giugno 2003, *Schmidberger*, causa C-112/00.

[28] CGUE, sentenza 18 dicembre 2007, *Laval un Partneri*, causa C-341/05.

Non mi sembra, però, che dall'analisi di quelle sentenze emerga un orientamento che contraddice quanto si è cercato di mettere in luce sinora.

Si trattava, certo, in quelle sentenze, di valorizzare scelte unilaterali degli Stati membri. Ciò avveniva tuttavia nel contesto di previsioni del Trattato che espressamente acconsentono all'adozione di misure nazionali, in deroga alle libertà del mercato interno, quando tali misure siano giustificate da esigenze imperative nazionali di interesse generale. Ora, là dove il Trattato consente che ogni Stato membro applichi siffatte misure nazionali, per la tutela di esigenze imperative nazionali *semplici*, di cui non si richiede affatto una corrispondenza anche a scelte costituzionali di quello Stato, è del tutto naturale che quelle misure, quando riferibili a scelte attinenti al sistema costituzionale del singolo Stato membro, possano, a maggior ragione, trovare *comprensione* da parte del sistema comune. Altra cosa sarebbe invece opinare che il sistema di tutela dei diritti fondamentali posto a presidio dell'ordinamento interindividuale comune si pieghi, in tali ambiti, ai sistemi di tutela degli ordinamenti nazionali.

In particolare, il fatto di valorizzare, nell'ambito della valutazione dell'ammissibilità della misura derogatoria nazionale, il coerente impegno ed obbligo di Unione e Stati membri di tutelare i diritti fondamentali, per affermare poi – come avviene in *Omega* – l'ammissibilità di una misura nazionale che persegua una nozione ed un'intensità di tutela della dignità umana riferibili purtuttavia al solo sistema costituzionale nazionale[30], non comporta alcuna confusione tra i due livelli di tutela dei diritti fondamentali: quello dell'ordinamento comune, da un lato, e quello del singolo ordinamento nazionale di volta in volta considerato, dall'altro lato. Il fatto è che il contrasto che la Corte è chiamata a gestire non è quello, solo supposto, tra il livello di tutela comune e quello nazionale del diritto fondamentale qui rilevante (nella specie, la tutela della dignità umana). La Corte è invece unicamente chiamata a gestire un contrasto tra la scelta di liberalizzazione negativa insita nelle libertà del mercato interno affermata in astratto dal Trattato (nella specie, la libera circolazione delle merci), e l'ostacolo a quella liberalizzazione insito nella scelta nazionale di un'elevata tutela del diritto fondamentale che quella merce può, in concreto, pregiudicare. In tale contesto, il sistema *comune* di tutela dei diritti fondamentali, apprestato direttamente dall'ordinamento dell'Unione, non entra proprio in gioco e mantiene il suo carattere di si-

[29] CGUE, sentenza 14 ottobre 2004, *Omega*, causa C-36/02.
[30] Ivi, punto 32.

stema unitario di garanzia basato su nozioni autonome, per nulla contraddetto da quel bilanciamento tra le libertà del mercato interno e la misura nazionale adottata per la tutela di un diritto fondamentale garantito dal sistema costituzionale nazionale.

Inoltre, è certo vero che quando le scelte derogatorie nazionali abbiano fondamento costituzionale, la loro posizione nel meccanismo di deroga previsto dal Trattato appare in qualche modo rinforzata, alla luce dell'imperativo ora contenuto nell'art. 4.2 TUE di rispettare l'identità costituzionale degli Stati membri. Tuttavia, anche in tali ipotesi, il rilievo del singolo sistema costituzionale è sì centrale, ma non decisivo, poiché le scelte nazionali rimangono comunque sottoposte ad un duplice controllo dell'ordinamento comune.

Per un verso, e per l'essenziale, si applica il test di necessità e proporzionalità, mirante a garantire la non eccessiva ingerenza delle scelte, foss'anche costituzionali, degli Stati membri sui diritti dei cittadini dell'Unione e sulle libertà del mercato interno. Che questo controllo dell'Unione sulle scelte derogatorie nazionali sia penetrante e non meramente formale risulta con grande evidenza proprio dalla giurisprudenza cui qui si fa riferimento. Penso in particolare dalla sentenza *Laval*, in cui il risultato del bilanciamento tra libertà di prestazione dei servizi e libertà sindacale, come prevista dalla costituzione svedese, porta ad un giudizio negativo in punto di proporzionalità ed al conseguente giudizio di inammissibilità della misura nazionale, in quanto ostacolo *non giustificato*[31], nonostante la copertura costituzionale nazionale di cui quella misura godeva.

Per un altro, la misura nazionale derogatoria potrebbe essere sottoposta, in linea di principio, ad un vaglio di compatibilità con il sistema comune di tutela dei diritti fondamentali, nel contesto della giurisprudenza *ERT*[32]. Nulla esclude che un controllo siffatto porti, data la natura interdipendente di molti diritti fondamentali, ad una censura basata sulla irriducibile diversità delle soluzioni di bilanciamento adottate, rispettivamente, nel sistema nazionale e in quello comune. Al verificarsi di una tale ipotesi, per certo, l'interpretazione dell'art. 53 della Carta offerta dalla sentenza *Melloni* non lascerebbe più spazio alle peculiarità nazio-

[31] Sentenza *Laval un Partneri*, cit., punti 108 e 110.

[32] In tal senso TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, 2., Oxford, 2006, p. 302; EECKHOUT, *The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question*, in *Common Market Law Review*, 2002, p. 945 ss., p. 977 s.; LENAERTS, *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *European Constitutional Law Review*, 2012, p. 375 ss., p. 385; ROSAS, *When is the EU Charter of Fundamental Rights Applicable at National Level?*, in *Jurisprudencija/Jurisprudence*, 2012, p. 1269 ss., p. 1277; *contra* JACOBS, *Human Rights in the European Union*, cit., p. 331.

nali, con buona pace del principio di rispetto dell'identità costituzionale degli Stati membri.

8. Considerazioni intermedie

Sintetizzando, l'analisi sinora svolta mostra come la Carta sia letta dalla Corte di giustizia non come strumento di codificazione delle tradizioni costituzionali degli Stati membri, né tantomeno come strumento residuale rispetto alle singole identità costituzionali nazionali, ma piuttosto come strumento di codificazione dei principi generali di un ordinamento interindividuale comune originario. Quest'ordinamento appare capace di sviluppare al suo interno dei principi di tipo costituzionale diversi da quelli comuni agli ordinamenti degli Stati membri, destinati a prevalere, nell'ambito di applicazione del primo, sui sistemi costituzionali interni di quelli. Anche la previsione, nello stesso Trattato, di ipotesi derogatorie che consentono l'esplicarsi di scelte nazionali peculiari non muta il quadro di riferimento complessivo, poiché le scelte dei singoli Stati, fossero pure di rilievo costituzionale, rimangono sottoposte al controllo dell'ordinamento comune, compreso il suo sistema di tutela dei diritti fondamentali.

II. IL RAPPORTO CON LA CEDU E CON IL DIRITTO INTERNAZIONALE DEI DIRITTI UMANI NEL PIÙ AMPIO PARADIGMA DEL RAPPORTO TRA DIRITTO UE E DIRITTO INTERNAZIONALE

9. Alcuni elementi testuali desumibili dai Trattati: la Carta come strumento di codificazione della CEDU e di altri obblighi internazionali?

Venendo ora al tema dei rapporti della Carta con il regime convenzionale regionale, inserito nel più ampio paradigma del rapporto tra diritto UE e diritto internazionale, anche qui si assiste ad una potenziale divaricazione tra alcune chiare indicazioni testuali desumibili dai Trattati, da un lato, e divergenti segnali ricavabili dalla giurisprudenza, dall'altro lato.

A valle dell'art. 6, par. 3, TUE, i rapporti della Carta con la CEDU sono anzitutto delineati all'art. 52, par. 3, della Carta. Ai sensi di tale disposizione, laddove la Carta "contenga diritti corrispondenti" a quelli garantiti dalla CEDU, il significato e la portata dei diritti garantiti dalla Carta sono uguali a quelli che risultano dal sistema convenzionale, pur

non precludendosi la concessione di una "protezione più estesa" di quei diritti nell'ordinamento dell'Unione.

Fatta dunque salva la maggiore ampiezza dell'ambito di tutela della Carta anche in relazione ai diritti sociali e di solidarietà ed ai diritti di cittadinanza, l'art. 52, par. 3, costituisce una sorta di clausola di allineamento, se non di cedevolezza, in forza della quale la Carta si pone, dunque, quale strumento di codificazione internazionale della CEDU. Essa rappresenta, si potrebbe dire, una sorta di *restatement*, nel contesto dell'Unione, di uno strumento pattizio che si è nel tempo significativamente evoluto, anche alla luce della (e grazie alla) giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Al tempo stesso, quel *restatement* non pretende affatto di cristallizzare la fonte esterna a cui attinge, dato il rilievo primario che è attribuito alla giurisprudenza di Strasburgo tanto nel preambolo della Carta, quanto nelle Spiegazioni del Praesidium, cui quel preambolo fa espresso rinvio quale strumento ermeneutico privilegiato.

Nel far questo la Carta opera quale strumento di contestuale "riaffermazione", non solo della CEDU, ma anche degli altri "obblighi internazionali comuni agli Stati membri", secondo quanto espressamente indicato dal preambolo della stessa Carta.

Dal punto di vista dei contenuti, l'operazione di riaffermazione di norme internazionali di varia origine *in un unico testo* e il contestuale aggiornamento di quelle norme dà luogo ad un fenomeno riconducibile, per molti aspetti, all'idea di codificazione internazionale. In relazione al catalogo dei diritti già presente nella CEDU ciò emerge con una certa evidenza: basti pensare all'aggiornamento sistematico fondamentale costituito dal riferimento fondante, in apertura della Carta, alla tutela della dignità umana – riferimento sconosciuto, in quanto tale, al sistema CEDU ed invece centrale nel sistema della Dichiarazione universale dei diritti umani[33]. Alla stessa conclusione porta la scelta di procedere ad una fusione, in un unico contesto, degli ambiti di tutela dei diritti contenuti nella CEDU e nella Carta sociale europea o, in una dimensione universale, nei Patti, con le libertà e i diritti individuali previsti dai Trattati di Roma e Maastricht.

Ciò posto, si deve però notare che, per la generalità delle convenzioni internazionali diverse dalla CEDU, la riaffermazione del diritto internazionale dei diritti umani si verifica solo indirettamente, per la man-

[33] Cfr. art. 1 della Dichiarazione universale e preambolo "comune" ai due *Covenants*. È indubbio però, che la fonte di "codificazione" sul punto sia anche interna e sia da ritrovarsi, in tal senso, nell'art. 1 della *Grundgesetz* della Repubblica federale di Germania.

canza di una previsione equivalente all'art. 52, par. 3[34]. Un ruolo appena meno sfumato, ma in ogni caso indiretto, si può forse riconoscere alla Carta sociale europea[35], dato che alcune delle sue disposizioni sono richiamate nelle Spiegazioni del Praesidium[36].

Una seppur sommaria ricognizione della giurisprudenza della Corte conferma che la "riaffermazione" del diritto internazionale dei diritti umani diverso dalla CEDU è intesa quale manifestazione di una consonanza di fondo tra il sistema dell'Unione e quegli strumenti internazionali, non invece quale rinvio ad essi quali fonti di produzione normativa rilevanti nel sistema interno dell'Unione.

Che non si tratti di un rinvio alla fonte esterna risulta anzitutto dal disfavore nei confronti della prassi di *treaty bodies* non giurisdizionali[37] posti a presidio di molte di quelle convenzioni, tanto in ambito ONU,

[34] Cfr. sul punto anche lo studio redatto per il Parlamento europeo da DE SCHUTTER, *The European Social Charter in the Context of Implementation of the EU Charter of Fundamental Rights*, Brussels, doc. PE 536.488, 2016, 19, http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/536488/IPOL_STU(2016)536488_EN.pdf (visitato nel dicembre 2018).

[35] Sui cui rapporti con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea cfr. DE SCHUTTER, *The European Social Charter*, cit., *passim*. Per un riferimento alla Carta sociale europea, peraltro non risolutivo né assunto dalla Corte nella dimensione del diritto fondamentale, ma piuttosto in quella del *principio* cui il legislatore comunitario decide di dare attuazione, v. sentenza della Corte 20 settembre 2007, causa C-116/06, *Kiiski*, punto 48.

[36] Si veda sul punto il documento di lavoro del Comitato europeo dei diritti sociali dedicato a "The relationship between European Union law and the European Social Charter", datato 15 luglio 2014, 12 s., https://www.coe.int/en/web/turin-european-social-charter/european-social-charter-and-european-union-law, visitato nel dicembre 2018.

[37] V. CGUE, sentenza 17 febbraio 1998, *Grant*, causa C-249/96, punti 46 e 47. Va per contro segnalato che una recentissima sentenza del Tribunal Supremo spagnolo ha riconosciuto rilievo decisivo ad una decisione individuale adottata dal Comitato per l'eliminazione della discriminazione nei confronti delle donne, previsto dal Protocollo addizionale alla Convenzione ONU sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne: si tratta della sentenza n. 1263/2018 della quarta sezione della Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. Si noti peraltro che, mentre nell'ipotesi considerate dalla Corte di giustizia in *Grant* (e in quella considerata dalla Corte costituzionale italiana nel caso del diritto di associazione sindacale dei militari di cui si dirà *infra*, alla nota 39), si trattava di riconoscere o meno valore di precedente a principi di diritto enunciati in decisioni rese da un *treaty body* in esito a ricorsi presentati in riferimento a casi differenti da quello su cui la Corte era chiamata a pronunciarsi, nel caso spagnolo si trattava invece di trarre sul piano interno le conseguenze, in termini di diritto alla riparazione del danno ingiusto, della violazione dei diritti individuali della stessa ricorrente, come riconosciuta in concreto dalla precedente decisione del Comitato CEDAW. Per la descrizione della vicenda e per un primo commento v. CASLA, *Supreme Court of Spain: UN Treaty Body Individual Decisions are Legally Binding*, in www.ejiltalk.org, dicembre 2018.

quanto in seno al Consiglio d'Europa[38]. La giurisprudenza della Corte, inoltre, nel giustificare le soluzioni di volta in volta raggiunte in materia di diritti umani, ben raramente cita strumenti diversi dalla Convenzione europea o da convenzioni concluse dall'Unione[39], ed il loro rilievo rimane essenzialmente ancorato o al riferimento ai principi generali dell'ordinamento dell'Unione o, in modo ancor più indiretto ed implicito, al ruolo che quelle convenzioni giocano nel far evolvere la giurisprudenza della CEDU[40].

Ferma restando la diversa incisività di quegli strumenti internazionali, rimane in ogni caso, sia per la CEDU, sia per "il diritto internazionale" (da intendersi probabilmente come diritto internazionale generale)

[38] *In primis* la Carta sociale europea, con il Comitato europeo per i diritti sociali. Sul rilievo della prassi del Comitato la Corte di giustizia non si è pronunciata. Si segnala però sul piano del sistema costituzionale italiano la recente sentenza della Corte costituzionale 13 giugno 2018, n. 120 (diritto di associazione sindacale dei militari), con l'esclusione di un rilievo vincolante delle risoluzioni del Comitato europeo dei diritti sociali: punto 13.4 del *Considerato in diritto.* Su tale aspetto della sentenza v., in senso critico, FORLATI, *Corte costituzionale e controllo internazionale: quale ruolo per la "giurisprudenza" del Comitato europeo per i diritti sociali nel giudizio di costituzionalità delle leggi?*, in *La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea, Atti del seminario in previsione dell'udienza pubblica della Corte Costituzionale del 25 settembre 2018 sulla questione di costituzionalità sul d. lgs n. 23/2015, Ferrara del 28 giugno 2018*, *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, 2018, fascicolo speciale, p. 67 ss., in http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2018/07/atti-convegno-jobs-act.pdf, visitato nel dicembre 2018). Nell'ancor più recente sentenza della Corte costituzionale 8 novembre 2018, n. 194 (tutela contro i licenziamenti illegittimi), pur riaffermandosi il principio della non vincolatività delle pronunce di quel Comitato, se ne valorizzano gli esiti raggiunti in un caso simile a quello sottoposto alla Corte, a rinforzo della valutazione di irragionevolezza della scelta del legislatore italiano già raggiunta autonomamente dalla Consulta: v. punti 12-14 del *Considerato in diritto*.

[39] Come la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone disabili: cfr. sul punto WADDINGTON, *Europe*, in WADDINGTON, LAWSON (eds), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Practice: A Comparative Analysis of the Role of Courts*, Oxford, 2018, p. 131 ss. Anche in tal caso, tuttavia, come sottolinea Waddington, la Corte di giustizia si limita a richiamare in maniera del tutto passeggera le disposizioni della Convenzione ONU, senza prestare alcuna attenzione alla loro interpretazione. Per una critica espressamente diretta al silenzio della Corte sulla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, con specifico riferimento alle sentenze della CGUE 27 giugno 2006, *Parlamento c. Consiglio (direttiva ricongiungimento familiare)*, causa C-540/03, punti 52-66, e 9 dicembre 2009, causa *Detiček*, C-403/09 PPU, punti 6, 53-58, cfr. DE JESÚS BUTLER, *The European Union and International Human Rights Law*, OHCHR, Regional Office for Europe, Geneva, 2012, p. 11. Non mancano, a dire il vero, le eccezioni, come la sentenza di riesame nel caso *Strack*, in cui la Corte cita, anche se solo a rinforzo di un'interpretazione di una direttiva comunitaria già offerta dalla propria giurisprudenza, la Costituzione OMS: sentenza della Corte 19 settembre 2013, causa C-579/12 RX-II, punto 44.

[40] Cfr. lo studio curato da DE JESÚS BUTLER, *The European Union*, cit., p. 12.

e per "le convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti", la clausola di compatibilità dell'art. 53, che esclude la possibilità di interpretare la Carta in sensi limitativo o lesivo dei diritti così riconosciuti. La possibilità di un conflitto della Carta con il regime convenzionale, e più in generale con gli obblighi internazionali che si impongono all'Unione o a tutti i suoi Stati membri, sembrerebbe dunque, di per sé, esclusa e la natura della Carta quale strumento di codificazione del diritto internazionale sembrerebbe doversi collocare in un'area di codificazione debole, perché non capace di modificare il dato normativo internazionale di riferimento.

10. Il progressivo sbiadire del riferimento alla CEDU come sintomo dell'autoreferenzialità del sistema UE

I dati desumibili dal Trattato non sono però gli unici a dover essere presi in considerazione. Di nuovo, deve valorizzarsi anche la giurisprudenza della Corte di giustizia relativa a tali rapporti, ed essa deve essere letta nel contesto più ampio di autocostituzione di un ordinamento interindividuale dell'Unione. In tale contesto è verosimile assumere che i rapporti con gli strumenti "esterni" alla Carta si svolgano in un quadro di separazione formale e, soprattutto, nel solco di una tendenza all'autoreferenzialità di un sistema che aspira in qualche modo a dimostrare, se non la propria completezza, quantomeno l'autosufficienza negli ambiti in cui esso esplica la propria azione normativa interindividuale.

L'ipotesi di un approccio autoreferenziale alla tutela dei diritti fondamentali mi sembra trovare anzitutto conforto in una certa linea di giurisprudenza nell'ambito della quale il riferimento alla CEDU, pur presente in numerose istanze a rinforzo della soluzione autonoma, tende ad essere oscurato, nel contesto del controllo diretto sulla validità degli atti delle istituzioni.

In tal senso il riferimento obbligato è alle sentenze rese nel 2011 nei casi *Chalkor* e *KME*[41], relative al diritto ad un rimedio giurisdizionale effettivo ed all'estensione dei poteri di controllo giurisdizionale in materia di concorrenza: è evidente, infatti, il mancato "dialogo", in quelle sentenze, con la sentenza *Menarini* della Corte di Strasburgo[42], di poco precedente.

[41] CGUE, sentenze 8 dicembre 2011, rispettivamente *Chalkor AE Epexergasias Metallon*, causa C-386/10 P, e *KME Germany e a., causa,* C-389/10 P.

[42] Corte EDU, sentenza 27 settembre 2011, *A. Menarini Diagnostics Srl v. Italy,* App. No. 43509/08.

Appare altresì significativo, nella definizione di una tale linea di fondo della giurisprudenza, l'utilizzo del solo parametro della Carta, ai fini della determinazione del pregiudizio all'unità e coerenza del diritto dell'Unione, nella sentenza di riesame del 2013 nella causa *Arango Jaramillo*[43], relativa al rispetto del diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo. In tale secondo caso si trova, è ben vero, un riferimento alla giurisprudenza di Strasburgo nella determinazione del contenuto di principio dell'art. 47 della Carta[44]. Quel contenuto viene però specificato, in relazione alla determinazione della *regula iuris*, solo con riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia ed alla sistematica interna dell'ordinamento dell'Unione[45].

Non dissimile è la tendenza, riscontrabile nella sentenza resa nel 2009 nella causa *Elgafaji*[46], a riformulare questioni interpretative di direttive relative alla protezione internazionale, per riaffermare il carattere autonomo dei concetti in esse utilizzati. In tale occasione, infatti, pur di fronte ad un quesito sollevato dal giudice del rinvio con esplicito riferimento al divieto di trattamento disumano e degradante di cui all'art. 3 CEDU, quale norma alla luce della quale operare l'interpretazione della norma comunitaria, la grande sezione della Corte esplicitamente afferma la necessità di garantire un'interpretazione autonoma della disposizione di direttiva rilevante, alla luce della sistematica della direttiva stessa, mantenendo il ruolo della norma CEDU a quello di mero parametro esterno di compatibilità[47].

Anche la giurisprudenza relativa al controllo sul rispetto dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri segue un'impostazione orientata alla valorizzazione dell'autonomia del diritto dell'Unione, dove il riferimento alla giurisprudenza di Strasburgo ha unicamente la finalità di ricostruire il contenuto della norma della Carta rilevante[48]. Questa costituisce, di per sé, l'unico parametro formale del controllo, mentre il diritto della Convenzione europea si vede riconoscere una posizione esterna al sistema delle fonti dell'Unione, secondo la linea espressa nella sentenza

[43] CGUE, sentenza 28 febbraio 2013, *Arango Jaramillo c. BEI*, causa C-334/12 RX-II.

[44] Ivi, punto 43.

[45] Ivi, punto 44, con riferimento ai precedenti punti 33-37.

[46] CGUE, sentenza del 17 febbraio 2009, *Elgafaji*, causa C-465/07.

[47] Ivi, punti 28, 29 e 44.

[48] Alla luce di un tendenziale obbligo di interpretazione conforme del dato interno a quello convenzionale, pur non sempre adeguatamente valorizzato nella giurisprudenza della Corte: per tale critica cfr. GAJA, *Lo statuto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'Unione*, in *Riv. dir. int.*, 2016, p. 679, p. 686.

Kamberaj del 2012[49], ribadita l'anno seguente nella sentenza *Åkerberg Fransson*[50], ulteriormente confermata dal parere 2/13[51] e ripresa infine nella sentenza *Menci* del 2018[52].

Tale giurisprudenza non esclude, riprendendo le questioni che ci si è poste all'inizio, che la Carta possa intendersi anche nell'ambito del fenomeno della codificazione internazionale: il riferimento alla CEDU permane, ma tende chiaramente ad assumere la caratteristica di un riferimento ad un sistema esterno. Essa manifesta, pertanto, il vero centro di gravità del fenomeno codificatorio insito nel riconoscimento alla Carta del valore di diritto primario: quel centro di gravità si trova all'interno dell'ordinamento dell'Unione, inteso come ordinamento interindividuale. Non si tratta di un mero dato simbolico, poiché su tali basi non si escludono posizioni diverse e discordanti tra il sistema di tutela dell'Unione e la CEDU, quando le specificità dell'ordinamento dell'Unione lo richiedano. In questo senso mi sembra potersi affermare che la CEDU rappresenta per l'essenziale una "fonte di ispirazione" della tutela garantita sul piano interno dell'Unione: essa, da un lato, viene "internalizzata"[53] nel sistema attraverso il meccanismo dei principi generali e, dall'altro lato, è "riformattata" attraverso la recezione del dato convenzionale nella disciplina della Carta[54].

[49] CGUE, sentenza 24 aprile 2012, *Kamberaj*, causa C-571/10.

[50] Cit. *supra*, par. 5: v. spec. punto 44.

[51] CGUE, parere 2/13 del 18 dicembre 2014, *Adesione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, punto 179.

[52] CGUE, sentenza 20 marzo 2018, *Menci,* causa C-524/15. A proposito di tale sentenza, si può osservare che il dialogo a distanza tra Corte di giustizia e Corte EDU, che si snoda tra *Åckerberg Fransson* (CGUE), *A & B v Norway* (CEDU) e *Menci* (CGUE), può ben risolversi in un abbassamento (accomodamento) dello standard di protezione provocato da Strasburgo, cui la Corte di giustizia si adegua… autonomamente.

[53] Per l'uso di questa espressione v. già CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2016, www.forumcostituzionale.it, sub par. 3 del file pdf.

[54] La visione della CEDU come "fonte di ispirazione" della disciplina UE è affermata, tra gli altri, da LENAERTS, GUTIERREZ-FONS, *The Place of the Charter in the EU Constitutional Edifice*, in PEERS, HERVEY, KENNER, WARD (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, 2014, p. 1559 ss., p. 1580; CANNIZZARO, *Diritti 'diretti' e diritti 'indiretti': i diritti fondamentali tra Unione, CEDU e Costituzione italiana*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2012, p. 23 ss., p. 27 s.; di recente nello stesso senso AMALFITANO, *General Principles of EU Law and the Protection of Fundamental Rights*, Cheltenham, 2018, cap. 1.6 dell'edizione in formato ebook; *contra* v. GAJA, *Lo statuto della Convenzione europea*, cit., p. 682 s., che critica tale formula sottolineando l'esistenza di un "vincolo al rispetto della Convenzione fondato nel diritto dell'Unione". Nel senso dell'esistenza di tale vincolo si esprime anche DE WITTE, *The EU and the International Legal Order: The case of Human Rights*, in EVANS, KOU-

11. L'autorappresentazione della Corte di giustizia: corte costituzionale o giudice internazionale?

Il tema del rapporto tra Carta e CEDU deve essere collocato nel più ampio paradigma dei rapporti tra il diritto dell'Unione e il diritto internazionale. Se si utilizza tale angolo di analisi, l'impostazione tendente a privilegiare la dimensione interindividuale autonoma del sistema di garanzia dei diritti fondamentali dell'Unione sugli obblighi internazionali derivanti dalla Convenzione europea si manifesta coerente, nei suoi tratti essenziali, con la giurisprudenza in cui la Corte di giustizia fa i conti con il sistema di sicurezza collettiva delle Nazioni Unite, proprio in relazione alla tematica della garanzia dei diritti fondamentali della persona umana.

Quella giurisprudenza è anzi fortemente significativa dell'indirizzo or ora delineato, per due ragioni. Da un lato, perché è rivelatrice dell'immagine che ha di sé uno degli attori fondamentali di questa rappresentazione, la Corte di giustizia, e di come quell'immagine predetermini in certa misura il contesto in cui si svolge il rapporto tra sistema UE e diritto internazionale ad esso esterno. Dall'altro, perché essa fa emergere istanze di concreto conflitto tra il sistema interno dell'Unione e gli obblighi internazionali di questa.

In primo luogo, la giurisprudenza sulle sanzioni individuali lascia chiaramente intendere come, anche quando la Corte di giustizia è chiamata a confrontarsi con obblighi internazionali che incombono sugli Stati membri con un particolare grado di incisività, essa non sia affatto incline a valorizzare il proprio ruolo di giudice internazionale istituito da un Trattato per la soluzione di controversie relative all'osservanza degli obblighi assunti dagli Stati contraenti. Anche in tali occasioni la Corte è invece attenta a far valere, in maniera determinante, il proprio ruolo di giudice "interno": nella specie, quello di giudice costituzionale di un sistema giuridico interindividuale originario. Ne sono testimonianza evidente le sentenze *Kadi* del 2008 e *Kadi-II* del 2013, o ancora, tra le due, la sentenza *Bank Melli* del 2011[55].

In secondo luogo, e coerentemente con tale impostazione, la Corte, in quelle occasioni, non considera affatto decisiva la valutazione, in diritto internazionale, dei rapporti tra uno strumento di diritto internazionale pattizio, qual è il Trattato, e gli obblighi che incombono sugli Stati

TRAKOS (eds), *Beyond the Established Legal Orders: Policy Interconnections between the EU and the Rest of the World,* Oxford, 2011, p. 127 ss., p. 130.

[55] CGUE, sentenze 3 settembre 2008, *Kadi e Al Barakaat*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P; 18 luglio 2013, *Commissione e.a. c. Kadi*, cause riunite C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P; 16 novembre 2011, *Bank Melli Iran*, causa C-548/09 P.

membri nell'ambito del sistema di sicurezza delle Nazioni Unite. Né più in generale essa sembra valorizzare la necessità di bilanciare, in diritto internazionale, l'imperativo del rispetto dei diritti fondamentali con quello della tutela della pace e della sicurezza internazionale, nonostante le posizioni manifestate in tal senso dagli Stati intervenuti davanti ad essa[56]. Non sarebbe del resto neppure corretto leggere quelle sentenze come una consapevole scelta della Corte di valorizzare i limiti che lo stesso diritto internazionale generale imponga all'azione del Consiglio di sicurezza[57]. Il fatto vero è che tutto ciò rimane sostanzialmente estraneo alla considerazione della Corte di giustizia. Piuttosto, essa si pone invece in un'ottica di preservazione dell'autonomia del diritto dell'Unione. In tali sentenze la Corte esercita, come già detto, il ruolo e le prerogative di giudice supremo di un ordinamento giuridico interindividuale originario, la cui relazione con il diritto internazionale può prescindere dalla relazione formale tra Trattati istitutivi e Carta delle Nazioni Unite nel diritto internazionale generale. Tale relazione si svolge, oramai, in un'ottica caratterizzata da un'impostazione affine a quella che la Corte costituzionale e la dottrina italiane hanno sviluppato con la teoria dei c.d. controlimiti.

12. Ancora… padroni dei Trattati?

Tali considerazioni, si noti, valgono in riferimento ad una giurisprudenza che segue una linea complessivamente coerente, senza che le modifiche dei Trattati introdotte a Lisbona assumano un rilievo specifico. In particolare, dal lato del rapporto con il diritto internazionale esterno al diritto dei Trattati istitutivi, mi riferisco all'art. 3, par. 5, TUE, che inserisce tra gli obiettivi dell'Unione quelli di contribuire, da un lato, "alla pace, alla sicurezza" internazionali e, dall'altro, "alla rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale, in particolare al rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite".

[56] V. in particolare sentenza *Kadi-II*, cit., punti 60-69.

[57] Cfr. ARANGIO-RUIZ, *On the Security Council's 'Law Making'*, in *Riv. dir. int.*, 2000, p. 609, per l'inquadramento dei poteri del Consiglio di sicurezza all'interno del quadro del diritto internazionale e per il diniego di un suo ruolo di legislatore internazionale; cfr. NOLTE, AUST, *European Exceptionalism?*, in *Global Constitutionalism*, 2013, pp. 407-436, p. 428, per la discussione di limiti all'azione del Consiglio di Sicurezza derivanti dal diritto internazionale dei diritti umani.

A tale proposito, nonostante si sia convincentemente messo in luce in dottrina[58] come tale innovazione dovrebbe portare ad una considerazione del diritto internazionale esterno ai Trattati istitutivi quale fonte di rilievo primario o costituzionale nel sistema di diritto interindividuale dell'Unione, con la conseguenza di una necessaria messa in bilanciamento degli argomenti relativi alla tutela del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva con quelli del rispetto degli obblighi derivanti dal sistema di sicurezza delle Nazioni Unite, nella sua sentenza *Kadi-II* la Corte liquida gli argomenti avanzati dagli Stati in merito con la sbrigativa osservazione secondo cui "[n]on hanno subito alcuna evoluzione che giustifichi che detta soluzione sia rimessa in discussione i diversi elementi che, ai punti da 291 a 327 della sentenza *Kadi*, corroborano [la soluzione accolta dalla Corte], elementi attinenti in sostanza al valore di garanzia costituzionale attribuito, in un'Unione di diritto […] al controllo giurisdizionale della legittimità di qualsiasi atto dell'Union"[59].

Ora, non credo che questa osservazione *tranchant* della Corte sull'identità del quadro di diritto primario, prima e dopo Lisbona, possa spiegarsi come una "distrazione" di un'istituzione poco avvezza a misurarsi con il diritto internazionale diverso dai Trattati comunitari e chiusa a tal punto nella contemplazione del proprio regime… da trovare naturale di considerarlo *self-contained*[60].

Non è in particolare da ritenere che la Corte non conosca il diritto internazionale generale dei trattati, così com'è codificato, nella specie, all'art. 30, par. 3, della Convenzione di Vienna del 1969[61]. Piuttosto, es-

[58] GIANELLI, *Customary International Law in the European Union*, in CANNIZZARO, PALCHETTI, WESSEL (eds), *International Law as Law of the European Union*, Leiden/Boston, 2012, p. 93 ss., p. 104 ss.

[59] Sentenza *Kadi-II*, cit., punto 66.

[60] Secondo la nota critica dei teorici dei *self-contained regimes* argutamente formulata in DUPUY, *L'unité de l'ordre juridique international, Cours général de droit international public*, *Collected Courses*, 2002, vol. 297, p. 9 ss., p. 436.

[61] "When all the parties to the earlier treaty are parties also to the later treaty, but the eralier treaty is not terminated or suspended in operation […], the earlier treaty applies only to the extent that its provisions are compatible with those of the later treaty". Per alcune prese di posizione sull'atteggiamento della Corte di giustizia in relazione al diritto internazionale generale dei trattati v., con un apprezzamento complessivamente positivo, KUIJPER, *The Court and the Tribunal of the EC and the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969*, in *Legal Issues of European Integration*, 1998, p. 1 ss.; ID., *The European Courts and the Law of Treaties: The Continuing Story*, in CANNIZZARO (ed.), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention,* Oxford, 2011, p. 256 ss., pur sottolineando, tra l'altro, che la Convenzione di Vienna è "served with a heavy Community sauce" nel momento della valutazione della successione del Trattato CE nell'ambito di applicazione dell'estinto Trattato CECA (ivi, p. 277); anche CASOLARI, *L'incorporazione del diritto internazionale nell'ordinamento dell'Unione europea*, Milano,

sa assume, invece, sulla falsariga della propria giurisprudenza fondativa, che la volontà degli Stati membri anche successiva al Trattato di Roma debba comunque misurarsi sulla scelta fondamentale, che essa ha letto in quel Trattato e che gli sviluppi del diritto UE hanno contribuito a confermare nell'effettività, di istituire quell'"ordinamento di nuovo genere", di cui anche i singoli sono soggetti e nel quale si è man mano potenziata la dimensione di garanzia dei diritti fondamentali dei singoli[62]. Collocata dunque nel contesto del sistema giuridico interindividuale dell'Unione inteso come sistema originario, questa giurisprudenza mostra come la Corte intenda oramai i trattati modificativi dei Trattati comunitari non tanto come espressione della volontà delle parti contraenti di un normale trattato multilaterale circa le modifiche da apportare al regime convenzionale tra esse vigente, quanto piuttosto come codificazione di principi generali di quell'ordinamento interindividuale originario, che deve avvenire nel rispetto dei caratteri irrinunciabili di quello.

III. AUTONOMIA TRA AUTOPOIESI, ECCEZIONALISMO E COLLABORAZIONE

13. Il diritto UE come sistema autopoietico?

Giunti a questo punto, mi sembra di particolare interesse condurre un'analisi dei dati del diritto vivente, così tratteggiati, alla luce della teoria dell'autopoiesi dei sistemi giuridici sviluppata da Teubner[63]. Alcuni passaggi della giurisprudenza dell'Unione, nella materia di cui ci stiamo occupando, ben esemplificano, infatti, le dinamiche di auto-organizzazione di un sistema sociale che acquista unità e identità attraverso il riferimento a sé stesso, che si riproduce ed evolve in modo necessariamente differenziato dall'ambiente ad esso esterno, in base a regole di

2008, p. 158 s., esprime una valutazione nel complesso positiva dell'uso della Convenzione nella giurisprudenza comunitaria, pur segnalandone gli elementi di peculiarità; una posizione più apertamente critica si trova ad es. in ODERMATT, *The Use of International Treaty Law by the Court of Justice of the European Union*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2015, p. 121 ss., dove si sottolinea la significativa deviazione della giurisprudenza della Corte di giustizia rispetto a quella di altri giudici e organi internazionali, in relazione alla Convenzione di Vienna.

[62] Il riferimento è, ovviamente, alle sentenze *Van Gend en Loos* e *Costa c. ENEL*, per la cui discussione nell'ottica delineata nel testo sia permesso rinviare a CORTESE, *L'ordinamento dell'Unione europea,* cit., p. 16 ss.

[63] Cfr. *in primis* TEUBNER, *Hyperzyklus in Recht und Organization*, in HAFERKAMP, SCHMID (hrsg.), *Sinn, Kommunikation und Soziale Differenzierung*, Suhrkamp, 1987, p. 89 ss.

controllo autoimmanenti; tratti, questi, che corrispondono all'essenza del fenomeno di autopoiesi secondo Teubner.

Collocati all'interno di questa teoria, molti degli sviluppi della giurisprudenza della Corte in materia di diritti fondamentali assumono una colorazione radicale. La teoria dell'autopoiesi va infatti oltre, rispetto all'assunto del carattere originario dell'ordinamento interindividuale dell'Unione. Essa non implica unicamente, in relazione a tale ordinamento originario, un'impostazione dualista verso i dati giuridici ad esso esterni. Essa presuppone piuttosto una netta chiusura di quel sistema, nei cui tratti fondamentali (costituzionali), dunque, non trovano (non possono trovare) spazio meccanismi di rinvio a fonti esterne.

Un approccio autopoietico al diritto dell'Unione aiuta a comprendere l'assenza di verifica della soluzione *Mangold*[64] e *Kücükdeveci*[65] alla luce del paradigma dei principi costituzionali comuni degli Stati membri, nonché la *inventio* di soluzioni "costituzionali" operata in *Google Spain*[66]; al tempo stesso, un tale approccio è bene in grado di giustificare il passaggio "indolore" e in qualche modo banalizzante del ruolo dei trattati modificativi tra *Kadi-I* e *Kadi-II*[67], nonché la stessa mimesi del riferimento alla CEDU nella giurisprudenza da *KME* e *Chalkor* in avanti[68], quale passaggio prodromico della chiusura che domina gran parte del parere 2/13[69]. Qui di seguito, riferendomi alla sentenza *M.A.S. e M.B.* ed al parere 2/13, cercherò di svolgere un'analisi di due passaggi della giurisprudenza in cui l'operare di un paradigma autopoietico mi pare più significativo, in entrambe le direzioni in cui si è più sopra svolto questo studio: quella della relazione tra il sistema di tutela comune e quelli nazionali, da un lato, e quella del rapporto tra la Carta e la CEDU, quale espressione più compiuta del diritto internazionale dei diritti umani nel contesto europeo, dall'altro.

14. Il rapporto con i sistemi costituzionali degli Stati membri: un ritorno su M.A.S. *e* M.B *in chiave di autopoiesi*

Particolarmente interessante è anzitutto un'analisi della recente sentenza *M.A.S. e M.B.*[70]. che sia condotta alla luce dei paradigmi

[64] Cfr. *supra*, par. 4.
[65] Cfr. *supra*, par. 4.
[66] Cfr. *supra*, par. 4.
[67] Cfr. *supra,* par. 12.
[68] Cfr. *supra,* par. 10.
[69] Cfr. *infra*, parr. 15-17.
[70] CGUE, sentenza 5 dicembre 2017, *M.A.S. e M.B*., causa C-42/17.

dell'autopoiesi. Lungi dal poter essere vista come un abbandono, sul piano concettuale, dell'unità del sistema comune di tutela dei diritti fondamentali, di fronte alla molteplicità dei sistemi di tutela nazionali degli Stati membri, l'analisi del ragionamento della Corte in *M.A.S. e M.B.* mostra bene, a me sembra, l'operare di un meccanismo di innovazione autoriflessiva dell'ordinamento comune, in conseguenza di una "perturbazione" ad esso esterna, che viene accolta non in quanto dato esterno capace di modificare il sistema, ma trasformata dal sistema stesso in elemento innovatore interno ad esso.

Per depotenziare il conflitto che la contrastata recezione del principio di diritto contenuto nella sentenza *Taricco* sembrava poter scatenare, in *M.A.S. e M.B.* la Corte di giustizia valorizza essenzialmente il profilo temporale. Essa constata infatti che, prima dell'adozione della direttiva 2017/1371 e dunque nel periodo rilevante per i fatti di causa, persisteva una piena competenza nazionale in materia di prescrizione, poiché se la tutela degli interessi finanziari dell'Unione attraverso sanzioni penali ricade nell'ambito delle competenze concorrenti, il regime della prescrizione non era ancora stato armonizzato[71].

Di conseguenza, la Corte può accettare per tale periodo una qualificazione non autonoma, ma nazionale, del regime della prescrizione, come attinente al diritto penale sostanziale[72].

L'innovazione, rispetto alla diversa valutazione dei medesimi profili contenuta nella sentenza *Taricco*, è reale. Essa origina al di fuori del sistema di diritto interindividuale dell'Unione e interessa quel sistema solo come conseguenza indiretta dell'operare, affianco ad esso, anche dell'ordinamento dello Stato membro e del suo sistema costituzionale nazionale. Nondimeno, la Corte finisce per ricondurre quell'innovazione all'interno del sistema di garanzia dell'Unione. Infatti, una volta accolta come (temporaneamente) ammissibile la qualificazione nazionale della prescrizione, la Corte sovrappone alle garanzie derivanti dal sistema costituzionale interno corrispondenti garanzie di fonte UE. È chiaro, a voler leggere con attenzione una sentenza da alcuni derisa come farsesca[73], l'intento della Corte di ricondurre la soluzione, anche in tale ipotesi, ai principi generali dell'ordinamento comune. È quell'ordinamento comune che contempla requisiti di "prevedibilità, determinatezza e irretroattività della legge penale applicabile"[74], nell'ambito del principio di legalità

[71] Ivi, punti 41-45.

[72] Ivi, punto 45.

[73] Penso al divertente scritto "Shakespeariano" di GRADONI in SIDIBlog, intitolato "Incontro al limite": http://www.sidiblog.org/2018/01/29/incontro-al-limite.

[74] Sentenza *M.A.S. e M.B.*, cit., punto 51.

"sancito all'art. 49 della Carta" [75], espressione delle tradizioni costituzionali comuni e "sancito da vari trattati internazionali, segnatamente dall'art. 7, par. 1, della CEDU"[76], rilevante nel diritto dell'Unione per l'art. 52, par. 3, della Carta e in forza delle Spiegazioni del Praesidium[77].

È dunque nell'ambito dell'ordinamento comune, ed applicando i principi di questo, seppur in forza della qualificazione nazionale della prescrizione come istituto sostanziale, che si delinea la soluzione di contemperamento del dovere di disapplicazione e del dovere di tutelare i diritti fondamentali: il tutto solo per il periodo precedente l'armonizzazione, e comunque per fatti precedenti la sentenza *Taricco*, che ha, di per sé, risolto quell'incertezza sul diritto applicabile, altrimenti ostativa alla disapplicazione[78].

Si tratta, dunque, per la Corte di giustizia, di operare un bilanciamento tra opposti principi del diritto dell'Unione. Ciò avviene, certo, alla luce di una particolarità dell'ordinamento interno dello Stato membro; essa rileva, però, sulla base di un'autonoma determinazione del sistema dell'Unione. Come già detto, il meccanismo è quello dell'innovazione autoriflessiva del sistema giuridico interno dell'Unione, che reagisce ad una "perturbazione" ad esso esterna, in piena coerenza con una impostazione di autosufficienza di tipo autopoietico.

15. Il rapporto con la CEDU nel parere 2/13 a cavallo tra due paradigmi: il passaggio dall'autonomia …

Spostandosi ora ad un'analisi del parere 2/13 alla luce della teoria dell'autopoiesi dei sistemi giuridici, in relazione questa volta ai rapporti tra sistema UE e CEDU, ritengo si debba distinguere in esso l'inquadramento teorico dei principi alla luce dei quali dev'essere verificata l'ammissibilità di un accordo di adesione rispetto alla concreta verifica del progetto di accordo alla luce di quei principi.

Nelle considerazioni preliminari di merito[79], la Corte, per l'essenziale, valorizza alcuni elementi che esprimono la "natura stessa del diritto dell'Unione", individuandoli nell'autonomia, nell'effetto diretto e nel primato[80] di quello che viene descritto come un vero e proprio

[75] Ivi, punto 52.
[76] Ivi, punto 53.
[77] Ivi, punto 54.
[78] Ivi, punto 60.
[79] Contenuti ai punti 157 ss.
[80] Punto 166.

ordinamento giuridico (nelle parole della Corte una "rete strutturata di principi, di norme e di rapporti giuridici mutualmente interdipendenti"[81]). Si fa in tal modo riferimento – implicito, ma chiaro – alla natura sovranazionale di quell'ordinamento[82] e al suo essersi affermato negli ambiti in cui la sovranità degli Stati, intesa come pretesa di governo esclusivo delle attività degli individui[83], si è ritratta, garantendo nei loro territori l'applicazione e il rispetto di un diritto comune, la cui unità, coerenza, piena efficacia ed autonomia sono garantite dal meccanismo del rinvio pregiudiziale[84].

La Corte rivendica con chiarezza l'autonomia di quell'ordinamento sia rispetto ai diritti degli Stati membri, sia rispetto al diritto internazionale, e afferma che da quell'autonomia discende la necessità di un'interpretazione che si definisca nel contesto della "struttura e degli obiettivi dell'Unione"[85]. Qui l'autonomia sembra intesa come riferita al carattere originario di quell'ordinamento che, non derivando la propria validità né dai singoli diritti nazionali, né dallo stesso diritto internazionale, ma essendosi affermato nell'effettività[86], per autocostituzione *a valle* delle previsioni di obblighi degli Stati, competenze dell'Unione e specifici poteri delle sue istituzioni[87], non può che interpretarsi nel contesto dei riferimenti sistematici ad esso propri.

L'ambito del diritto dell'Unione è caratterizzato, sempre nell'analisi preliminare svolta dalla Corte, da valori fondamentali quali la fiducia reciproca fra Stati membri[88] e la tutela dei diritti fondamentali[89].

Fin qui, il ragionamento della Corte appare persuasivo, perché coerente con lo sviluppo dell'ordinamento dell'Unione sulla scia della sua

[81] Punto 167.

[82] Sulla sovranazionalità dell'ordinamento dell'Unione cfr. CORTESE, *L'ordinamento dell'Unione europea,* cit., *passim*, ma spec. p. 17 s., per ulteriori riferimenti alla dottrina e al fondamentale contributo di Rolando Quadri in relazione all'elaborazione di un contenuto giuridico preciso e rigoroso di tale concetto, spesso abusato.

[83] Sulla dimensione sovrana dell'ordinamento dell'Unione, in quanto questo estende i suoi poteri nell'ambito della *domestic jurisdiction,* cfr. CORTESE, *L'ordinamento dell'Unione europea,* cit., p. 30 ss., e poi in particolare p. 267 ss., anche per un più attento dialogo con le diverse nozioni di sovranità utilizzate in dottrina.

[84] Punti 174-176.

[85] Punti 170.

[86] Cfr. ancora, anche per ulteriori riferimenti, CORTESE, *L'ordinamento dell'Unione europea*, cit., p. 21 ss.

[87] CORTESE, *Á la recherche d'un parcours d'autoconstitution de l'ordre juridique interindividuel européen: essai d'une lecture pluraliste 50 ans après* Van Gend en Loos *et* Costa, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2015, p. 271 ss.; più estesamente ID., *L'ordinamento dell'Unione europea*, cit., pp. 16 ss., 63 ss.

[88] Punto 168.

[89] Punto 169.

giurisprudenza fondativa e con il dato dell'effettività di quell'ordinamento, affermatosi anche grazie alla convergente attitudine degli ordinamenti dei suoi Stati membri – una convergenza di esiti, anche se non sempre di premesse teoriche[90].

16. Segue: *... all'autopoiesi*

Così poste le premesse all'interno delle quali l'analisi deve svolgersi, e venendo alla valutazione della compatibilità del progettato accordo di adesione, la Corte definisce anzitutto i punti essenziali del mutamento dallo *status quo* all'adesione, e le condizioni di massima di questa. È qui che il paradigma concettuale cambia, quasi impercettibilmente, dall'autonomia all'autopoiesi.

Per rendersi conto di ciò, si devono considerare due passeggi fondamentali del ragionamento della Corte.

Nel mutamento dallo *status quo* all'adesione, ciò che conta, per la Corte, è che un *diritto esterno* al sistema dell'Unione diverrebbe invece "*parte integrante* del diritto dell'Unione"[91].

In tale contesto, l'Unione dovrebbe però rimanere sottoposta, attraverso il sistema incentrato sulla Corte europea dei diritti umani, ad un mero *controllo esterno*. Solo rimanendo esterno un tale controllo sarebbe compatibile con la specificità del diritto dell'Unione – purché, precisa la Corte, non ne pregiudichi l'autonomia[92]. In un contesto siffatto, il riferimento all'autonomia dell'ordinamento sembra andare oltre la semplice affermazione del carattere originario di quello, poiché si vuole ulteriormente escludere che l'intervento degli organi della CEDU imponga "alle istituzioni, nell'esercizio delle loro competenze interne, un'interpretazione determinata" del diritto UE[93].

Se si collegano l'affermazione relativa al mutamento di natura della CEDU, che diverrebbe con l'adesione diritto *interno* dell'Unione, e quella relativa all'inammissibilità che si imponga alle istituzioni dell'Unione un'interpretazione determinata del diritto dell'Unione, allora quell'autonomia si trasforma in autopoiesi. Essa diviene infatti autoreferenzialità ed esclusione di ogni reale controllo, esprimendo contestualmente una modalità di "internalizzazione" di qualsiasi stimolo esterno al sistema, attraverso la pretesa di esclusiva, avanzata dalla Corte di giustizia,

[90] CORTESE, *L'ordinamento dell'Unione europea*, cit., p. 56 ss.
[91] Punto 179, 180 (il corsivo è mio).
[92] Punti 181-183.
[93] Punto 184.

dell'interpretazione degli standard convenzionali *in quanto* diritto interno dell'Unione. Il quadro è quello di una chiusura autopoietica al massimo grado.

17. La dimensione esterna dell'autopoiesi: l'eccezionalismo dell'Unione

Nei paragrafi successivi del parere, le preoccupazioni della Corte si appuntano su una questione specifica, relativa all'esigenza che l'art. 53 della CEDU, nel riconoscere agli Stati un potere di predisporre tutele superiori a quelle della Convenzione, non importi il superamento dell'interpretazione dell'art. 53 della Carta affermatosi a partire dalla sentenza *Melloni*, secondo cui il livello di tutela definito dalla Corte non può essere derogato al rialzo dagli Stati membri[94].

Con la recezione degli standard convenzionali nel diritto interno della UE, dunque, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione non dovrebbe trasformarsi in uno strumento che, nel codificare la CEDU, risulti da questa ingabbiato in una cornice giuridicamente costrittiva, tramite l'operare di un meccanismo di rinvio alla fonte convenzionale o una clausola di cedevolezza del regime UE. Piuttosto, nel procedere alla codificazione, quest'ultimo dovrebbe comunque intendersi come espressione di un fenomeno di "legislazione"[95], determinando cioè la creazione di nuovo diritto, soltanto ispirato dalla Convenzione, ma capace di distaccarsi da questa non solo verso l'alto, ma anche verso il basso.

Ora, se tale volontà di assicurare una disconnessione della Carta dalla CEDU si esaurisse sul piano interno all'ordinamento dell'Unione, non vi sarebbe tuttavia bisogno di farne una condizione per l'adesione, una condizione cioè che deve trovare la sua accettazione, tramite una clausola di disconnessione[96], da parte di tutte le altre parti contraenti della CEDU. Sarebbe infatti ben immaginabile un'impostazione che, al pari di ciò che avviene in relazione all'adesione dell'Unione all'Organizzazione Mondiale del Commercio, escluda il diretto prodursi di effetti *all'interno*

[94] Punti 187-189.

[95] Per la connessione tra la codificazione del diritto internazionale e l'attività di modifica di quel diritto v. in particolare AGO, *La codification du droit international et les problèmes de sa réalisation*, in *Recueil d'Études de Droit International en Hommage à Paul Guggenheim*, Genève, 1968, p. 93 ss., p. 94, con riferimento ulteriore a Jennings e Lauterpacht per l'uso, in tale contesto, del termine *legislation*.

[96] Cfr. su tale prassi ECONOMIDES, KOLLIOPOULOS, *La clause de déconnexion en faveur du droit communautaire, une pratique critiquable*, in *Revue générale de droit international public*, 2006, p. 273 ss.; KLABBERS, *Treaty Conflict and the European Union*, Cambridge, 2009, p. 219 ss.

dell'ordinamento dell'Unione, fermo restando il prodursi dell'obbligo internazionale e della correlativa responsabilità, in caso di violazione.

Il fatto è che, lungi dal voler solamente preservare la giurisprudenza *Melloni*, la Corte richiede in sovrappiù che la sua interpretazione della prevalenza del sistema UE di tutela si imponga anche al sistema CEDU, sul piano cioè del diritto internazionale. Tuttavia, la Corte non può certo esprimere, per l'Unione, la pretesa di dar luogo ad un fenomeno di sostituzione *tout court* del regime convenzionale con quello della Carta: rappresentando solo poco più della metà degli Stati membri della CEDU, l'Unione non può cioè pretendere che la Carta rappresenti uno *sviluppo progressivo* del sistema convenzionale. L'obiettivo è dunque, per l'essenziale, quello di imporre al sistema convenzionale, quando questo si rapporta con quello dell'Unione, un superamento dell'impostazione *Bosphorus*, di semplice presunzione di equivalenza, per giungere ad una condivisione definitiva, nell'ambito dello stesso accordo di adesione alla CEDU, del carattere convenzionalmente adeguato della tutela massima definita dal diritto dell'Unione.

L'ordinamento della UE, oltre che autopoietico sul piano del suo sviluppo interno, manifesta qui verso l'esterno una tendenza *eccezionalista*[97]. Una tale conseguenza è, del resto, piuttosto normale, dato il legame tra le tendenze di c.d. *legal exceptionalism* e l'auto-rappresentazione che un sistema costituzionale abbia di sé come il migliore dei sistemi possibili[98]. È abbastanza naturale, dunque, che un sistema di diritto chiuso all'interno di un paradigma autopoietico manifesti verso l'esterno tendenze di *exemptionalism*[99], quale primaria espressione dell'*eccezionalismo*, e miri ad ottenere l'esclusione, per sé, dell'applicazione di regole che si vogliono in buona misura imposte a tutti gli altri.

Ciò è precisamente quanto accade, ove si percorra fino ai suoi esiti ultimi la logica del parere 2/13. Infatti, pretendendo una garanzia convenzionale della prevalenza del sistema di protezione UE, si trasforma il sistema di controllo esterno del rispetto dei diritti umani in un vuoto simulacro, che viene superato a favore del diritto speciale dell'Unione, di cui possono avvalersi essa ed i suoi Stati membri, quando operino nell'ambito di applicazione del diritto UE. Con ciò si mette però a ri-

[97] Sul concetto di un eccezionalismo europeo cfr. LICKOVA, *European Exceptionalism in International Law*, in *European Journal of International Law*, 2008, p. 463 ss.; NOLTE, AUST, *European Exceptionalism?*, cit., p. 407 ss.

[98] NOLTE, AUST, *European Exceptionalism?*, cit., p. 411.

[99] In relazione agli USA, se ne veda la teorizzazione in IGNATIEFF, *Introduction*, in ID., *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton, 2005, p. 4; per l'estensione di tale analisi anche all'UE cfr. BRADFORD, POSNER, *Universal Exceptionalism in International Law*, in *Harvard International Law Journal*, 2011, p. 1 ss., p. 44 ss.

schio la stessa tenuta del sistema convenzionale, già pesantemente sotto attacco in alcuni Stati, anche di antichissima tradizione giuridica e democratica.

A completamento di tale quadro si pone la sostanziale esclusività del ruolo interpretativo della Corte di giustizia, nel contesto dell'applicazione degli standard di tutela imposti dalla CEDU da parte degli Stati membri, a cui porta la censura del Protocollo n. 16[100].

L'esclusione di un ruolo meramente consultivo della Corte di Strasburgo quanto all'interpretazione della Convenzione appare del resto francamente paradossale, ed in buona sostanza inutile – o meglio, facilmente superabile.

Il rifiuto del meccanismo del Protocollo n. 16 è paradossale, e mal nasconde un approccio *eccezionalista*, perché se un parere non vincolante su questioni di principio relative alla CEDU costituisce davvero un'ingerenza inaccettabile sul potere di interpretazione della Carta da parte della Corte di giustizia, allora non si capisce quale senso dare alla funzione di codificazione della CEDU che l'art. 6.1 TUE e 52.3 chiaramente attribuiscono alla Carta.

L'obiezione della Corte di giustizia a quel Protocollo è del resto inutile, e comunque facilmente superabile, perché, per evitare un rischio di aggiramento della funzione nomofilattica della Corte di giustizia, sarebbe sufficiente prevedere un obbligo di previo rinvio pregiudiziale. Nulla esclude che un tale obbligo sia affermato dalla stessa Corte di giustizia in sede di interpretazione dell'art. 267 TFUE ed anticipato dalla stessa Corte in una comunicazione alle giurisdizioni nazionali. In ogni caso, un tale obbligo potrebbe agevolmente essere previsto in un eventuale nuovo testo di accordo di adesione, mettendo così a tacere, su quel punto almeno, le perplessità della Corte.

18. L'inadeguatezza del paradigma autopoietico in relazione alla natura anche internazionale del diritto dell'Unione: verso un approccio di diritto internazionale collaborativo

Una teoria come quella dell'autopoiesi, con la sua manifestazione *eccezionalista* sul piano esterno, oltre ad essere profondamente inadeguata, perché mette a rischio la stessa tenuta del sistema convenzionale di tutela dei diritti umani, non è a mio avviso necessaria per preservare la natura autonoma del sistema giuridico dell'Unione. Tale autonomia va

[100] Parere 2/13, cit., punti 196-199.

infatti riferita al carattere originario dell'ordinamento giuridico interindividuale dell'Unione, ed in tal senso essa è necessaria. È irrinunciabile, cioè, la scelta di considerare quell'ordinamento interindividuale come autosufficiente, dal punto di vista formale, nella definizione della validità delle proprie norme. L'autonomia del sistema di diritto interindividuale dell'Unione significa, per usare l'approccio teorico hartiano, che è all'interno di quel sistema che si trova la "rule of recognition"[101]. Un approccio autopoietico al diritto, tuttavia, esclude ulteriormente che la "rule of recognition" possa consistere anche in un rinvio a norme prodottesi in uno o più sistemi esterni, ed esclude altresì, per rimanere all'interno della teorica hartiana, che possa darsi una "rule of change"[102] esterna al sistema stesso. Entrambi gli assunti, tuttavia, contrastano con un dato essenziale del diritto dell'Unione. Infatti, questo ha sì dato luogo allo sviluppo, per autocostituzione, di un ordinamento interindividuale originario, di cui l'Unione è portatrice. Nondimeno, il diritto dell'Unione rimane, per una sua dimensione essenziale, diritto *anche* internazionale[103].

Di tale dimensione giuridica anche internazionale si trova traccia sia nel contesto della "rule of recognition", sia soprattutto nella sua fondamentale "rule of change". Il diritto primario, in altre parole, è anzitutto diritto internazionale pattizio, la cui modifica avviene essenzialmente attraverso procedure solenni di conclusione di trattati internazionali da parte degli Stati membri[104]. "Rule of recognition" e "rule of change" sono dunque espresse, primariamente, dalla volontà comune di quegli stessi soggetti internazionali – gli Stati membri – che sono anzitutto vincolati al rispetto della Convenzione europea e solo successivamente hanno dato luogo, nei loro rapporti reciproci, ad una serie di meccanismi di integrazione politica nel cui contesto si è affermato l'ordinamento interindividuale dell'Unione.

Stando così le cose è evidente, a me pare, la necessità di coniugare la dimensione autonoma del sistema di diritto interindividuale dell'Unione, con le scelte fondamentali espresse dagli Stati membri nei Trattati istitutivi e modificativi. Se dunque nel diritto dell'Unione pur vi sono dei principi generali di formazione autonoma a presidio, in particolare, del rispetto dei diritti fondamentali dei singoli, quei principi non possono svilupparsi, per espressa statuizione dei Trattati, in contrasto

[101] HART, *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford, 1994, p. 94.

[102] Ivi, p. 95.

[103] CORTESE, *L'ordinamento dell'Unione europea*, cit., spec. p. 40 ss., pp. 142 ss., 212 ss.

[104] Ovvero, per ciò che attiene al recesso, attraverso l'operare di un atto unilaterale dello Stato recedente.

con i preesistenti obblighi internazionali derivanti dal regime convenzionale europeo. L'art. 6, par. 1, TUE, e l'art. 52, par. 3, della Carta, in altri termini, non possono essere sacrificati sull'altare di un'autonomia intesa come chiusura autopoietica. L'apertura al diritto internazionale, ed in particolare la coerenza con il regime CEDU, fanno dunque parte dei principi essenziali (costituzionali) di struttura dell'ordinamento interindividuale dell'Unione.

La dimensione anche internazionale del fenomeno giuridico dell'Unione richiede dunque, incontestabilmente, un approccio della Corte di giustizia maggiormente consapevole dei limiti cui la sua funzione di Corte (anche) costituzionale è sottoposta e più strutturalmente *collaborativo*.

Al tempo stesso, anche gli altri attori (principali) presenti sulla scena della protezione dei diritti fondamentali sono chiamati ad un dialogo collaborativo: le Corti costituzionali degli Stati membri, e la Corte europea dei diritti umani. Quanto alle prime, rinvio agli scritti in cui ho già trattato estesamente la questione dell'inadeguatezza del ricorso alla dottrina degli atti *ultra vires*, da sola o congiuntamente alla dottrina del rispetto dell'identità costituzionale nazionale[105]. Quanto alla Corte EDU, non mi sembra adeguata la reiezione del principio della fiducia reciproca fra Stati membri insito nella sentenza *Avotinš*[106] che misconosce, per l'essenziale, l'esistenza di un ordinamento interindividuale dell'Unione e con esso, in uno, i mutamenti della struttura della sovranità in Europa nel contesto della coesistenza di Unione e Stati membri[107] e la conseguente sostituzione della prima ai secondi, con particolare riguardo agli obblighi convenzionali operanti nel contesto di meccanismi di fiducia reciproca.

In tale peculiare contesto, la strada più appropriata per affrontare confronti e contrapposizioni relativi alla coesistenza, nello stesso ambito territoriale, di più strumenti di codificazione dei diritti fondamentali riferibili ad ordinamenti aventi tra loro caratteristiche distinte e, al loro stesso interno, complesse, è quella di un approccio di *international collaborative law*[108]. Un approccio, cioè, basato su una serie di meccanismi ed elementi che permettano di giungere a soluzioni concordanti tra i diversi sistemi in gioco, pur nel rispetto di quelle differenze. Tra tali meccanismi ed elementi spicca-

[105] CORTESE, *L'ordinamento dell'Unione europea,* cit., spec. pp. 208 ss., 216 ss.; in precedenza anche CORTESE, *ECJ and National Constitutional Courts: A Collaborative Law Approach*, in *Il Diritto dell'Unione europea,* 2018, p. 47 ss., p. 80 ss.

[106] Corte EDU (GC), sentenza 23 maggio 2016, *Avotinš v. Latvia*, App. No. 17502/07. V. anche *infra*, par. 20.

[107] CORTESE, *L'ordinamento dell'Unione europea*, cit., spec. pp. 8 ss., 33 ss., 287 ss.

[108] Cfr. KESSEDJIAN, *Le droit international collaboratif*, Paris, 2016; CORTESE, *ECJ and National Constitutional Courts: A Collaborative Law Approach*, cit., *passim*. Estesamente inoltre CORTESE, *L'ordinamento dell'Unione europea*, cit., p. 148 ss.

no, in particolare: un modello di cooperazione tra corti; l'accettazione della necessaria coesistenza di differenti sistemi giuridici; l'assunzione, nei diversi ordinamenti coinvolti, di un fenomeno strutturale di complementarietà delle fonti rilevanti, pur nel riconoscimento dell'autonomia dei diversi sistemi giuridici; infine, il riconoscimento della natura culturale del diritto, quale elemento potenzialmente facilitante l'interazione tra sistemi diversi, purché preso in considerazione per limitare l'influsso di un sistema sull'altro ad un livello mutualmente accettabile, e non invece quale fondamento identitario del sistema stesso.

Sull'utilizzo di un tale approccio nelle relazioni tra ordinamento interindividuale UE e ordinamenti nazionali, con riferimento al loro livello costituzionale, ho già scritto ampiamente in altra sede, cui mi limito qui a fare rinvio[109].

In questa sede, mi sembra opportuno sottolineare come, alla luce di un tale approccio, si potrebbe e dovrebbe ripensare ai rapporti tra il diritto dell'Unione e la CEDU, abbandonando l'impostazione autopoietica che ha in gran parte caratterizzato il ragionamento della Corte di giustizia nel parere 2/13, e cercando invece di valorizzare la dimensione di un'autonomia collaborativa, che muova da una corretta comprensione del fenomeno giuridico dell'Unione nelle sue complesse caratteristiche tanto di diritto interno, quanto di diritto internazionale.

IV. Il principio di fiducia reciproca: per un dialogo collaborativo tra corti nei rispettivi ambiti di codificazione

19. Il principio di fiducia reciproca nel parere 2/13 e la sua valorizzazione nell'ambito della CEDU nell'ottica del diritto internazionale collaborativo

Alla luce dell'impostazione di fondo che si ritiene di accogliere, merita una valutazione separata il passaggio del parere 2/13 in cui la Corte sottolinea il ruolo del principio di fiducia reciproca, e censura il progettato accordo perché non rispettoso di quel principio[110]. In quel passaggio, la Corte di giustizia, richiamando in particolare la propria sentenza *N.S.*

[109] In particolare, si veda Cortese, *L'ordinamento dell'Unione europea*, *cit.*, p. 160 ss., in relazione alla giurisprudenza della Corte di giustizia, p. 177 ss., in relazione alla giurisprudenza costituzionale italiana, p. 199 ss., in relazione alla giurisprudenza costituzionale tedesca.

[110] Per una valutazione critica di quel passaggio cfr. invece Gaja, *Lo statuto della Convenzione europea*, cit., p. 687.

del 2011, ricorda che gli Stati membri, per consentire l'operare, nell'insieme dei loro territori, di uno "spazio senza frontiere interne", possono essere tenuti "a presumere il rispetto dei diritti fondamentali da parte degli altri Stati membri", cosicché "salvo casi eccezionali" essi non possono verificare se un altro Stato membro "abbia effettivamente rispettato, in un caso concreto, i diritti fondamentali garantiti dall'Unione"[111]. Di conseguenza, prosegue la Corte di giustizia, il progettato accordo di adesione non sarebbe ammissibile nella parte in cui la Convenzione, "imponendo di considerare l'Unione e gli Stati membri come Parti contraenti […] anche nei loro reciproci rapporti […], esigerebbe da uno Stato membro la verifica del rispetto dei diritti fondamentali da parte di un altro Stato membro"[112].

Va a questo punto anzitutto precisato che il riferimento della Corte ad uno spazio senza frontiere interne è da intendersi in relazione al cosiddetto spazio di libertà, sicurezza e giustizia e dunque, essenzialmente, ai sistemi di cooperazione giudiziaria in materia civile e penale, nonché di gestione delle domande di protezione internazionale che di quello spazio costituiscono l'ossatura.

Come anticipato, a me non pare affatto strano, né di per sé incompatibile con il sistema della CEDU, pretendere che un sistema di controllo esterno garantisca il rispetto, *nella normalità delle situazioni*, dei meccanismi di ripartizione delle funzioni di applicazione del diritto e di tutela giurisdizionale tra le autorità dei diversi Stati membri, nei quali si articola l'ordinamento interindividuale dell'Unione, quale ordinamento unitario ed organizzato attorno ad un sistema di cooperazione tra giudici nazionali e Corte di giustizia quale quello previsto dall'art. 267 TFUE.

Stando così le cose, infatti, il contesto in cui opera il principio della fiducia reciproca non è quello di una normale relazione tra Stati sovrani, ma quello di una relazione tra organi che operano all'interno di un sistema di amministrazione e tutela dei diritti di tipo sostanzialmente federale[113]. Tale sistema è riferibile ad un'entità, l'Unione, che gestisce poteri di governo diretti sugli individui. È infatti a questa conclusione che conduce l'accurata osservazione di quel sistema, costruito su una rete di giurisdizioni nazionali che sono però, funzionalmente, giudici di diritto comune dell'Unione. Si tratta cioè di giudici che, sottoposti alla prevalente legalità comunitaria, nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali relative alla tutela dei diritti di fonte UE sono dotati di poteri ulteriori rispetto a

[111] Parere 2/13, cit., punto 192.
[112] Ivi, punto 194.
[113] Per la caratterizzazione del sistema di tutela giurisdizionale dell'Unione come sistema cripto-federale cfr. CORTESE, *L'ordinamento dell'Unione europea,* cit., p. 91 ss.

quelli normalmente loro attribuiti nell'esercizio delle funzioni meramente interne. Se ne ha plastica evidenza nel potere di disapplicare la norma interna contrastante, a prescindere dal suo rango, anche disattendendo precise ripartizioni di funzioni tra diversi gradi o categorie di giurisdizioni nel sistema costituzionale interno[114]; nel potere di assumere provvedimenti non previsti dal proprio sistema nazionale di tutela dei diritti e in quello di esercitare funzioni di tutela anche a prescindere dallo scadere di termini processuali di diritto interno, quando ciò sia necessario a garantire l'effettività della tutela delle posizioni soggettive di fonte UE[115]. Un tale sistema giurisdizionale diffuso dell'UE trova del resto la garanzia della sua natura sostanzialmente federale nel necessario coordinamento di quei giudici con la Corte di giustizia, tramite il meccanismo del rinvio pregiudiziale[116].

Nel contesto di un ordinamento interindividuale unitario ed autonomo, presidiato da un sistema giurisdizionale sostanzialmente federale, l'Unione, quale soggetto internazionale portatore di quell'ordinamento, deve essere considerata dal sistema di controllo esterno come soggetto unitario, che si sostituisce in quell'ambito agli Stati membri, entrando nella sfera della giurisdizione "domestica". Di conseguenza, anche il controllo sul rispetto dei diritti fondamentali, in tale ambito, va operato in relazione al funzionamento di tale sistema unitario, considerato nel suo insieme. Richiedere allora che sia adeguatamente considerata la differenza dell'Unione (e degli organi ad essa messi a disposizione dai suoi Stati membri, nell'ambito di applicazione del diritto di quella) rispetto alle altre parti contraenti della Convenzione non è, in questo contesto, espressione di *eccezionalismo*.

Nell'ottica del diritto internazionale collaborativo più sopra delineata, si tratta unicamente di valorizzare la differenza *culturale* forte che esiste tra il sistema della sovranità nel contesto della coesistenza di più ordinamenti interindividuali sullo stesso ambito territoriale e personale di riferimento, rispetto al normale contesto di esclusività della giurisdizione domestica, valorizzando al tempo stesso il sistema di collaborazione tra corti come elemento, anch'esso, di un approccio realmente collaborativo[117]. Del resto, quanto a tale ultimo punto, quel dialogo è in realtà

[114] Ivi, pp. 168 s., 174 s.

[115] Per una riflessione più ampia sul significato da attribuire, nella prospettiva adottata nel testo, ai limiti al principio di autonomia procedurale qui ricordati, v. ancora ivi, pp. 174, 228.

[116] Per la caratterizzazione del sistema di tutela giurisdizionale dell'Unione come sostanzialmente federale si veda ivi, p. 91 ss.

[117] Non è forse inutile osservare che, impostando il rapporto tra Carta e CEDU in un'ottica di diritto internazionale collaborativo, un'accettazione del Protocollo n. 16,

aperto e fruttuoso, come si cercherà di mostrare più oltre[118], proprio nei settori dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

20. Segue: *La sentenza* Avotinš *della Corte EDU: una risposta non collaborativa*

Alla luce di quanto precede, sebbene si possa comprendere l'esigenza della Corte di Strasburgo di… battere un colpo di censura nei confronti del Parere 2/13, a me pare che il colpo "sparato" con la sentenza *Avotinš* del maggio 2016 sia stato indirizzato verso il bersaglio sbagliato[119], rischiando paradossalmente di giustificare *ex post* la scelta di chiusura cui nel parere 2/13 si fa, per il resto, ingiustificato ricorso.

In relazione al riconoscimento in Lettonia di una sentenza di una corte cipriota in materia commerciale[120], la Corte di Strasburgo svolge una serie di argomentazioni di portata generale, che mettono in dubbio il perdurante significato della dottrina *Bosphorus*, negli ambiti in cui opera un meccanismo di riconoscimento delle decisioni basato sulla fiducia reciproca.

Infatti, in presenza di un meccanismo di riconoscimento automatico, seppur bilanciato dall'operare di un controllo *ex post* basato sul limite

contrariamente a quanto sostenuto nel parere, non farebbe che rinforzare l'efficacia di quel sistema unitario che ha in sé, come si è già detto, gli strumenti per garantire comunque la tenuta della sua unità.

[118] *Infra,* par. 21.

[119] *Contra* GAJA, *Lo statuto della Convenzione europea*, cit., p. 688, il quale appoggia in buona sostanza la chiusura della Corte EDU sulla base di una separata considerazione degli obblighi dei singoli Stati membri di fronte alla Convenzione. Per una (sorprendente) lettura di *Avotinš* come invece implicante un atteggiamento di benevolenza di quella Corte nei confronti del regime di Bruxelles cfr. il commento ravvicinato di REQUEJO ISIDRO, *On Exequatur and the ECHR: Brussels I Regulation before the ECtHR*, in *IPRax*, 2015, p. 69 ss., p. 73 s. Nella stessa IPRax si legge peraltro, due anni dopo, la ben più attenta analisi di KOHLER, *Grenzen des gegenseitingen Vertrauens im Europäischen Justizraum: Zum Urteil des EGMR in Sachen Avotinš v. Lettland*, in *IPRax*, 2017, p. 333 ss., in cui si parte dal presupposto, da cui muove anche il presente approfondimento, che *Avotinš* sia un monito della Corte EDU in risposta al parere 2/13.

[120] Si trattava, nella fattispecie, di una sentenza contumaciale, notificata al sig. Avotinš, consulente d'investimenti finanziari debitore nei confronti di una società cipriota di una somma da lui stesso fatta oggetto di riconoscimento di debito per atto notarile, presso l'indirizzo che lo stesso Avotinš aveva indicato in tale atto di riconoscimento. Successivamente, Avotinš si opponeva all'esecuzione in Lettonia della decisione cipriota, opponendo la lesione del proprio diritto di difesa, sulla base dell'art. 34, par. 2, del regolamento 44/01. La Corte suprema lettone, cui il caso giunge dopo due istanze di giudizio dagli esiti contrastanti, dispone l'esecuzione della decisione cipriota, constatando (sin troppo succintamente) che Avotinš non aveva impugnato la sentenza contumaciale.

dell'ordine pubblico, tanto sostanziale quanto processuale, si produrrebbe, secondo la Corte EDU, una *doppia compressione* della tutela, che darebbe luogo ad una situazione paradossale.

Il primo punto critico, che di per sé darebbe luogo ad un abbassamento della protezione al di sotto dello standard convenzionale della non manifesta inadeguatezza, sarebbe l'esclusione del potere dei singoli Stati membri UE di controllare, salvo in casi eccezionali, se un altro Stato membro abbia rispettato, nel caso di specie, i diritti fondamentali garantiti dal diritto UE[121].

A ciò si aggiungerebbe, con un effetto di paradosso affermato dalla Corte europea, la limitazione al controllo derivante dalla presunzione di conformità *à la Bosphorus*[122].

Già ove lo si consideri in sé e per sé, il ragionamento nasconde a fatica la sua natura artificiosa e deve essere confutato in relazione ad almeno tre ordini di motivi.

Anzitutto, quanto al primo livello di compressione, o indebolimento, la Corte di Strasburgo lo "costruisce" citando il passaggio chiave del parere 2/13 sull'eccezionalità del controllo del rispetto dei diritti fondamentali da parte di un altro Stato membro. Si tratta però, in relazione al regime del riconoscimento delle sentenze in materia civile e commerciale, di un problema costruito ad arte: la Corte europea sembra qui dimenticare che l'art. 34, n. 2, del regolamento 44/2001, su cui essa stessa si sofferma ampiamente nello sviluppo della sentenza[123], costituisce uno strumento specificamente dedicato a garantire il rispetto del diritto fondamentale al giudice, e che l'art. 34, n. 1, di quel regolamento apre, attraverso la clausola di ordine pubblico, la strada alla verifica dell'eventuale violazione di altri diritti fondamentali[124]. Il dialogo a distanza impostato dalla sentenza *Avotinš* con la Corte di giustizia è dunque un dialogo non collaborativo, perché basato sul disconoscimento delle caratteristiche tanto dell'ordinamento interindividuale dell'Unione nel suo complesso, quanto delle specificità della disciplina della coope-

[121] Sentenza *Avotinš*, cit., punto 114.
[122] Ivi, punto 115.
[123] Ivi, punti 111 e 121.
[124] V. da ultime: CGUE, sentenze 28 aprile 2009, *Apostolides*, causa C-420/07, punto 59, con richiamo alla giurisprudenza precedente; 11 settembre 2014, *A.*, causa C-112/13, punto 51 e giurisprudenza ivi citata. Successivamente alla pronuncia della sentenza *Avotinš* cfr., nello stesso senso, CGUE, sentenza 26 maggio 2016, *Recoletos Ltd*, causa C-559/14, punto 45. Per l'analisi degli spazi di tutela dei diritti fondamentali insiti nella clausola di ordine pubblico, ma altresì in un corrispondente principio di diritto primario dell'Unione, cfr. KOHLER, *Grenzen des gegenseitingen Vertrauens*, cit., p. 336 ss.

razione giudiziaria in materia civile e commerciale, quanto infine della giurisprudenza specificamente rilevante della Corte di giustizia.

In secondo luogo, argomentando sul passaggio del parere 2/13 dedicato alla fiducia reciproca tra Stati membri, la Corte europea anticipa una valutazione di contrasto tra lo standard *Bosphorus* ed alcuni degli strumenti ("methods") utilizzati per creare lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Essa si limita però ad enunciare tale censura in termini assoluti, senza alcuna valutazione relativa alla natura dell'uno o dell'altro di tali strumenti ed al loro operare nel sistema in cui sono posti, in relazione allo standard di tutela non manifestamente insufficiente enunciato in *Bosphorus*.

In terzo luogo, la Corte EDU trasforma la presunzione *Bosphorus,* da limite all'esercizio dei suoi poteri di controllo esterno, in un limite che si imporrebbe in forza della CEDU agli stessi giudici degli Stati membri UE nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Si tratta di un passaggio difficilmente comprensibile alla luce dell'art. 53 CEDU… se non quale artificio per nascondere l'intenzione di rivedere la dottrina *Bosphorus* in risposta al parere 2/13.

A complemento di tale "armamentario" polemico, la Corte di Strasburgo, peraltro, si lascia aperta un'altra strada, per escludere la presunzione di equivalenza della protezione, nell'ambito delle condizioni di applicazione della dottrina *Bosphorus* come elaborate nella sentenza *Michaud*[125], in relazione specificamente alle ipotesi di circolazione delle decisioni in materia civile e commerciale e di famiglia. La presenza stessa della clausola di ordine pubblico viene infatti descritta come possibile ipotesi di discrezionalità del giudice nazionale nell'attuazione del diritto dell'Unione, che renderebbe inapplicabile la presunzione di equivalenza *Bosphorus*. Il punto, certo, è lasciato aperto, in *Avotinš*[126], ma con ciò si piazza una vera e propria mina sul percorso del sistema UE di diritto internazionale privato, rischiando per di più di "indebolire" proprio quello strumento che, in esso, può farsi carico delle eventuali criticità che la Corte di Strasburgo pretende di voler affrontare[127].

[125] Corte EDU, sentenza 6 dicembre 2012, *Michaud c. France*, App. No. 12323/11, punti 113-115.

[126] Sentenza *Avotinš*, cit., punto 108.

[127] Se infatti il margine di valutazione individuale lasciato alle corti dello Stato richiesto tramite la valutazione del contrasto con l'ordine pubblico si palesasse come elemento che impedisce l'applicazione della dottrina *Bosphorus*, ne risulterebbe piuttosto avvantaggiata la tendenza, costantemente riconoscibile nelle recenti proposte della Commissione in materia, di superare quell'istituto a vantaggio di una totale automaticità del riconoscimento. Per una più ampia riflessione sulla compressione della sovranità processuale nell'ambito della cooperazione giudiziaria civile cfr. SALERNO, *Compressione e*

Orbene, dopo aver dispiegato tali e tanti ragionamenti di portata generale caratterizzati da una chiusura di principio nei confronti dei sistemi di mutuo riconoscimento operanti nel quadro dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, la sentenza *Avotinš* afferma un principio di diritto che è, al tempo stesso, piuttosto banale se considerato in relazione al regime c.d. di Bruxelles I, ma altresì problematico, perché non collaborativo, in relazione alla sua applicazione al caso concreto.

La Corte europea sottolinea infatti che, laddove i tribunali di uno Stato membro siano chiamati a dare effetto ad un meccanismo di mutuo riconoscimento nell'ambito del diritto UE, essi devono in ogni caso pronunciarsi su un "serious and substantiated complaint" con cui la parte che si oppone al riconoscimento faccia valere a) che la protezione di un suo diritto convenzionale sia stata manifestamente inadeguata e b) che quella situazione non possa trovare rimedio nel diritto dell'Unione[128].

Dal punto di vista del regime di circolazione delle sentenze in materia civile e commerciale, tuttavia, ciò significa solamente ribadire ai giudici dello Stato richiesto la necessità di un'attenta applicazione dell'art. 34 del regolamento Bruxelles I ed ora dell'art. 45 del regolamento Bruxelles I-*bis*[129]. Con il che la frase della Corte europea si svuota di significato, perché per definizione in tale contesto una situazione siffatta può e deve trovare rimedio proprio nel diritto UE.

Ciò che qui preme maggiormente sottolineare è però che l'applicazione di quel principio al caso di specie manifesta un'attitudine non collaborativa della Corte europea, perché non rispettosa né dei caratteri strutturali dell'ordinamento interindividuale dell'Unione e del significato del principio di mutuo riconoscimento al suo interno, né della complementarietà dei sistemi giuridici coinvolti in una situazione siffatta: i sistemi nazionali di volta in volta rilevanti, il sistema UE e quello convenzionale.

Il punto è che la Corte di Strasburgo desume dalla garanzia dell'equo processo in materia civile, di cui all'art. 6, par. 1, CEDU, una concreta regola circa il dovere di controllo *ex officio*, da parte del giudice dello Stato richiesto, della disponibilità nello Stato di origine di un rime-

rimodulazione della sovranità processuale degli Stati membri dell'UE dopo il regolamento UE 1215/2102, in CORTESE (a cura di), *Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, Torino, 2014, p. 237 ss.

[128] Sentenza *Avotinš*, cit., punto 116.

[129] Ai sensi del quale il riconoscimento di una decisione è negato "se la decisione è stata resa in contumacia, qualora la domanda giudiziale o un atto equivalente non siano stati notificati o comunicati al convenuto in tempo utile e in modo tale da poter presentare le proprie difese eccetto qualora, pur avendone avuto la possibilità, questi non abbia impugnato la decisione".

dio contro la decisione resa in contumacia: il sistema convenzionale interviene a imporre una lettura additiva dell'art. 34, n. 2, del regolamento, senza che la Corte europea si prenda cura né di appurare quale fosse la regola applicabile in materia nel diritto processuale nazionale applicabile nella specie (quello lettone)[130], né di giustificare l'esigenza di un approccio come quello da essa propugnato per evitare una *manifesta inadeguatezza* della tutela dei diritti della difesa nell'ambito del regime di Bruxelles I.

Di manifestamente inadeguato, qui, c'è solo la pretesa della Corte EDU di imporre una soluzione convenzionale unitaria al funzionamento di un meccanismo di controllo giurisdizionale del rispetto dei diritti della difesa operante nel contesto di un sistema giurisdizionale di natura sostanzialmente federale, qual è quello dell'Unione[131]. L'integrazione del rinvio pregiudiziale nei sistemi nazionali di tutela dei diritti e la natura dei giudici nazionali quali giudici europei di diritto comune impongono invece la conclusione già raggiunta, nella materia *de qua*, dalla sentenza *Diageo Brands* della Corte di giustizia del 2015[132]. Come la Corte di giustizia esplicita in quell'occasione, il modo di essere del sistema giuridico dell'Unione, specialmente nel campo di applicazione del regime Bruxelles I, presuppone che gli individui, "soggetti di diritto" del sistema comune, siano "tenuti, in linea di principio, ad utilizzare tutti i mezzi di ricorso offerti dal diritto dello Stato membro di origine" anche "al fine di impedire a monte una violazione dell'ordine pubblico", fermo restando che quella decisione non dovrà essere riconosciuta qualora essa determini una violazione manifesta di un diritto riconosciuto come fondamentale dal diritto UE o dal diritto dello Stato membro richiesto[133].

21. Il prevalere di un dialogo collaborativo nei settori più problematici dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia

L'altro fronte su cui devono essere valutate le affermazioni di principio della sentenza *Avotinš* è quello dei meccanismi di mutuo riconoscimento in materia penale, con il mandato di arresto europeo (MAE), e dei sistemi di collaborazione nella gestione dei richiedenti asilo, attraver-

[130] V. la critica a quest'aspetto della sentenza *Avotinš* nell'opinione concorrente dei giudici Lemmens e Briede, spec. par. 3.

[131] Cfr. sul punto *supra*, par. 19, anche per riferimenti ulteriori a giustificazione di tale affermazione.

[132] CGUE, sentenza 16 luglio 2015, *Diageo Brands*, causa C-681/13, punti 63-67.

[133] Sentenza *Diageo Brands*, cit., punto 68.

so il rinvio allo Stato primariamente competente nell'ambito del regime c.d. di *Dublino*.

L'impostazione seguita in *Avotinš* per "delegittimare" i meccanismi di collaborazione basati sul principio della fiducia reciproca, là dove si vede in essi un possibile ostacolo all'operare, nello Stato richiesto del riconoscimento o nello Stato che effettua il rinvio del richiedente asilo, di un controllo "commensurate with the gravity of any serious allegation of a violation of fundamental rights"[134], cui si aggiungerebbe nel caso del MAE l'ulteriore limitazione dei poteri di controllo dei giudici dello Stato richiesto derivante dalla dottrina *Bosphorus*[135], potrebbe infatti comprendersi, oltre che come reazione al summenzionato passaggio "teorico" del parere 2/13 sulle conseguenze del principio della fiducia reciproca[136], come reazione ad una pretesa non sufficiente apertura della giurisprudenza della Corte di giustizia rispetto alle esigenze che la Corte europea aveva manifestato nella sentenza *M.S.S.* del gennaio 2011[137]. Tuttavia, una siffatta estensione dell'approccio polemico di principio di *Avotinš* sarebbe del tutto ingiustificata, per due ordini di ragioni.

Anzitutto, il contrasto tra lo standard convenzionale dell'art. 3 CEDU e l'art. 4 della Carta era probabilmente fin dall'inizio più apparente che reale, dato che tanto in *M.S.S.* che in *N.S.* si trattava di situazioni di violazione sistemica delle garanzie dei richiedenti asilo, con la sola rilevante differenza che la sentenza della Corte di giustizia valorizzava tale elemento espressamente nel principio di diritto rivolto al giudice *a quo*, mentre la Corte di Strasburgo, dato il diverso regime procedurale, il diverso modo di scrivere le sentenze, ed il diverso rapporto della decisione della Corte con la controversia sottostante, non lo faceva .

In secondo luogo, si deve constatare che già prima di *Avotinš* la giurisprudenza della Corte di giustizia sul MAE manifestava rilevanti segnali di attenzione allo standard convenzionale. Quell'attenzione a preservare la coerenza tra l'art. 3 della CEDU e l'art. 4 della Carta si rinforza ulteriormente dopo la sentenza *Avotinš*, anche in relazione al tema del rinvio dei richiedenti asilo, facendo emergere una pista di fruttuosa collaborazione tra i due sistemi capace di superare l'approccio autopoietico del parere 2/13.

A tale proposito si deve *in primis* richiamare l'impostazione affermatasi, in relazione al MAE, nella sentenza *Aranyosi e Caldararu*

[134] Sentenza *Avotinš*, cit., punto 114.
[135] Ivi, punto 115.
[136] Espressamente menzionato al punto 114 della sentenza *Avotinš*, cit.
[137] Corte EDU, sentenza 21 gennaio 2011, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, App. No. 30696/09.

dell'aprile 2016. Tale sentenza, che precede di un paio di mesi *Avotinš*, pur mantenendo la centralità del principio della fiducia reciproca, non limita il possibile rifiuto basato sul rischio di violazione dell'art. 4 della Carta all'ipotesi di carenze sistemiche. Infatti, la Corte di giustizia valorizza anche ipotesi ulteriori, quali il rischio di trattamenti che colpiscono determinati gruppi di persone o determinati centri di detenzione, in un fruttuoso dialogo con la giurisprudenza di Strasburgo che aveva nel frattempo chiarito, con la sentenza *Tarakhel* del 2014[138], la portata dello standard convenzionale relativo all'art. 3 CEDU, in relazione al rinvio di un richiedente asilo allo Stato di primo ingresso nell'ambito del sistema di Dublino, ma con argomentazioni di valenza generale alla consegna di persone nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Del resto, se quel primo, importante segnale di allineamento della giurisprudenza UE a quella CEDU si era prodotto nell'ambito del MAE, anche nel settore del rinvio del richiedente asilo allo Stato di primo ingresso il criterio delle deficienze sistemiche, che era stato affermato dalla Corte di giustizia a partire da *N.S.* e ribadito (per il vero con eccessiva rigidità) in *Abdullahi* del 2013[139], risulta ammorbidito nella recente sentenza *C.K. e altri c. Slovenia* del 2017[140]. In tale sentenza si fa infatti oramai espresso riferimento alla possibilità di provare che, in un caso individuale, il trasferimento possa costituire di per sé un trattamento disumano o degradante e con ciò una violazione dell'art. 4 della Carta, senza che si debba quindi giungere all'affermazione di carenze sistemiche. Nell'affermare dunque la natura non esclusiva di quest'ultima ipotesi, quale limite al sistema di consegna tra Stati membri inerente alla prevalenza in ogni caso dell'esigenza di tutela dei diritti fondamentali derivante dalla Carta, la Corte di giustizia valorizza estesamente la giurisprudenza di Strasburgo

[138] Corte EDU (GC), sentenza 4 novembre 2014, *Tarakhel v. Switzerland*, App. No. 29217/12, punti 101-104, dove si precisa che, se è vero che in *M.S.S.* si era trattato di rigettare la presunzione di rispetto dei diritti fondamentali nello Stato di primo ingresso in presenza di carenze sistemiche nelle procedure di asilo e nelle condizioni di accoglienza, è tuttavia necessario procedere ad una "thorough and individualised examination of the situation of the person concerned" qualora siano fatti valere "substantial grounds" per ritenere che quella persona possa andare incontro ad un rischio reale di violazione del divieto di trattamenti disumani o degradanti, a prescindere dalla fonte di quel rischio (se sistemica o meno).

[139] CGUE, sentenza 10 dicembre 2013, *Shamso Abdullahi*, *R*, causa C-394/12, spec. punti 52, 53, 62.

[140] CGUE, sentenza 16 febbraio 2017, *C. K. e a.*, causa C-578/16 PPU, spec. punti 71, 73-74.

relativa all'art. 3 CEDU, compresa in particolare la sentenza *Paposhvili c. Belgio* del 2016[141].

Quest'evoluzione conferma, da un lato, che i meccanismi di garanzia che l'ordinamento interindividuale dell'Unione permette di attivare consentono in linea di principio di ottenere una garanzia adeguata dei diritti previsti dalla CEDU[142] senza bisogno di rivedere i principi convenzionali relativi al rapporto tra i due sistemi, contrariamente a quanto prefigurato dalla Corte europea in *Avotinš*.

Essa rende evidente, dall'altro lato, che un approccio autoreferenziale al sistema di garanzia interno dell'Unione non è né realmente praticato, né auspicabile, confermando invece l'utilità di vedere nella Carta uno strumento di codificazione *osmotica*[143] all'interno di meccanismi di diritto internazionale collaborativo, capace quindi di reagire costruttivamente al modificarsi per via di evoluzione giurisprudenziale dello strumento di codificazione esterna principale in materia, la Convenzione europea.

V. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

22. Autonomia, non autopoiesi

Giunti al termine di questa lunga analisi, si possono abbozzare alcune conclusioni relative tanto al tema di fondo che ci si era posti in apertura, consistente nell'individuazione delle coordinate capaci di collocare la Carta nel vasto ed eterogeneo panorama dei processi di codificazione, quanto alla domanda ulteriore che era sorta in parallelo, circa il significato dell'autonomia del diritto dell'Unione europea (e della Carta in quanto espressione di quello), nell'alternativa tra autopoiesi e apertura collaborativa. Nel tirare le fila dei discorsi sin qui svolti, sarà utile partire da tale seconda questione di ricerca, poiché è dalla risposta ad essa che discendono, con maggiore evidenza, le conclusioni in ordine alla prima.

È anzitutto necessario constatare, allora, che l'esigenza di affermare l'autonomia del sistema giuridico dell'Unione si iscrive all'interno del fenomeno di autocostituzione di quell'ordinamento, come ordinamento

[141] Corte EDU (GC), sentenza 13 dicembre 2016, *Paposhvili v. Belgium*, App. No. 41738/10.

[142] In questo stesso senso, con riferimento alla cooperazione giudiziaria in materia civile, KOHLER, *Grenzen des gegenseitingen Vertrauens*, cit., p. 337 s.

[143] Per l'uso di questa metafora, in relazione ad un quadro di rapporti tra ordinamento costituzionale interno e vincoli internazionali letto nell'ottica dualista, cfr. SALERNO, *Il neo-dualismo della Corte costituzionale nei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Riv. dir. int.*, 2006, p. 340 ss., p. 369.

giuridico interindividuale. In un contesto siffatto, nel rapporto con i sistemi nazionali di garanzia l'affermazione dell'unità del sistema UE di garanzia dei diritti fondamentali va di pari passo con l'esigenza di affermare un certo grado di autoreferenzialità di quel sistema, almeno dal punto di vista formale, in quanto espressione di un ordinamento che si vuole originario.

Quell'esigenza di autonomia non giustifica però una chiusura autopoietica del sistema.

Se la considerazione separata della giurisprudenza sul rapporto tra livello di tutela dell'Unione e sistemi costituzionali nazionali potrebbe far apparire prevalente l'impostazione autopoietica, per l'inerente separatezza dei concorrenti sistemi interindividuali (comune e nazionali) e, soprattutto, per un certo modo di argomentare della stessa Corte di giustizia anche nel momento in cui affronta, con spirito di concreta apertura collaborativa, il rischio di un conflitto straordinario[144], rimane però che un sistema giuridico non può dirsi autopoietico se la sua riproduzione ed evoluzione non è *sempre* sottoposta a regole di controllo autoimmanenti.

L'autopoiesi si dimostra allora spiegazione palesemente inadeguata dell'autonomia del diritto dell'Unione, quando la si misuri nel suo rapporto con il diritto internazionale, compreso il sistema convenzionale di garanzia.

Seppure infatti vi siano innegabili pretese di *eccezionalismo* (*exemptionalism*) dell'Unione in gran parte del ragionamento svolto dalla Corte nel parere 2/13, e con quelle una innegabile indulgenza della Corte verso un approccio autopoietico all'autonomia, la considerazione dei dati strutturali del sistema giuridico UE, da un lato, e la constatazione del concreto atteggiarsi della giurisprudenza della Corte nel dialogo con il sistema convenzionale, dall'altro, portano a ritenere doverosa (ed in effetti prevalente) una lettura collaborativa di quell'autonomia.

Infatti, ferma restando la separatezza formale dell'ordinamento giuridico interindividuale dell'Unione rispetto ai dati giuridici internazionali estranei al sistema dei Trattati e dunque la sua autonomia, intesa come possibilità giuridica di concepire una resistenza di quell'ordinamento rispetto a scelte del diritto internazionale "altro", che dovessero contraddire i fondamenti del sistema "costituzionale" interno dell'Unione, si deve comunque constatare la perdurante natura *anche* internazionalistica del fenomeno giuridico dell'Unione, che nel diritto internazionale trova ancora una dimensione essenziale della propria *rule of recognition* e la sua

[144] Cfr. *supra*, par. 14, i riferimenti alla sentenza *M.A.S. e M.B.* in chiave di autopoiesi.

fondamentale *rule of change*. Coerentemente con tale dato, nello specifico ambito oggetto della nostra indagine il sistema esprime una chiara scelta di apertura negli articoli 6, par. 1, TUE e 52, par. 3, della Carta. Attraverso una corretta valorizzazione della comune volontà degli Stati membri, quale si è espressa in quelle norme all'esito delle procedure solenni di revisione dei Trattati istitutivi, si deve dunque leggere nel sistema "costituzionale" dell'Unione un principio fondamentale di apertura verso la Convenzione europea e di rispetto della stessa, nell'ambito di una più generale apertura verso il diritto internazionale dei diritti umani.

Ciò non significa però, considerando il rapporto a parti invertite, che il sistema CEDU non debba tenere in debito conto sin da ora le specificità dell'Unione e dell'ordinamento giuridico di questa. Anzi, la Convenzione (e la sua Corte) dovrà considerare, in ambiti non secondari, l'esercizio del potere di governo dell'Unione come espressione di un fenomeno unitario. Il sistema CEDU dovrà dunque accettare, in linea di principio, l'operare di meccanismi basati sulla fiducia reciproca tra Stati membri dell'Unione non come espressione di un affievolimento della tutela convenzionale, ma come fisiologica conseguenza del carattere sostanzialmente federale dei meccanismi di applicazione del diritto UE e dei relativi sistemi di tutela dei diritti, presidiati da un sistema di garanzie interno che trova nella codificazione operata dalla Carta e dall'art. 6 TUE il suggello di un'autonomia collaborativa.

23. Coesistenza in un quadro collaborativo

Assumendo uno sguardo esterno sui molteplici sistemi di tutela dei diritti fondamentali coesistenti nell'ambito in cui si esplica, nel suo complesso, il fenomeno dell'integrazione nell'Unione europea, si è portati a concludere che le peculiarità del sistema UE, ancorato nel diritto internazionale, ma al tempo stesso portatore di un ordinamento interindividuale autonomo originario, impongono di seguire un paradigma di diritto internazionale collaborativo, nella gestione della coesistenza dei tre ordini di sistemi di tutela dei diritti umani rilevanti: convenzionale, UE e nazionali. Quelle peculiarità fanno infatti emergere la necessità di un dialogo tra Corti, basato sul riconoscimento delle specificità dei relativi sistemi e della natura essenzialmente culturale del fenomeno giuridico. A sua volta, la presa d'atto di una siffatta natura culturale comporta il riconoscimento delle differenze che il diritto presenta, come ogni altro fenomeno sociale, al variare del sistema sociale di riferimento. Al tempo stesso, la valorizzazione di quelle differenze non può prendere il soprav-

vento, specie in tema di tutela dei diritti fondamentali. In quell'ambito si deve comunque riconoscere alla cornice convenzionale la funzione di garantire un livello minimo e dunque inderogabile di tutela, pena la perdita di significato degli impegni convenzionali. Peraltro, così come nel caso dei rapporti tra sistema UE e sistemi nazionali i conflitti quando assurgano al rango di conflitti straordinari dovranno sì essere gestiti *dalla Corte di giustizia*, ma in una cornice di diritto internazionale collaborativo[145], si deve del pari riconoscere che eventuali conflitti straordinari tra il sistema CEDU e quello UE dovranno essere gestiti *dalla Corte di Strasburgo* in modalità altrettanto collaborativa, consapevole del rischio di ineffettività (e financo di rottura) del sistema di controllo esterno in caso di superamento dei limiti che, sul piano interno dell'ordinamento UE, derivano dalle scelte fondamentali di quello.

24. Carta e codificazione

Sgombrato il campo dall'ipotesi di una concezione totalmente autopoietica del diritto dell'Unione, giungiamo a questo punto ad abbozzare una risposta sintetica alla prima questione di ricerca, posta in apertura dello studio, relativa ad un apprezzamento della Carta dei diritti fondamentali nell'ottica (plurale) dei fenomeni di codificazione.

Anzitutto, sul punto può senz'altro affermarsi che la Carta costituisce in effetti un fenomeno di codificazione dei diritti umani in Europa. La portata di una conclusione siffatta è però diversa in relazione, da un lato, ai sistemi costituzionali nazionali e, dall'altro lato, al sistema convenzionale.

25. a*): nel rapporto con i sistemi costituzionali nazionali*

Considerata nella prima prospettiva, la Carta costituisce l'espressione suprema di un ordinamento giuridico interindividuale che ha raggiunto, in esito ad un processo di autocostituzione, la sfera della giurisdizione "domestica" sugli individui che si trovano nel territorio dell'Unione, o che svolgono talune attività con effetti rilevanti su quello. Quell'ordinamento (e la Carta al suo vertice) esprime dunque una manifestazione sovrana dell'apparato dell'Unione, come integrato da quelle sue articolazioni decentrate che possono dirsi sostanzialmente federali.

[145] Cfr. CORTESE, *L'ordinamento dell'Unione europea*, cit., pp. 156 ss., 220 ss.

Un tale fenomeno sovrano si sostituisce, seppur soltanto per alcuni ambiti della convivenza sociale, alle sovranità degli Stati membri. Queste ultime infatti si ritraggono corrispondentemente, per manifestarsi nella loro dimensione necessariamente esclusiva unicamente negli ambiti in cui non si verifica l'*emprise* del diritto interindividuale dell'Unione. Ciò posto, dal punto di vista qualitativo, in questa dimensione interindividuale di codificazione è riconoscibile una forma analoga a quella che si produsse, nei singoli Stati nazionali, con il superamento del diritto comune e delle consuetudini locali (Francia), o delle legislazioni delle entità preunitarie (Germania, Italia). Si tratta dunque di una codificazione "forte", nel senso che unifica sistemi preesistenti ed esclude la generalizzata derogabilità e, con essa, l'idea di codificazione, o armonizzazione, minimale. Rimane ovviamente, rispetto ai precedenti storici di codificazioni statali, l'assoluta peculiarità consistente nella coesistenza di tale codificazione interindividuale dell'Unione con i singoli sistemi costituzionali nazionali, nei rispettivi ambiti di applicazione.

Al tempo stesso, rimanendo nella prospettiva dalla relazione con i sistemi costituzionali nazionali degli Stati membri, quanto ai suoi contenuti la codificazione della Carta è un fenomeno tributario dei sistemi a cui si sostituisce, in relazione ai loro principi comuni. Essa però non lascia, ad ognuno di quei sistemi considerati singolarmente, alcun ruolo decisivo nella definizione del regime comune. Né il risultato si modifica a seconda che si consideri il fenomeno di codificazione in questione unicamente all'interno dell'ordinamento interindividuale dell'Unione, o invece alla luce della natura ancora internazionale dei Trattati istitutivi e del valore ancora decisivo della comune volontà delle parti contraenti. È proprio il compiersi del disegno di autocostituzione dell'ordinamento interindividuale comune, ben prima del Trattato di Lisbona, a giustificare, anche dal punto di vista internazionalistico, l'imperativo dell'autonomia di questo e, con essa, della sua unità e separatezza dai singoli ordinamenti nazionali. L'interpretazione dell'art. 53 della Carta affermatasi con la sentenza *Melloni*, basata sulla valorizzazione del riferimento ai rispettivi ambiti di applicazione dei sistemi interindividuali di garanzia concorrenti (comune e nazionali) è infatti coerente anche con un'interpretazione della volontà degli Stati membri, espressa negli articoli 6 e 4 TUE, che tenga conto dell'avvenuto ritrarsi delle sovranità di quelli, in conseguenza dell'acquiescenza da essi prestata all'affermarsi dell'ordinamento interindividuale dell'Unione secondo le linee programmatiche delineate in *van Gend en Loos* e in *Costa c. ENEL*. In ultima analisi, dunque, sia considerando il fenomeno di codificazione della Carta, nei suoi rapporti con il diritto interno dei singoli Stati membri, come fenomeno di codifica-

zione interna ad un ordinamento interindividuale autocostituito, sia considerando quel fenomeno come frutto della volontà comune degli Stati membri espressa in un atto fatto proprio da un trattato internazionale, si giunge alla convergente conclusione che oggetto della codificazione sono essenzialmente dei principi generali dell'ordinamento interindividuale dell'Unione, *in quanto tali* comuni agli ordinamenti dei suoi Stati membri.

Si può allora comprendere il fenomeno, manifestatosi nella sentenza *M.A.S e M.B.,* di una certa accondiscendenza della Corte di giustizia, nel modo di impostare il proprio ragionamento, verso un modello autopoietico, che non contraddice però la sostanza dell'apertura collaborativa insita in una corretta lettura dell'autonomia. Infatti, la Corte può far emergere, all'interno del sistema comune e dei suoi principi generali, un approccio collaborativo che, rimodulando le acquisizioni della giurisprudenza precedente, è capace di evitare l'insorgere del conflitto straordinario, pur preservando l'unità e l'autonomia del sistema.

26. b*): nel rapporto con il sistema della CEDU*

Quanto alla relazione tra la Carta dei diritti fondamentali ed il diritto internazionale dei diritti umani, la Carta è sì, da un punto di vista dei contenuti, anzitutto uno strumento di codificazione internazionale, poiché si tratta di un atto che, con valore di diritto internazionale pattizio, raccoglie e dà forma unitaria a regimi di tutela internazionale dei diritti umani di varia natura. Il suo nucleo principale è certamente tributario, dal punto di vista dei contenuti, della CEDU, ma gli apporti da fonti esterne vanno ben oltre, coinvolgendo la Carta sociale europea e gli strumenti del sistema ONU di tutela dei diritti fondamentali. Dal punto di vista formale, tuttavia, non è agevole ricondurre questa codificazione al diritto internazionale. Ad una tale immediata ed univoca riconducibilità della Carta ad un fenomeno di codificazione internazionale osta l'evidente tendenza, nella giurisprudenza della Corte, ad assumere la Carta essenzialmente come fonte di produzione interna all'ordinamento dell'Unione, inteso quale ordinamento interindividuale. Se è vero dunque che essa tende a coincidere, nei suoi contenuti, con il diritto ad essa esterno, nondimeno, quel diritto è "filtrato" all'interno del sistema del diritto dell'Unione attraverso un meccanismo di adattamento che conosce dei limiti. Questi limiti, se per il diritto internazionale delle Nazioni Unite sembrano consistere unicamente nel carattere irrinunciabile delle garanzie dello Stato di diritto, assumono per l'ambito CEDU, con il pa-

rere 2/13, una connotazione apparentemente *eccezionalista*. Anche nei rapporti con la Convenzione europea, dunque, il carattere interindividuale della codificazione sembrerebbe intrinsecamente prevalente su quello internazionale. Nondimeno, se ci si arrestasse ad una tale conclusione non si farebbe solamente un affronto alla perdurante natura *anche* internazionalistica del fenomeno giuridico dell'Unione, ma si finirebbe soprattutto per sopravvalutare le enunciazioni ideologiche contenute nel parere rispetto al concreto sviluppo della giurisprudenza della Corte di giustizia nei settori in cui il dialogo con la giurisprudenza di Strasburgo è fondamentale. In effetti, la giurisprudenza sui diritti fondamentali nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia mostra l'adozione, da parte della Corte di giustizia, di un approccio di diritto internazionale collaborativo consapevole della necessaria apertura del sistema di tutela dell'Unione verso il sistema di Strasburgo, nella sua concreta evoluzione determinata dalla giurisprudenza della Corte europea.

Ferma restando dunque la natura prima di tutto interna (interindividuale) del sistema di garanzia dei diritti fondamentali codificato dalla Carta, si deve riconoscere che quella codificazione ha, verso il diritto internazionale, dei tratti di strutturale apertura. Quell'apertura non è però garantita una volta per tutte, ma deve essere salvaguardata tramite l'adozione di un approccio collaborativo condiviso tanto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, quanto dalla Corte europea dei diritti umani.

LE CLAUSOLE GENERALI DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI NEL *LAW-MAKING* EUROPEO: CODIFICAZIONE E INNOVAZIONE NELLA DETERMINAZIONE DEL LIVELLO DI TUTELA

Nicole LAZZERINI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le clausole generali della Carta relative alla rilevanza della CEDU e degli *standard* costituzionali. – 3. Il ruolo del legislatore dell'Unione tra rispetto del principio di sussidiarietà e promozione della tutela dei diritti fondamentali. – 4. Incorporare la Carta nel *law-making* europeo: limiti e potenzialità degli strumenti elaborati dalle istituzioni europee.

1. Introduzione

Il modello delineato dall'accordo interistituzionale del 1994 sulla codificazione ufficiale dei testi legislativi non esaurisce la realtà del fenomeno codificatorio nel diritto dell'Unione europea, che al contrario assume, come è già stato evidenziato in questo volume, una connotazione multiforme[1]. Guardando agli sviluppi più recenti e macroscopici, l'attenzione cade inevitabilmente sulla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta), proclamata a Nizza nel 2000 e ormai parte integrante del diritto primario[2]. Dopo decenni di sviluppo in via quasi esclusivamente giurisprudenziale, attraverso i principi generali elaborati dalla Corte di giustizia, il momento della scrittura è giunto anche per i diritti fondamentali dell'Unione.

* Ricercatrice di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Firenze.

[1] Accordo interistituzionale sul metodo di lavoro accelerato ai fini della codificazione ufficiale dei testi legislativi del Parlamento europeo, Consiglio dell'Unione europea, Commissione europea, del 20 dicembre 1994, in *GUCE* C 102, 4 aprile 1996, pp. 2-3. Al punto 1 si legge che "per codificazione ufficiale si intende la procedura volta ad abrogare gli atti oggetto della codificazione e a sostituirli con un atto unico che non contenga alcuna modificazione sostanziale di detti atti". Sul modello delineato da tale accordo e gli ulteriori strumenti di codificazione utilizzati nel diritto dell'Unione si v. *supra*, MORI, *Gli strumenti della codificazione nel diritto dell'Unione europea*, p. 301 ss.

[2] Cfr. art. 6, par. 1, TUE.

Tuttavia, nell'attribuire alla Carta "lo stesso valore giuridico dei Trattati", l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea (TUE) non ha elevato quest'ultima a fonte esclusiva della tutela dei diritti fondamentali nell'Unione, che può invece ancora derivare dai principi generali[3]. Attualmente, anzi, l'assenza di una precisa disciplina dei rapporti tra diritti fondamentali che sono protetti in quanto principi generali e al contempo enunciati nella Carta offre un ulteriore campo d'indagine del fenomeno della codificazione, già oggetto di analisi in questi Atti[4]. Nel mio contributo intendo quindi esaminare un tema vicino ma diverso, concentrandomi su alcune implicazioni attuali e potenziali sul *law-making* europeo delle disposizioni contenute nella Carta relative al coordinamento tra questa, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e le libertà fondamentali (CEDU) e le costituzioni nazionali. Si tratta di regole che solo in parte codificano la giurisprudenza precedente della Corte di giustizia e la cui rilevanza emerge soprattutto nell'interpretazione e applicazione della Carta da parte dei giudici di Lussemburgo e di quelli nazionali[5]. Tuttavia, esse sono ugualmente rivolte al legislatore dell'U-

[3] Cfr. art. 6, par. 3, TUE. Più precisamente, l'art. 6 TUE ha delineato un sistema a tre "rami", poiché quando (*rectius*, se) si realizzerà l'adesione dell'Unione alla CEDU anch'essa si aggiungerà come terza fonte autonoma della tutela dei diritti fondamentali. Con riguardo allo *status* attuale della CEDU, in più occasioni la Corte di giustizia ne ha affermato la rilevanza indiretta, attraverso i principi generali *ex* art. 6, par. 3, TUE e i diritti c.d. corrispondenti (*infra*, par. 2) della Carta; al contrario, la CEDU "non costituisce, fintantoché l'Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione": cfr., *inter alia*, CGUE, sentenza 26 febbraio 2013, *Åklagaren* v. *Hans Åkerberg Fransson*, causa C-617/10, punto 44.

[4] Si v. *infra*, ADINOLFI (A.), *La Corte di giustizia dell'Unione europea dinanzi ai principi generali codificati*, p. 553 ss., in particolare par. 3. Sui rapporti tra la Carta e i principi generali si v. anche AMALFITANO, *General Principles of EU Law and the Protection of Fundamental Rights*, Cheltenham, 2018, specialmente il capitolo 2; ID., *Il diritto non scritto nell'accertamento dei diritti fondamentali dopo la riforma di Lisbona*, in PALCHETTI (a cura di), *L'incidenza del diritto non scritto sul diritto internazionale ed europeo* (Atti del XX convegno della Società Italiana di Diritto Internazionale, Macerata 5-6 aprile 2015), Napoli, 2016, p. 373 ss.; HOFMANN, MIHAESCU, *The Relation between the Charter's Fundamental Rights and the Unwritten General Principles of EU Law: Good Administration as the Test Case*, in *European Constitutional Law Review*, 2013, p. 73 ss.

[5] Si v. *supra*, CORTESE, *Carta, CEDU e Costituzioni nazionali: un processo di codificazione tra autonomia, autopoiesi e* international collaborative law, p. 457 ss. Le clausole generali si rivolgono anche al legislatore nazionale, nel limiti dell'ambito applicativo della Carta rispetto agli Stati membri. L'esame di tale aspetto esula dall'oggetto di questo contributo (sia permesso rinviare a LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondametali delll'Unione europea. I limiti di apllicazione*, Milano, 2018); si segnala tuttavia, la recente adozione da parte dell'Agenzia dei diritti fondamentali dell'Unione europea (FRA) di un manuale dedicato: *Applying the Charter of Fundamental Rights of the European Union in law and policymaking at national level. Guidance*, 2018, disponibile

nione, da parte del quale, come si dirà, sarebbe auspicabile una maggiore valorizzazione. In linea con il tema generale del Convegno, è tuttavia utile premettere qualche breve considerazione sulle regole suddette nella prospettiva della codificazione.

2. Le clausole generali della Carta relative alla rilevanza della CEDU e degli standard *costituzionali*

Sebbene l'obiettivo primario sotteso all'elaborazione della Carta fosse la maggiore visibilità per i cittadini dei diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento giuridico europeo, l'operazione – *extra*-ordinaria dal punto di vista degli attori coinvolti e della procedura – non ha consistito in una mera traduzione in forma scritta della giurisprudenza preesistente della Corte di giustizia sui principi generali[6]. Innanzitutto, i diritti fondamentali enunciati nei Titoli da I a VI della Carta, pur non atteggiandosi in prevalenza come "nuovi" in termini assoluti, formano un catalogo ben più ampio di quello ricavabile dalla giurisprudenza suddetta[7]. Talvolta, la formulazione di un diritto fondamentale nella Carta si discosta dal contenuto del principio giurisprudenziale sottostante, rispetto al quale la norma scritta può risultare più precisa e dettagliata, ovvero presentare contorni più ampi o, al contrario, più ristretti[8].

Come già anticipato, l'intreccio tra codificazione e innovazione interessa – in misura, invero, assai significativa – anche il Titolo VII, dedicato alle "Disposizioni generali che disciplinano l'interpretazione e l'applicazione della Carta" (articoli 51-54). Queste regole sono note come "clausole generali" perché affrontano questioni che riguardano in

all'indirizzo https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-charter-guidance_en.pdf.

[6] Nell'Allegato IV alle Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Colonia del 3-4 dicembre 1999, contenente la "Decisione del Consiglio europeo relativa all'elaborazione di una Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea", si legge: "Allo stato attuale dello sviluppo dell'Unione è necessario elaborare una Carta di tali diritti al fine di sancirne in modo visibile l'importanza capitale e la portata per i cittadini dell'Unione". Sul processo di elaborazione della Carta, in particolare sulla versione proclamata a Nizza si v. DE BÚRCA, *The Drafting of the European Union Charter of Fundamental Rights*, in *European Law Review*, 2001, p. 126 ss.

[7] Ciò emerge chiaramente dalla lettura delle Spiegazioni relative alla Carta, che indicano le fonti di ispirazione di ciascun diritto fondamentale enunciato nei Titoli I-VI, in *GUUE* C 303, 14 dicembre 2007, pp. 17-35

[8] Ad esempio, si v., rispettivamente, l'art. 47 sul diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, l'art. 21 sulla divieto di discriminazione e l'art. 41 sul diritto ad una buona amministrazione. Per un'analisi più ampia v. *infra*, ADINOLFI (A.), *op. cit.*, p. 553 ss.

modo trasversale tutti i diritti fondamentali enunciati nei precedenti sei Titoli, ovvero, secondo la rispettiva rubrica, l'"Ambito di applicazione" della Carta (art. 51), la "Portata e interpretazione dei diritti e dei principi" (art. 52), il "Livello di protezione" (art. 53), il "Divieto dell'abuso di diritto" (art. 54). Tuttavia, la generalità concerne ugualmente il profilo dei destinatari, dal momento che tali clausole si impongono a tutti gli attori istituzionali coinvolti nei processi di applicazione e interpretazione della Carta, a livello degli Stati membri e dell'Unione, compresa la stessa Corte di giustizia. All'evidenza, ciò costituisce un elemento di discontinuità significativo rispetto allo scenario pre-Lisbona, nel quale le questioni suddette erano sostanzialmente di appannaggio esclusivo della Corte di giustizia[9].

Dal punto di vista del contenuto, la relazione tra le clausole generali e la giurisprudenza pre-Lisbona non è riconducibile ad un unico modello. Alcune si atteggiano come codificazione di tale giurisprudenza, benché talvolta con degli "innesti": è il caso, ad esempio, dell'art. 52, par. 1, che incorpora il test elaborato dalla Corte per verificare l'ammissibilità di eventuali limitazioni all'esercizio di diritti fondamentali, con l'aggiunta del requisito – importato dal sistema CEDU – secondo cui tali limitazioni devono essere in ogni caso "previste dalla legge"[10]. Altre regole presentano una formulazione che, almeno *prima facie*, non codifica la giurisprudenza pre-Lisbona, come ad esempio l'art. 51, par. 1, che per definire i limiti della rilevanza della Carta a livello nazionale utilizza l'espressione "esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione" anziché quella coniata dalla Corte "nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione"[11]. Ci sono poi disposizioni che non trovano un equivalente

[9] Le clausole generali costituiscono le chiavi di volta della Carta e la redazione del Titolo VII è risultata, non a caso, la più difficoltosa sia nell'ambito della Convenzione (presieduta da Roman Herzog) che ha elaborato la versione della Carta proclamata a Nizza nel 2000 sia nel Gruppo di lavoro (presieduto da António Vitorino) che ha rivisto il testo originario durante la preparazione del Trattato-Costituzione: cfr. VRANES, *The Final Clauses of the Charter of Fundamental Rights. Stumbling Blocks for the First and Second Convention*, in *European Online Integration Papers*, 2003.

[10] Per l'interpretazione di tale condizione diventa quindi rilevante l'ampia giurisprudenza della Corte di Strasburgo al riguardo, come la stessa Corte di giustizia ha riconosciuto nella sentenza 15 marzo 2017, *Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie* v. *Salah Al Chodor et al*., causa C-528/15, punti 42-47. In tema si v. MORI, *La "qualità" della legge e la clausola generale di limitazione dell'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2014, p. 243 ss.

[11] A questa seconda formula, che in sostanza fa dipendere l'applicazione della Carta dall'esistenza di una regola diversa di diritto dell'Unione applicabile alla fattispecie, corrisponde un ambito della Carta più ampio a livello nazionale. Come noto, si tratta anche dell'opzione interpretativa accolta dalla Corte di giustizia nella sentenza *Fransson*, cit.,

nella giurisprudenza anteriore, ad esempio l'art. 52, par. 5, che introduce una distinzione – di non facile ricostruzione circa la portata e gli effetti – quanto al regime giuridico dei "diritti" e dei "principi" garantiti dalla Carta[12].

Questa eterogeneità di relazioni con l'approccio precedentemente sviluppato dalla Corte di giustizia rispetto ai principi generali emerge anche nelle clausole generali che più interessano ai fini di questo scritto, ossia quelle che disciplinano la rilevanza della CEDU e degli *standard* costituzionali nazionali nel sistema della Carta. Innanzitutto, nell'ambito dell'art. 52, il par. 3 stabilisce che, laddove "la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla [CEDU], il significato e la portata sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione"; l'ultima parte della clausola precisa altresì che tale parallelismo interpretativo non esclude la possibilità "che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa". Queste due regole, strettamente connesse ma diverse, attribuiscono quindi alla clausola generale dell'art. 52, par. 3, una funzione sia interpretativa sia di *standard setting*, elevando la protezione che la CEDU garantisce a un certo diritto fondamentale a livello minimo di tutela dei corrispondenti diritti enunciati nella Carta[13]. A tal riguardo, le Spiegazioni relative alla Carta, che devono essere tenute "in debito conto" per l'interpretazione di quest'ultima[14], forniscono alcune interessanti

punti 16-21. Per una sintesi del dibattito dottrinale alimentato dalla formulazione dell'art. 51, si v. Direzione ricerca e documentazione della Corte di giustizia (sous la direction de), *Reflets*, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, *Édition spéciale*, n. 1/2013, https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7063/it/.

[12] In tema si v. GUÐMUNDSDÓTTIR, *A Renewed Emphasis on the Charter's Distinction between Rights and Principles: Is a Doctrine of Judicial Restraint More Appropriate?*, in *Common Market Law Review*, 2015, p. 685 ss.; KROMMENDJIK, *Principled Silence or Mere Silence on Principles? The Role of the EU Charter's Principles in the Case Law of the Court of Justice*, in *European Constitutional Law Review*, 2015, p. 321 ss.

[13] L'art. 52 non prevede, invece, regole analoghe per gli altri trattati internazionali in materia di diritti umani che, come si apprende dalle Spiegazioni, costituiscono la fonte di ispirazione di alcune disposizioni della Carta. L'art. 53 della Carta (sul quale si veda *infra*, nel testo) contiene un riferimento generale ai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti umani dei quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, ma la clausola in questione si occupa dei rapporti tra queste fonti e la Carta, piuttosto che dell'eventuale rilevanza interpretativa dei primi rispetto alla seconda. Sull'opportunità di attribuire un rilievo interpretativo anche a tali trattati si v. GAJA, *The Charter of Fundamental Rights in the Context of International Instruments for the Protection of Human Rights*, in *European Papers*, 2016, p. 791 ss., specialmente pp. 796 e 799.

[14] Cfr. art. 6, par. 1, TUE e l'art. 52, par. 7, della Carta e, *ex multis*, CGUE, sentenza 6 novembre 2018, *Stadt Wuppertal* v. *Maria Elisabeth Bauer* e *Volker Willmeroth* v. *Martina Broßonn*, cause riunite C-569/17 e 570/17, punto 55. Sulla genesi delle Spiegazioni e il loro ruolo nell'interpretazione della Carta, si v. JACQUÉ, *The Explanations Re-*

precisazioni – anche di tipo additivo – sulla portata e gli effetti della clausola, specificando, ad esempio, che per i "diritti corrispondenti" opera il regime delle limitazioni previsto dalla CEDU e che il riferimento a quest'ultima copre anche i relativi protocolli e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo[15].

Le due parti dell'art. 52, par. 3, – considerate sia singolarmente sia nel loro insieme – non si limitano a codificare la giurisprudenza della Corte di giustizia. Essa aveva già riconosciuto alla CEDU "un significato particolare" tra le fonti di ispirazione dei principi generali del diritto dell'Unione[16], facendo anche spesso riferimento all'interpretazione della Corte di Strasburgo[17], ma non aveva mai formulato un vincolo di adottare un'interpretazione parallela; è stata, anzi, ripetutamente enfatizzata l'esigenza che "l'interpretazione di tali diritti fondamentali [venga] garantita nell'ambito della struttura e degli obiettivi dell'Unione"[18]. Invero, questo approccio funzionale – che è presente anche nella giurisprudenza successiva al Trattato di Lisbona ed è radicato nella volontà di affermare l'autonomia del diritto dell'Unione – non è inconciliabile con la clausola di interpretazione parallela dell'art. 52, par. 3, e, anzi, viene evocato nella sua spiegazione, dove si precisa che il regime delle limitazioni previ-

lating to the Charter of Fundamental Rights of the European Union, in PEERS, HERVEY, KENNER, WARD (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, 2014, p. 1715 ss.; SCIARABBA, *Le "Spiegazioni" della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione*, in *Diritto pubblico comunitario europeo*, 2005, p. 59 ss. e ZILLER, *Le fabuleux destin des Explications relative à la Chartre des droits fondamentaux*, in COHEN-JONATHAN, CONSTANTINESCO *et al*. (eds), *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Parigi, 2010, p. 765 ss.

[15] La spiegazione dell'art. 52, par. 3, contiene anche un elenco – non esaustivo – di disposizioni della Carta che ricadono nel raggio d'azione della clausola generale. Da questo si ricava che la clausola generale opera anche rispetto alle ipotesi di corrispondenza parziale: l'elenco è infatti articolato in due sottogruppi, che comprendono, rispettivamente, i diritti della Carta che hanno "significato e portata identici agli articoli corrispondenti della [CEDU]" e quelli di "significato identico agli articoli corrispondenti della [CEDU] ma […] portata […] più ampia".

[16] Lo ha ricordato la Corte di giustizia, ad esempio, nel noto parere 2/13 sull'Adesione della Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, del 18 dicembre 2014, punto 37, richiamando le sentenze 18 giugno 1996, *ERT*, causa C-260/89, punto 41, e 3 settembre 2008, *Kadi I*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, punto 283. Si v. anche la sentenza 26 giugno 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophones et al.*, causa C-305/05, punto 29, e la giurisprudenza ivi citata.

[17] Si v., ad esempio, CGUE, sentenze 11 luglio 2002, *Carpenter*, causa C-60/00, punto 42; 10 aprile 2003, *Steffensen*, causa C-276/01, punti 75 e 77; 14 febbraio 2008, *Varec*, causa C-450/06, punto 48.

[18] Anche questo aspetto è stato ricordato nel parere 2/13, cit., punto 170, in cui sono menzionate le sentenze 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, causa 11-70, punto 4, e *Kadi I*, cit., punti 281-285.

sto dalla CEDU "è quindi applicabile anche ai diritti [corrispondenti della Carta], senza che ciò pregiudichi l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte di giustizia dell'Unione europea". Tuttavia, l'art. 52, par. 3, della Carta opera (o dovrebbe operare) anche come un limite al criterio funzionale, che, nel caso dei diritti corrispondenti, non può determinare la fissazione di un livello di tutela, in base alla Carta, inferiore a quello della CEDU. La giurisprudenza della Corte che si è finora formata non si dimostra sempre aderente a questo limite, e non sono mancati alcuni casi di divergenza "al ribasso" in relazione allo *standard* CEDU[19].

L'art. 52, par. 4, prevede poi una regola interpretativa specifica per i diritti fondamentali della Carta che "risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri", meno stringente di quella del par. 3, stabilendo che essi "sono interpretati in armonia con dette tradizioni". La relativa spiegazione precisa il contenuto della regola, secondo cui "piuttosto che [seguire] un'impostazione rigida basata sul 'minimo comune denominatore', i diritti in questione […] dovrebbero essere interpretati in modo da offrire un elevato livello di tutela che sia consono al diritto dell'Unione e in armonia con le tradizioni costituzionali comuni". È quindi indubbio un forte elemento di continuità con la giurisprudenza pre-Lisbona sui principi generali, peraltro espressamente evocata nella spiegazione,[20] soprattutto rispetto al margine di discrezionalità – della Corte, in *primis* – per l'adattamento della tutela alle caratteristiche dell'ordinamento giuridico europeo. Allo stesso tempo, però, benché attraverso la spiegazione e non direttamente dal testo della clausola, emerge l'esigenza che il livello della protezione offerta dalla Carta sia elevato, quale limite all'approccio funzionale suddetto[21].

Viene in rilievo, infine, l'art. 53 della Carta, che a differenza delle clausole generali già ricordate – che valorizzano la CEDU e le tradizioni costituzionali comuni come parametri per l'interpretazione di alcune di-

[19] Il caso più evidente è la sentenza 21 dicembre 2011, *N.S. et al.*, cause riunite C-411/10 e C-493/10, in tema di trasferimento di richiedenti asilo tra Stati membri (c.d. casi Dublino), nella quale la Corte non si è allineata alla sentenza della Corte EDU del 21 gennaio 2011, *M.S.S.* v. *Belgium and Greece*, App. no 30696/09. Questa divergenza, acuita dal parere 2/13, cit., punti 191-195, è stata successivamente superata dalla sentenza 6 febbraio 2017, *C.K.*, causa C-578/16.

[20] Vi si legge infatti che la regola "è stata basata sulla formulazione dell'art. 6, par. 3, TUE e tiene nel debito conto l'approccio alle tradizioni costituzionali comuni seguito dalla Corte di giustizia"; è fatto inoltre riferimento alle sentenze 13 dicembre 1979, *Hauer*, causa 44/79, e 18 maggio 1982, *AM&S*, causa 155/79.

[21] Per un'analisi più ampia dei parr. 3 e 4 sia permesso rinviare a FERRARO, LAZZERINI, *sub Art. 52*, in MASTROIANNI, POLLICINO, ALLEGREZZA, PAPPALARDO, RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017, p. 1063 ss., in particolare p. 1082.

sposizioni della Carta – si occupa della diversa questione del rapporto della Carta con, tra l'altro, la CEDU e le costituzioni nazionali, quali sistemi di protezione autonomi e concorrenti. Vi si legge, infatti, che "[n]essuna disposizione della [Carta] deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla [CEDU] e dalle costituzioni degli Stati membri"[22]. In questo caso si è in presenza di una disposizione che non trova un equivalente nella giurisprudenza pre-Lisbona e il cui tenore letterale potrebbe suggerire, anzi, l'introduzione di un temperamento al carattere assoluto del primato del diritto dell'Unione, che dovrebbe cedere nelle situazioni in cui lo standard costituzionale sia più protettivo di quello della Carta[23].

Come è avvenuto in relazione anche ad altre clausole generali di natura almeno *prima facie* non codificatoria, in particolare l'art. 51, nella sentenza *Melloni* la Corte di giustizia ha letto l'art. 53 in modo "retrospettivo"[24], ribadendo la "giurisprudenza consolidata [secondo cui] il fatto che uno Stato membro invochi disposizioni di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, non può sminuire l'efficacia del diritto dell'Unione nel territorio di tale Stato"[25]. Tuttavia, la Corte non si è spinta fino a trasformare l'art. 53 nel mero *revers* dell'art. 51, ossia nella conferma – a scanso di dubbi – che la Carta, al di fuori del suo ambito di applicazione, non impone l'abbassamento degli *standard* altrimenti applicabili a livello nazionale[26]. Al contrario, la Corte ha optato per una lettura *praeter litteram* della nuova disposizione, secondo cui, "quando un atto di diritto dell'Unione richiede misure nazionali di attuazione, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli *standard* nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata

[22] Per un'analisi del significato e degli effetti dell'art. 53, che tiene conto della pluralità e diversità delle fonti richiamate, si v. CONDINANZI, IANNUCCELLI, *sub. Art. 53*, in MASTROIANNI, POLLICINO *et. al.* (a cura di), *op. cit*., p. 1086 ss.

[23] Sui problemi posti dalla formulazione della disposizione si v. LIISBERG, *Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?*, in *Common Market Law Review*, 2001, p. 1171 ss.

[24] Sull'interpretazione "retrospettiva" della Carta da parte della Corte di giustizia si veda *infra*, ADINOLFI (A.), *op. cit*., in particolare p. 553 ss.

[25] Cfr. CGUE, sentenza 26 febbraio 2013, *Stefano Melloni* v. *Ministerio Fiscal*, causa C-399/11, punto 59, che richiama la sentenza 17 dicembre 1970, *Internationale Handelgesellschaft*, causa 11/30, punto 3.

[26] Cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Bot nella causa *Melloni*, in particolare punti 131-135.

dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione"[27]. Letta alla luce della prassi rilevante, questa affermazione implica che, quando lo *standard* di tutela dei diritti fondamentali rilevanti è già definito da norme di diritto derivato dell'Unione (compatibili con la Carta), non c'è spazio alcuno per gli *standard* nazionali, anche se più protettivi[28]; nel caso contrario, lo *standard* nazionale può trovare applicazione nella misura in cui non sia pregiudicata la tutela derivante dalla Carta né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione.

Questa interpretazione dell'art. 53 della Carta consente di salvaguardare le ragioni sostanziali del primato – dunque, l'effettiva e uniforme applicazione del diritto dell'Unione –, introducendo al contempo un opportuno contrappeso all'ampio ambito di rilevanza della Carta a livello nazionale[29]. D'altro canto, però, la dicotomia tra situazioni completamente e non completamente determinate può sminuire la rilevanza interpretativa delle tradizioni costituzionali comuni ai fini della costruzione dello *standard* europeo; inoltre, lo spazio residuo per l'applicazione dei rispettivi *standard* nazionali può risultare soffocato dai limiti individuati dalla Corte. Significativa al riguardo è l'assenza di riferimenti (espliciti, almeno) all'art. 52, par. 4, della Carta nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Se un atteggiamento di maggiore apertura in tal senso è senz'altro auspicabile, anche nell'ottica dei rapporti con le Corti costituzionali degli Stati membri[30], un contributo significativo può (e dovrebbe) provenire anche dal legislatore dell'Unione.

3. Il ruolo del legislatore dell'Unione tra rispetto del principio di sussidiarietà e promozione della tutela dei diritti fondamentali

Come anticipato, le istituzioni e gli organi dell'Unione coinvolti nell'attività di *law-making* sono destinatari delle clausole generali al pari

[27] Cfr. CGUE, *Melloni*, cit, punti 56-58 e 60.

[28] Ovviamente, lo *standard* comune europeo, che sarà normalmente espresso in norme di diritto derivato, dovrà risultare compatibile con la Carta.

[29] Sul punto si v. SARMIENTO, *Who's Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 1267 ss.

[30] Si v. *supra*, CORTESE, *op. cit*., p. 457 ss. Sia inoltre permesso rinviare a LAZZERINI, *Il rapporto tra primato del diritto dell'Unione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali nella sentenza Taricco-bis: buona la seconda?*, in *Riv. dir. int.*, 2018, p. 234 ss. Si veda altresì l'insistenza sull'art. 52, par. 4, della Carta da parte della Corte costituzionale italiana in alcune recenti pronunce che toccano il rapporto tra la Costituzione e la Carta stessa: cfr., in particolare, ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, punto 9; sentenza 14 dicembre 2017, n. 269, punto 5.2, e sentenza 21 febbraio 2019, n. 20, punto 2.3.

della Corte di giustizia, ovviamente in una prospettiva *ex ante*. Le regole relative alle limitazioni ammesse all'esercizio dei diritti della Carta rivestono un significato particolare dal punto di vista del legislatore europeo, dal momento che l'art. 52, par. 1, stabilisce che tali limitazioni "devono essere previste dalla legge"[31]. A tal riguardo, la spiegazione dell'art. 52, par. 3, precisa che, nel caso dei diritti della Carta corrispondenti a diritti CEDU, "il legislatore […] deve rispettare gli *standard* stabiliti dal regime particolareggiato delle limitazioni previsto nella CEDU". La rilevanza per il legislatore europeo si estende comunque a tutte le clausole generali, incluse quelle relative alla determinazione dello *standard* di tutela che si sono precedentemente ricordate. Dall'art. 51 si possono anzi trarre alcune indicazioni che si saldano con le regole suddette e che assumono (*rectius*, dovrebbero assumere) particolare pregnanza proprio nella fase di elaborazione del contenuto degli atti dell'Unione. Infatti, se è vero che la questione dell'ambito di applicazione della Carta è centrale nell'art. 51, a ben vedere questa clausola generale presenta un contenuto piuttosto articolato, che investe anche il profilo dello *standard* di protezione.

Il riferimento è, innanzitutto, all'inciso "nel rispetto del principio di sussidiarietà" che chiude l'affermazione secondo cui la Carta si applica "alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione". Anche in questo caso si è in presenza di un'indicazione che non codifica la giurisprudenza precedente della Corte di giustizia e il suo significato non è dei più chiari. Se la nozione di sussidiarietà richiamata fosse quella propria del diritto dell'Unione, quale limite all'esercizio da parte dell'Unione delle competenze non esclusive, l'inciso avrebbe avuto più senso nella frase successiva dell'art. 51, dove viene affermato l'obbligo di promuovere l'applicazione della Carta. Avrebbe così chiarito che tale obbligo non mette tra parentesi il limite per cui l'Unione può esercitare le competenze non esclusive "solo se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione"[32].

Tuttavia, esiste un'opzione interpretativa alternativa a quella

[31] Sul punto, si rimanda *infra*, nota 10 e corrispondente parte del testo.

[32] Cfr. art. 5, par. 3, TUE. Per un'analisi della prassi relativa al meccanismo per il controllo del rispetto del principio di sussidiarietà prevista dal Protocollo n. 2, in relazione a proposte di atti che riguardano o incidono sulla tutela di diritti fondamentali, si v. GRANAT, *The Principle of Subsidiarity and its Enforcement in the EU Legal Order: The Role of National Parliaments in the Early Warning System*, Oxford, 2018, in particolare pp. 203-224.

dell'errore di collocazione, che trae forza dalla spiegazione dell'art. 52, par. 6. Questa clausola generale richiede di "[tenere] pienamente conto delle legislazioni e prassi nazionali, come specificato nella [Carta]" e secondo la sua spiegazione riguarda "i diversi articoli della Carta che, nell'ottica della sussidiarietà, rimandano alle legislazioni e prassi nazionali". In questo caso non può trattarsi della sussidiarietà come criterio di esercizio delle competenze non esclusive dell'Unione, perché le disposizioni della Carta che contengono un richiamo alle "legislazioni e prassi nazionali" riguardano settori di azione lasciati del tutto o prevalentemente alla competenza degli Stati membri[33]. Piuttosto, la spiegazione sembra suggerire che, nell'ambito della Carta, la nozione di "sussidiarietà" evoca la necessità di tenere in considerazione il modo in cui ciascuno Stato membro tutela alcuni diritti fondamentali. Si può allora sostenere che l'art. 52, par. 6, enfatizza – in relazione a diritti fondamentali che toccano questioni e competenze "sensibili" – un'esigenza che, alla luce dell'inciso nell'art. 51, par. 1, si atteggia come generale.

Viene a questo punto in rilievo il collegamento tra gli articoli 51 e 53 della Carta come ricostruito dalla Corte di giustizia nella sentenza *Melloni*, secondo cui – entro l'ambito di applicazione della Carta (art. 51) – il livello di protezione (art. 53) può in alcuni casi continuare ad essere quello che, in ciascuno Stato membro, deriva dalla Costituzione o da un trattato internazionale. Come si è visto, questi casi corrispondono alle situazioni disciplinate da norme dell'Unione – diverse dalla Carta – che non definiscono un preciso *standard* di tutela dei diritti fondamentali in gioco; al contrario, in presenza di norme che stabiliscano un tale *standard*, quest'ultimo, se compatibile con la Carta, non cede dinanzi a disposizioni nazionali più favorevoli, anche se di rango costituzionale. A ben vedere, l'"approccio *Melloni*" della Corte di giustizia fornisce una cornice per l'esplicazione del principio di sussidiarietà di cui all'art. 51, che trova proprio nel legislatore europeo il primo e più naturale destinatario. Durante l'elaborazione di un nuovo atto dell'Unione, le istituzioni coinvolte dovrebbero porsi la questione, innanzitutto, della necessità, per la realizzazione degli obiettivi perseguiti, di uno *standard* europeo uniforme di tutela dei diritti fondamentali; in caso contrario, si dovrebbe la-

[33] Si tratta, infatti, dei seguenti articoli: art. 9 sul diritto di sposarsi e di costituire una famiglia; art. 10, par. 2, sul diritto all'obiezione di coscienza; art. 14, par. 3, sulla libertà di creare istituti di insegnamento; art. 16 sulla libertà di impresa; art. 27 sul diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa; art. 28 sul diritto di negoziazione e di azioni collettive; l'art. 30 sulla tutela in caso di licenziamento ingiustificato; art. 34 sulla sicurezza sociale e assistenza sociale; art. 35, prima frase, sul diritto di accesso alla prevenzione sanitaria e il diritto di ottenere cure mediche, e art. 36 sull'accesso ai servizi di interesse economico generale.

sciare discrezionalità agli Stati membri, nei limiti, eventualmente sindacabili *ex post* da parte della Corte di giustizia, della compatibilità con la Carta e l'assenza di pregiudizio per il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione. Laddove, invece, risultasse necessario stabilire uno *standard* europeo uniforme, occorrerebbe verificare se le disposizioni rilevanti della Carta stabiliscono diritti che hanno una corrispondenza nella CEDU o che risultano dalle tradizioni costituzionali comuni, e in tal caso ricostruire il contenuto della tutela alla luce dell'art. 52, parr. 3 e 4, della Carta.

In questo secondo scenario viene ulteriormente in rilievo il riferimento alla promozione dell'applicazione dei diritti e dei principi della Carta, previsto dall'art. 51, par. 1. Si tratta anche in questo caso di un'indicazione che non codifica la giurisprudenza della Corte di giustizia e che ugualmente trova nel legislatore europeo il suo destinatario più immediato. Il dovere di promozione si può ovviamente esplicare solo nei limiti delle competenze dell'Unione, ma anche entro questi confini non è facile delineare un obbligo delle istituzioni coinvolte nel *law-making* di attivarsi eventualmente sanzionabile attraverso un'azione in carenza. Invece, è proprio sul piano della costruzione dello *standard* di protezione che il dovere di promozione trova maggiore appiglio. Esso si salda, innanzitutto, con la previsione contenuta nell'ultima parte dell'art. 52, par. 3, che consente di accordare a un diritto "corrispondente" della Carta una protezione più estesa di quella derivante dalla CEDU. Letta alla luce del richiamo alla promozione, la possibilità consentita dalla clausola generale si trasforma, anzi, in un dovere – non di attribuire, ma almeno di – valutare, durante l'*iter* legislativo, l'opportunità di non "appiattire" la tutela del diritto fondamentale in questione a quella garantita dalla CEDU, in linea con la natura di *safeguard net* di quest'ultima.

A questo fine, dovrebbe essere prestata particolare attenzione a quegli ordinamenti nazionali che già concedono una protezione maggiore: si dovrebbe quindi verificare se questa – altrimenti destinata ad essere compressa – consente di realizzare adeguatamente gli obiettivi perseguiti dall'atto in questione e può pertanto divenire lo *standard* uniforme europeo. La circostanza che la Corte di giustizia abbia riconosciuto uno spazio interno all'ambito di applicazione della Carta di persistente rilevanza degli *standard* nazionali (benché soggetta a limiti) non significa infatti che di tali *standard* non possa o addirittura non debba tenere conto il legislatore europeo nel momento della definizione del livello comune di tutela. Al contrario, un'attenta considerazione dello *standard* nella fase di elaborazione degli atti dell'Unione può contribuire ad assicurare una protezione più elevata dei diritti fondamentali nei settori in cui essa è

armonizzata, limitando l'eventualità di tensioni nei rapporti tra la Corte di giustizia e le corti nazionali, in particolare costituzionali; verrebbe altresì agevolata la cooperazione di tipo orizzontale tra gli Stati membri nell'ambito dei meccanismi basati sulla fiducia reciproca e il mutuo riconoscimento. Beninteso, ciò deve avvenire, come chiaramente richiesto dalla Carta, nell'ottica della promozione della tutela dei diritti fondamentali in questione: l'eventuale definizione di uno *standard* comune europeo non deve (*rectius*, non può, alla luce dell'art. 51) divenire l'occasione per una riduzione della tutela già prevista a livello nazionale, laddove il consenso rispetto all'adozione dell'atto dell'Unione – in particolare, quello dei governi in seno al Consiglio – sia coagulato dall'intenzione di "superare al ribasso" la protezione già accordata nei rispettivi ordinamenti, in particolare dalla Costituzione[34].

4. Incorporare la Carta nel law-making *europeo: limiti e potenzialità degli strumenti elaborati dalle istituzioni europee*

Invero, le istituzioni europee principalmente coinvolte nel *law-making* si sono dotate di specifici strumenti e procedure volti ad assicurare la conformità alla Carta dei propri atti e a prevenire una successiva valutazione di segno opposto da parte della Corte di giustizia[35]. Anche sotto questo profilo, l'impatto dell'introduzione di un catalogo scritto di diritti fondamentali è evidente e si è manifestato, anzi, già nella fase in cui la Carta non aveva valore giuridico vincolante: la Commissione europea, che presenta la prassi più longeva e ricca al riguardo, già all'indomani della proclamazione a Nizza, si è impegnata a effettuare un controllo di compatibilità delle proposte di atti legislativi con la Carta e a inserire nel preambolo un apposito "considerando" che evidenziasse la

[34] Sul punto, con riguardo al sistema europeo comune di asilo, si vedano gli interessanti rilievi critici di FAVILLI, *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, in *Questione giustizia*, fasc. 2/2018, http://questionegiustizia.it/.

[35] DE SCHUTTER, *The Implementation of the Charter of Fundamental Rights in the EU Institutional Framework*, Study for the AFCO Committee of the European Parliament, PE 571.397, 2016; ID., *The Implementation of the EU Charter by the EU Institutions*, in PEERS HERVEY, KENNER, WARD (eds), *The EU Charter*, cit., p. 1627 ss.; KOSTA, *Fundamental Rights in EU Internal Market Legislation*, Oxford, 2015, pp. 68 ss.; DE JESUS BUTLER, *Ensuring Compliance with the Charter of Fundamental Rights in Legislative Drafting: The Practice of the European Commission*, in *European Law Review*, 2012, pp. 397 ss.

conformità[36]. Nel tempo questo impegno si è tradotto in iniziative di portata più ampia e in strumenti più elaborati, ed è stato abbracciato – sulla scorta dell'incorporazione della Carta nel diritto primario – anche dai colegislatori, il Parlamento europeo e il Consiglio.

Nel 2005, nella Comunicazione sulla "Applicazione della Carta dei diritti fondamentali nelle proposte legislative della Commissione – Metodologia per un controllo rigoroso e sistematico", la Commissione, per evitare un uso generalizzato del c.d. "considerando Carta", ha indicato di inserirlo solo nelle proposte relative ad atti tesi ad attuare un diritto fondamentale ovvero idonei a limitarne l'esercizio[37]. Si è altresì previsto che in questi casi la relazione illustrativa della proposta debba contenere un'apposita sezione dedicata a spiegare la conformità dell'atto alle esigenze relative alla protezione dei diritti fondamentali. Tuttavia, la novità di maggior rilievo ha consistito nell'introduzione, all'interno dei questionari per la valutazione di impatto delle proposte, di alcune domande volte a identificare le implicazioni delle diverse *policy options* sulla tutela dei diritti fondamentali[38]. In questo modo, la rilevanza dei diritti fondamentali è stata valorizzata, oltre che nella fase finale per controllare la compatibilità della proposta definitiva con tali diritti, già in quella preliminare di elaborazione delle diverse *policy options*[39].

Nel 2011 è stato poi adottato lo *staff working paper* intitolato "Operational Guidance on taking account of Fundamental Rights in Commission Impact Assessment"[40], che a tutt'oggi costituisce il documento di maggiore dettaglio in materia. Mentre la Metodologia e la Strategia si

[36] Cfr. il *memorandum* sull'applicazione della Carta (SEC (2001) 380/3) del 13 marzo 2001, adottato congiuntamente dall'allora Presidente della Commissione europea Romano Prodi e dal Commissario per la Giustizia e gli Affari interni António Vitorino, p. 3.

[37] COM (2005) 172 def., 27 aprile 2005, p. 6.

[38] Su questo approccio e i suoi limiti, si veda TONER, *Impact Assessment and Fundamental Rights Protection in EU Law*, in *European Law Review*, 2006, p. 316 ss.

[39] Sul punto, osserva DE SCHUTTER, *The Implementation*, cit., p. 14: "[a]lthough impact assessments including a fundamental rights dimension could potentially contribute to ensuring that legislative and policy measures are fully compatible with the requirements of the Charter, they fulfil a different role in that they should allow to assess whether a particular initiative shall support the fulfilment or full realization of the fundamental rights affected, or instead create obstacles to such fulfilment, without such an assessment necessarily leading to the conclusion that, in the latter situation, the right is necessarily violated. Impact assessments serve to guide the decision-maker".

[40] SEC (2011) 567 def., 6 maggio 2011. La Commissione aveva anticipato l'adozione di "orientamenti operativi" volti a rafforzare la valutazione dell'impatto sui diritti fondamentali delle proposte di nuovi atti nella Comunicazione del 2010 relativa alla "Strategia per un'attuazione effettiva della Carta", COM (2010) 573 def., 19 ottobre 2010.

limitavano alle proposte di atti legislativi, la Guida operativa fa riferimento anche agli atti delegati e di esecuzione che possono sollevare specifiche questioni di conformità con i diritti fondamentali o che, al contrario, sono volti a promuoverne l'attuazione, nonché agli accordi internazionali dell'Unione[41]. Alla Guida operativa rimanda il più recente "Tool #28 Fundamental Rights & Human Rights", elaborato nell'ambito dell'iniziativa "Legiferare meglio", lanciata dalla Commissione nel 2015 per migliore la qualità della legislazione, l'apertura e la trasparenza del processo decisionale.

Anche il Parlamento europeo e il Consiglio, a seguito dell'invito rivolto dal Consiglio europeo nell'ambito del "Programma di Stoccolma (2010-2014)"[42], si sono dotati di alcuni strumenti e meccanismi per valorizzare la rilevanza della Carta anche prima del controllo di compatibilità dei testi da parte dei rispettivi Servizi giuridici; il rischio è infatti che l'impegno della Commissione sulle proposte venga vanificato dall'assenza di un'adeguata attenzione alla conformità con la Carta degli emendamenti proposti dai due co-legislatori.

Nell'ambito del Consiglio, i lavori preparatori relativi alle procedure legislative che riguardano i diritti fondamentali sono affidati a un apposito gruppo di lavoro permanente su "Diritti fondamentali, diritti dei cittadini e libera circolazione delle persone" (c.d. FREMD *working party*)[43]. Su invito del Consiglio[44], quest'ultimo ha elaborato le "Guidelines on methodological steps to be taken to check fundamental rights compatibility at the Council's preparatory bodies" (Linee-guida), pubblicate nel maggio 2011, e poi nel dicembre 2014 in una versione riveduta alla luce

[41] Guida operativa, cit., punto 2.

[42] Cfr. Programma di Stoccolma — Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini del Consiglio europeo, in *GUUE* C 115, 4 maggio 2010, p. 1 ss., punto 2.1. Il Consiglio europeo rivolgeva l'invito al Consiglio e al Parlamento europeo a dotarsi di strumenti simili a quelli della Commissione, per assicurare "nell'intero corso del processo legislativo […] un controllo sistematico e rigoroso della conformità con la [CEDU] e con i diritti e le libertà sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali".

[43] Nato in realtà come gruppo *ad hoc*, con l'obiettivo circoscritto di valutare le proposte della Commissione europea relative alla istituenda FRA, il gruppo FREMD è stato reso permanente nel dicembre 2009.

[44] In occasione della riunione del Consiglio Giustizia e affari interni del 24 e 25 febbraio 2011, il Consiglio, dopo aver riaffermato "l'impegno a garantire che durante l'intero processo decisionale interno si rispettino i diritti fondamentali, specialmente nell'ambito della redazione legislativa", ha invitato il gruppo FREMD a elaborare "[delle] indicazioni sintetiche, pragmatiche e metodologiche su come individuare e risolvere i problemi che le […] proposte di modifica sollevano in relazione alla compatibilità con i diritti fondamentali", stabilendo che, una volta adottate dal COREPER, dette indicazioni avrebbero dovuto "orientare opportunamente" i lavori degli organi preparatori del Consiglio.

della giurisprudenza della Corte di giustizia formatasi nel frattempo[45]. Il documento è presentato come un *non-binding advice*, il cui uso è raccomandato nella fase iniziale della prima lettura di un'iniziativa e, in particolare, di una proposta di modifica della stessa, nonché per ogni successiva versione di compromesso sulla quale gli organi preparatori del Consiglio raggiungono un accordo, anche nell'ambito dei triloghi[46]. Il Parlamento europeo, invece, non si è dotato di documenti analoghi a quelli della Commissione e del Consiglio, ma dispone, dal 2012, di un'apposita Unità per la valutazione di impatto *ex ante*. Inoltre, l'art. 38 (già art. 36) del regolamento interno del Parlamento europeo, dopo aver ribadito al primo comma l'impegno dell'istituzione a "rispettare pienamente i diritti fondamentali quali stabiliti dalla [Carta]", al secondo comma prevede la possibilità di chiedere un parere alla Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (Commissione LIBE) quando, ad avviso della commissione competente, di un gruppo politico o di almeno 40 eurodeputati, "una proposta di atto legislativo o parti di essa non rispettino i diritti fondamentali della Carta"; il parere reso dovrà poi essere allegato alla relazione della commissione competente[47].

Da ultimo, nell'accordo interistituzionale "Legiferare meglio" del 2016 è stato inserito un espresso riferimento alla necessità di assicurare il rigoroso rispetto dei diritti fondamentali; riguardo ai due co-legislatori è previsto che, "all'atto dell'esame delle proposte legislative della Commissione", essi devono tenere "pienamente conto delle valutazioni d'im-

[45] La versione corrente è allegata al documento 5377/15 del Segretariato generale del Consiglio, del 20 gennaio 2015, reperibile all'indirizzo http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5377-2015-INIT/en/pdf. Le Linee-guida sono disponibili solo in inglese.

[46] Linee-guida, cit., p. 6. La prassi dei triloghi rischia invero di svuotare di gran parte del loro significato le iniziative per la promozione del rispetto della Carta nel *law-making*, perché l'accordo raggiunto tra i rappresentanti delle istituzioni nell'ambito di incontri a porte chiuse si traduce in un testo sostanzialmente definito, sottoposto al *plenum* dei co-legislatori solo per il voto; come osserva KOSTA, *Fundamental Rights*, cit., in particolare p. 68, venendo compressa la fase della deliberazione formale e pubblica, anche i meccanismi che presiedono al puntuale adempimento degli obblighi in materia di diritti fondamentali possono essere elusi o ricevere meno attenzione.

[47] Il Parlamento europeo è anche l'istituzione che più si è avvalsa della possibilità di chiedere il parere dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA) sulle proposte di atti legislativi della Commissione europea. Non si tratta di un dato casuale: come ricorda TOGGENBURG, *The Role of the New EU Fundamental Rights Agency: Debating the "Sex of Angels" or Improving Europe's Human Rights Performance?*, in *European Law Review*, 2008, p. 384 ss., la (limitata) competenza della FRA ad emettere pareri su richiesta delle istituzioni non era stata prevista dalla Commissione nella proposta del regolamento istitutivo dell'Agenzia e fu introdotta su iniziativa del Parlamento europeo, che invero avrebbe voluto un ruolo più incisivo.

patto della Commissione" e, "se lo ritengono opportuno e necessario per l'*iter* legislativo, effettuano valutazioni d'impatto in relazione alle modifiche sostanziali che hanno apportato alla proposta della Commissione"[48]. La definizione di "modifica sostanziale" è espressamente lasciata a ciascuna istituzione, non essendo stata accolta la proposta della Commissione di effettuare la valutazione di impatto su ogni modifica; è invece prevista la possibilità per la Commissione, anche di propria iniziativa, di integrare l'iniziale valutazione di impatto, con indicazioni e analisi aggiuntive delle quali i co-legislatori dovranno tenere pienamente conto[49].

Se questi sviluppi sono senz'altro positivi, allo stesso tempo, però, gli strumenti ricordati sono accomunati da uno stesso limite di fondo: tutti, anche quelli che riguardano la fase dell'*impact assessment*, si concentrano sull'esigenza di assicurare che i diritti fondamentali in questione non siano violati, mentre è del tutto carente la diversa dimensione della promozione della loro tutela[50]. Riguardo alle fonti esterne all'ordinamento dell'Unione, l'attenzione si concentra prevalentemente sulla CEDU, mentre non viene adeguatamente valorizzato il contributo degli *standard* nazionali, nella prospettiva delle tradizioni costituzionali comuni o in quella degli ulteriori trattati internazionali sui diritti umani dei quali gli Stati membri sono parti. Si perde, in tal modo, una parte significativa del contributo, in parte anche genuinamente innovativo, delle clausole generali della Carta. Una maggiore attenzione al profilo della costruzione dello *standard* di tutela nella fase di elaborazione e discussione degli atti dell'Unione è invece necessaria per realizzare il mandato relativo alla promozione dei diritti fondamentali insito nella Carta stessa. Pare altresì opportuno percorrere questa strada nell'ottica, già ricordata, di "allentare" la pressione sulla Corte di giustizia determinata dai conflitti tra *standard*; ciò avverrebbe comunque senza intaccare la possibilità che i giudici di Lussemburgo siano chiamati a (in)validare le scelte del legislatore europeo, eventualità auspicabile – alla luce di quanto detto – in caso di scarsa aderenza al mandato relativo alla promozione della tutela dei diritti fondamentali.

[48] Accordo interistituzionale "Legiferare meglio" tra il Parlamento europeo, il Consiglio dell'Unione europea e la Commissione europea, in *GUUE* L 123, 12 maggio 2016, pp. 1-14, punti 14 e 15.

[49] Ivi, punto 15.

[50] Questa criticità, insieme ad un certo "Cartacentrismo" degli strumenti considerati, è evidenziata anche da DE SCHUTTER, *The Implementation*, cit., p. 20.

PARTE QUINTA

CODIFICAZIONE E GIURISPRUDENZA

GIUDICI E CODIFICAZIONE DEL – E NEL – DIRITTO DEL MARE

Irini PAPANICOLOPULU*

SOMMARIO: 1. Giudici, codificazione e diritto del mare. – 2. Il giudice precursore. – 3. Il giudice catalizzatore. – 4. Il giudice conservatore. – 5. Questioni metodologiche. – 6. Conclusioni.

1. Giudici, codificazione e diritto del mare

La persistente rilevanza del diritto internazionale consuetudinario nel regolare i rapporti tra Stati rende sempre attuale la discussione della sua codificazione[1], come dimostra il lavoro in corso della Commissione del diritto internazionale (CDI)[2]. La codificazione può avvenire ad opera di vari soggetti: Stati, organizzazioni internazionali, associazioni di studiosi, singoli studiosi. Tra questi soggetti, un ruolo speciale è svolto dai giudici internazionali. Se da un lato ad essi non è attribuito alcun compito espresso di codificare le norme consuetudinarie, dall'altro il loro compito di "decidere in base al diritto internazionale"[3] nella controversia tra

* Professoressa associata di Diritto internazionale, Università di Milano-Bicocca.

[1] Per "codificazione" si intende "the more precise formulation and systematization of rules of international law" (Statuto della CDI, art. 15). Sulla codificazione del diritto internazionale in generale si veda, oltre agli scritti contenuti in questo volume, AGO, *Riflessioni sulla codificazione del diritto internazionale*, in *Comunicazioni e Studi*, Milano, 1992, 3; WATTS, *Codification and Progressive Development of International Law*, in *MPEPIL*, 2006.

[2] *Report of the International Law Commission on the work of its Seventieth session*, UN doc. A/73/10.

[3] Per esempio, la Corte internazionale di giustizia (CIG) ha come compito "to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it" (art. 38, par. 1, dello Statuto della CIG), mentre il Tribunale internazionale del diritto del mare (di seguito: TIDM) ha come compito quello di decidere le controversie sottoposte ad esso applicando la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (*United Nations Convention on the Law of the Sea*, adottata il 10 dicembre 1982, in vigore dal 16 novembre 1994, 1833 *UNTS* 397; di seguito: CNUDM) "and other rules of international law not incompatible with this Convention" (art. 23 dello Statuto del TIDM, in combinato disposto con art. 293, par. 1, CNUDM).

le parti li porta non solo a dover stabilire se una norma esista, ma soprattutto a dover determinare con precisione quale sia il suo contenuto, nonché quale sia quello di possibili limitazioni o eccezioni. Ciò facendo, il giudice internazionale di fatto procede ad una codificazione del diritto internazionale consuetudinario, la cui portata riguarda non solo le parti alla controversia, per le quali la sentenza è vincolante[4], ma anche tutti gli altri Stati e gli altri soggetti di diritto internazionale, per i quali le decisioni giudiziarie costituiscono fonte sussidiaria[5].

Nell'affrontare la tematica della codificazione e del ruolo che i giudici svolgono in questo ambito, e al fine di meglio chiarire il contenuto di questo contributo, appare utile iniziare con due premesse. La prima riguarda il contenuto dell'operazione svolta. A tale riguardo, spesso si distingue tra codificazione, cristallizzazione e sviluppo progressivo del diritto internazionale[6]. Queste operazioni, che pure presentano caratteristiche diverse nel momento preciso in cui vengono svolte, se viste in una prospettiva storica più ampia spesso costituiscono parte di uno stesso processo, che porta al consolidamento di una norma consuetudinaria. Questa prospettiva sarà adottata nel presente scritto.

In secondo luogo, è metodologicamente utile distinguere tra due situazioni: la codificazione *del* diritto del mare e la codificazione *nel* diritto del mare. Nel primo caso (codificazione *del* diritto del mare) l'attenzione dello studioso si concentra sulla materia oggetto di codificazione: le norme di diritto internazionale consuetudinario che formano il diritto del mare, vale a dire quell'insieme di norme che regolano gli spazi marini e le attività che ivi si svolgono[7]. Tale codificazione spesso avviene ad opera di tribunali specializzati in controversie di diritto del mare, quali il TIDM o i tribunali arbitrali costituiti ai sensi degli Allegati VII e VIII della CNUDM, nonché di tribunali con competenze virtualmente generali, quale la Corte internazionale di giustizia (CIG).

[4] Art. 59 dello Statuto della CIG, art. 33, par. 1, dello Statuto del TIDM.

[5] Art. 38, par. 1, lett. *d*), dello Statuto della CIG.

[6] Si veda l'art. 15 dello Statuto della CDI.

[7] Tradizionalmente, il diritto del mare è stato inteso come l'insieme delle "rules and principles that bind States in their international relations concerning maritime matters" (CHURCHILL, LOWE, *The Law of the Sea*, 3rd ed., Manchester, 1999, p. 1); con la recente espansione dei soggetti di diritto del mare e l'attribuzione di una soggettività, seppur ridotta, a soggetti diversi dagli Stati si potrebbe ampliare tale definizione in modo da includere tutte le "international rules that bind States and other subjects of international law in their marine affairs" (TANAKA, *The International Law of the Sea*, 2nd ed., Cambridge, 2015, p. 3).

Tuttavia, norme consuetudinarie di diritto del mare possono essere codificate anche ad opera di altri tribunali internazionali che si occupano di settori diversi, quali, per esempio, il diritto del commercio internazionale o i diritti umani. A titolo esemplificativo, basta ricordare le numerose sentenze della Corte europea dei diritti umani (Corte EDU) in cui si discute della nozione di "giurisdizione" ai sensi dell'art. 1 della Convenzione europea dei diritti umani (CEDU) e in cui si afferma la norma consuetudinaria in base alla quale uno Stato esercita giurisdizione sulle navi che battono la sua bandiera anche qualora queste si trovino al di fuori del suo territorio. In aggiunta è interessante notare che la codificazione di questa norma avviene non solo in casi relativi a persone che si trovano a bordo di una nave[8], ma anche in casi che riguardano tutt'altro e che non hanno nessuna attinenza con il diritto del mare[9].

Tale codificazione, ad opera di corti diverse da quelle competenti per materia, non sembra aver attratto l'attenzione della dottrina, se non nell'ottica di un discorso più generale sul carattere unitario dell'ordinamento internazionale. Tuttavia, la codificazione di norme consuetudinarie relativa a una branca del diritto internazionale, ad opera di tribunali appartenenti ad una branca diversa, può essere vista come conferma definitiva dell'esistenza della norma. Infatti, è noto che i giudici "settoriali" preferiscono fare riferimento a norme del proprio regime, poten-

[8] Nella sentenza 29 marzo 2010, *Medvedyev and Others c. Francia*, App. No. 3394/03, par. 65, la GC della Corte EDU ha affermato che in "cases involving the activities […] on board aircraft and ships registered in, or flying the flag of, that State […] *customary international law* and treaty provisions have clearly recognised and defined the extraterritorial exercise of jurisdiction by the relevant State" (enfasi aggiunta). Nella sentenza 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa and Others c. Italia*, App. No 27765/09, par. 77, la stessa Grande Camera ha spiegato che: "by virtue of the relevant provisions of the law of the sea, a vessel sailing on the high seas is subject to the exclusive jurisdiction of the State of the flag it is flying. This principle of international law has led the Court to recognise, in cases concerning acts carried out on board vessels flying a State's flag, in the same way as registered aircraft, cases of extraterritorial exercise of the jurisdiction of that State […]. Where there is control over another, this is *de jure* control exercised by the State in question over the individuals concerned". Si veda anche Corte EDU, decisione 31 maggio 2016, *Bakanova c. Lituania*, App. No. 11167/12, par. 63. Stesse conclusioni sono raggiunte anche da altri organi in materia di diritti umani; si veda, per esempio, Inter-American Commission of Human Rights, Case 10.675, Report No. 51/96.

[9] Si vedano, tra tante altre, Corte EDU (GC), decisione 12 dicembre 2001, *Banković and Others c. Belgio and 16 Other Contracting States*, App. No. 52207/99, par. 73; decisione 8 aprile 2004, *Assanidze c. Georgia*, App. No. 71503/01, par. 137; decisione 14 dicembre 2006, *Markovic and others c. Italia*, App. No. 1398/03, par. 49; decisione 7 luglio 2011, *Al-Skeini and Others c. Regno Unito*, App. No 55721/07, par. 115.

zialmente perché a loro più familiari, piuttosto che a quelle di un altro regime. Tale preferenza si manifesta non tanto nella selezione delle norme applicabili al fine di risolvere la controversia, ma soprattutto in casi in cui vengano richiamate norme "generali" (per esempio, norme relative alle fonti o alla responsabilità) o vengano forniti esempi per illustrare, tramite analogia, contrasto o altrimenti, il contenuto e l'ambito di applicazione della norma considerata. Questo è avvenuto, per citare un solo esempio, nella sentenza *Bankovic* della Corte europea dei diritti umani, dove la Corte menziona la norma del diritto del mare sulla giurisdizione esclusiva dello Stato come eccezione ripetto alla nozione generalmente "territoriale" di giurisdizione. In tale situazione, il richiamo di una norma derivante da un regime diverso, potrebbe essere prova che tale norma esprime una regola consuetudinaria ben consolidata.

Passando alla seconda prospettiva espositiva, la codificazione ad opera dei giudici *nel* diritto del mare predilige la provenienza delle sentenze, esaminando solo quelle sentenze che sono state adottate da tribunali competenti, in via esclusiva o meno, a risolvere controversie di diritto del mare, come il TIDM e la CIG. Queste sono rese da giudici che si occupano di questioni di diritto del mare, oggi per lo più quei giudici identificati dall'art. 287, par. 1, CNUDM, ma possono riguardare il carattere consuetudinario non solo delle norme del regime, ma anche di altri regimi nonché del diritto internazionale generale. Così, per esempio, è particolarmente famosa la sentenza della CIG nel caso della piattaforma continentale del Mare del Nord, nella parte in cui codifica gli elementi costitutivi della consuetudine[10]. Dall'entrata in vigore della CNUDM, tale operazione è divenuta praticamente obbligatoria, nella misura in cui è la Convenzione stessa che richiede ai giudici di applicare anche "le altre norme di diritto internazionale" non incompatibili con la stessa[11]. Questa disposizione comporta che i giudici chiamati a risolvere controversie di diritto del mare dovranno identificare e applicare anche altre norme oltre alla CNUDM, così codificandole.

Alla luce di queste premesse, questo contributo si concentrerà sulla codificazione *del* diritto del mare *nel* diritto del mare. In altri termini, esso esaminerà la codificazione ad opera di giudici di norme di diritto internazionale consuetudinario relative al diritto del mare, nell'ambito di

[10] Sentenza 20 febbraio 1969, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v Denmark)*, in *I.C.J. Reports 1969*, p. 3, par. 77.

[11] Art. 293, par. 1, CNUDM.

controversie vertenti su questioni relative a questa branca del diritto internazionale[12].

Vari sono i motivi che rendono un tale esame utile, non solo ai fini di una più circostanziata valutazione delle norme oggi esistenti e di eventuali tentativi di svilupparle, ma anche ai fini di una migliore comprensione dei modi in cui i giudici internazionali dialogano con gli altri soggetti deputati alla codificazione. Alcuni sono di natura storica, altri di natura metodologica.

Il diritto del mare si è sviluppato nell'arco di secoli ed era già ben consolidato quando furono creati i primi giudici internazionali permanenti. Questi ultimi si trovarono quindi a dover spesso affrontare questioni relative all'esistenza di una certa norma consuetudinaria e al suo preciso contenuto, e poterono svolgere tale compito, fin da principio, alla luce di una prassi talvolta vecchia di secoli. Inoltre, questa branca del diritto internazionale ha formato l'oggetto anche di codificazione (o tentativi di codificazione) ad opera degli Stati nell'ambito di quattro conferenze che si sono susseguite dal 1930 al 1982 e che hanno prodotto cinque trattati, le quattro Convenzioni di Ginevra del 1958 e la CNUDM del 1982. L'esistenza di questi trattati ha reso spesso necessario distinguere le norme contenute nei trattati di codificazione che costituivano espressione di una norma consuetudinaria da quelle che erano semplicemente norme pattizie.

Inoltre, e nonostante le sue origini risalenti nel tempo, il diritto del mare è in continua evoluzione nel tentativo di regolare nuovi usi del mare e nuovi interessi degli Stati; questo rende necessario un costante riesame del contenuto delle sue norme. Tale riesame concerne in modo particolare le norme codificate nei trattati summenzionati, ma anche nelle varie decisioni giudiziarie, al fine di valutare se esse continuano a rappresentare il diritto come applicato dagli Stati oppure se necessitano di essere riviste o, in casi estremi, abbandonate.

[12] Sulla codificazione e lo sviluppo progressivo del diritto del mare ad opera dei giudici internazionali si vedano: SCOVAZZI, *The Contribution of the Tribunal to the Progressive Development of International Law*, in *The Contribution of the International Tribunal for the Law of the Sea to the Rule of Law: 1996-2016*, Leiden, 2018, p. 118; TREVES, *International Courts and Tribunals and the Development of the Law of the Sea in the Age of Codification*, in DEL CASTILLO (ed.), *Law of the Sea, From Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea. Liber Amicorum Judge Hugo Caminos*, Leiden, 2015, p. 77; LOWE, TZANAKOPOULOS, *The Development of the Law of the Sea by the International Court of Justice*, in TAMS, SLOAN (eds), *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford, 2013, p. 177.

In aggiunta, questa è una materia nella quale, forse più frequentemente che in altre, gli Stati sono disposti a sottoporre le proprie controversie ad un giudice internazionale. Non è un caso che la prima sentenza della CIG si sia occupata di questioni di mare, relative agli incidenti verificatesi nello Stretto di Corfù. Infine, con l'entrata in vigore della CNUDM, inclusa la sua parte XV, è adesso obbligatorio per gli Stati parte (con le limitazioni previste dalla Convenzione stessa) sottoporre le proprie controversie ad un giudice internazionale. Certo, i giudici individuati nella parte XV devono applicare le norme della Convenzione *qua* norme pattizie applicabili tra le parti ad un trattato, ma nel decidere le controversie sottoposte ad essi devono anche applicare altre norme di diritto internazionale non incompatibili con la Convenzione stessa, come previsto dall'art. 293, par. 1, CNUDM.

Nel concludere queste premesse iniziali, occorre ribadire che il giudice internazionale, nella sua funzione codificatoria, instaura un dialogo con gli altri soggetti coinvolti nel processo di codificazione: gli Stati, *in primis*, ma anche le organizzazioni internazionali e i loro organi, le organizzazioni di tipo diverso, le società scientifiche e i singoli studiosi. Questo dialogo è spesso basato su un tacito assenso e reciproco sostegno, che attraverso l'opera codificatoria proveniente da più parti consolida il carattere consuetudinario di una certa norma di diritto internazionale. Non mancano tuttavia incomprensioni, momenti di disaccordo e perfino tentativi, più o meno aperti, di ostruzionismo. I paragrafi che seguono illustreranno tali rapporti alla luce di casi concreti e forniranno alcune osservazioni sulla metodologia utilizzata a tal fine, prima di concludere con alcune osservazioni di natura generale.

2. Il giudice precursore

In alcuni casi, il giudice internazionale svolge una funzione di precursore, identificando e codificando una norma consuetudinaria prima degli Stati e degli altri organi internazionali deputati a tale funzione. La sentenza del giudice – se ripresa da altri soggetti – consente alla norma così identificata di essere definitivamente codificata in un trattato internazionale ad opera degli Stati oppure in altro atto, come i progetti di articoli della CDI. In questi casi, il rapporto tra vari soggetti è armonico, in quanto tutti insieme concorrono, tramite le loro affermazioni, al consolidamento della norma inizialmente identificata dal giudice, senza partico-

lari attriti e senza contestazioni. Il caso emblematico riguarda la norma relativa alle linee di base diritte, vale a dire quelle linee tracciate dallo Stato unendo appropriati punti sulla sua costa, che permettono ad esso di misurare l'ampiezza delle proprie zone utilizzando un limite interno diverso dalla linea di bassa marea.

Fino all'inizio del XX secolo, la prassi statale in materia di linea di base era varia e disomogenea. La questione dell'eventuale esistenza di norme di diritto internazionale consuetudinario relative alla linea di base fu affrontata per la prima volta nell'ambito dei lavori del Sottocomitato II, in preparazione della Conferenza della Società delle Nazioni dell'Aja del 1930. Pur essendo state avanzate alcune proposte relative alla linea di base normale, e alle linee relative a baie, fiumi, porti e isole, il Sottocomitato II non era riuscito ad adottare un testo definitivo per le baie (si vedano le varie proposte del Sottocomitato, degli Stati Uniti e della Francia) e nemmeno un testo provvisorio per le isole[13].

La questione delle linee di base fu sottoposta alla CIG nel famoso caso delle Peschiere Anglo-Norvegesi[14], nel quale il Regno Unito contestò la liceità delle linee di base diritte tracciate dalla Norvegia unendo i punti più esterni del complesso di isole, fiordi e altre insenature costituente il c.d. *skjærgaard*, che caratterizza gran parte della costa norvegese. All'epoca non esisteva nessun trattato che codificasse le norme pertinenti di diritto del mare e la Corte si trovò a dover decidere il caso sulla base del diritto internazionale consuetudinario. In tale occasione, la Corte pervenne alla conclusione che:

"[l]e principe selon lequel la ceinture des eaux territoriales doit suivre la direction générale de la côte permet de fixer certains critères valables pour toute délimitation de la mer territoriale […] pour appliquer ce principe, plusieurs États ont jugé nécessaire de suivre la méthode des lignes de base droites et qu'ils ne se sont pas heurtés à des objections de principe de la part des autres États"[15].

[13] League of Nations, *Acts of the Conference for the Codification of International Law*, vol. I, LoN doc. C. 351. M. 145. 1930. V del 19 agosto 1930, pp. 131-133.

[14] CIG, sentenza 18 dicembre 1951, *Affaire des pêcheries* (*Royaume-Uni c. Norvège*). Nonostante il suo nome, il caso non si occupa di pesca, ma appunto di linee di base.

[15] Ivi, p. 129. Al fine di facilitare il confronto testuale tra le formulazioni della norma adottate dai vari soggetti, e alla luce del fatto che alcuni testi sono disponibili solo nella versione francese, si è preferito, esclusivamente per questo paragrafo, utilizzare la versione ufficiale francese dei vari documenti citati.

Il metodo delle linee di base diritte, come definito dalla Corte, consiste "à choisir sur la ligne de la laisse de basse mer des points appropriés et à les réunir par des lignes droites"[16]. La Corte procede precisando il contenuto delle norma consuetudinaria sulle linee di base. Pur specificando che "la pratique des Etats ne permet de formuler aucune règle générale de droit"[17] in merito alla lunghezza massima dei segmenti che lo Stato può tracciare, la Corte identifica i requisiti necessari affinchè uno Stato possa tracciare delle linee di base diritte: l'esistenza di una "côte profondément découpée d'intentations ou d'échancrures, […] ou bordée par un archipel"[18]; il fatto che "le tracé des lignes de base ne peut s'écarter de façon appréciable de la direction générale de la côte"[19]; e la necessità di "savoir si certaines étendues de mer situées en deçà de ces lignes sont suffisamment liées au domaine terrestre pour être soumises au régime des eaux intérieures"[20].

È interessante notare che, mentre per l'accertamento della norma generale che permetterebbe variazioni rispetto alla linea di bassa marea, la Corte fa riferimento alla prassi statale, nel caso dei criteri specifici per valutare la liceità di un sistema di linee di base diritte la Corte sembra piuttosto ragionare per principi generali. I criteri appena identificati, infatti, sono introdotti da una considerazione generale: "certaines considérations fondamentales, liées à la nature de la mer territoriale, conduisent à dégager quelques critères qui, à défaut de précision rigoureuse, fournissent au juge des bases suffisantes de décision, adaptées à la diversité des situations de fait"[21].

Le affermazioni della CIG ebbero un effetto quasi immediato. Esse non solo furono accettate dal Regno Unito senza ulteriori proteste, ma furono riprese l'anno successivo parola per parola dal Relatore speciale della CDI incaricato di studiare le norme del diritto del mare, François. La bozza di articolo presentata da François prevedeva infatti che:

"s'il s'agit d'une côte profondément découpée d'indentations ou d'échancrures, ou bordée par un archipel, la ligne de base se détache de la laisse de basse mer, et la méthode des lignes de base reliant des points appropriés de la côte doit être admise. Le tracé des lignes de base ne peut

[16] Ivi, pp. 129-130.
[17] Ivi, p. 131.
[18] Ivi, p. 129.
[19] Ivi, p. 133.
[20] *Ibidem*.
[21] *Ibidem*.

s'écarter de façon appréciable de la direction générale de la côte, et les étendues de mer situées en deçà de cette ligne doivent être suffisamment liées aux domaines terrestres pour être soumises au régime des eaux intérieures"[22].

La motivazione addotta dal Relatore speciale era che:

"Le rapporteur croit devoir interpréter l'arrêt de la Cour, rendu en ce qui concerne le point en question avec une majorité de 10 voix contre 2, comme l'expression du droit en vigueur; par conséquent, il s'en est inspiré lors de la rédaction de l'article. Le second alinéa de l'article reflète le point de vue de la Cour, exprimé dans l'arrêt, concernant une côte présentant de profondes échancrures"[23].

François non fa riferimento all'esistenza di una certa prassi statale, come affermato dalla Corte, ma piuttosto sembra basare il carattere codificatorio della pronuncia della Corte sulla maggioranza con la quale la decisione sul punto è stata adottata. Inoltre, il relatore distingue, più chiaramente di quanto non lo avesse fatto la Corte, tra la parte della sentenza che rappresenta il diritto consuetudinario in vigore e quella che esprime "il punto di vista della Corte".

La proposta di François fu oggetto di discussione nell'ambito della Commissione e varie proposte di modifica furono avanzate[24]. Tuttavia, alla fine la proposta fu ripresa quasi testualmente dalla CDI nella bozza finale di articoli sul diritto del mare. Le modifiche redazionali apportate al testo originario di François non intaccano le espressioni chiave che François stesso aveva ripreso dalla sentenza della Corte nel caso delle Peschiere:

"La ligne de base peut se détacher de la laisse de basse mer si les circonstances rendent nécessaire un régime spécial en raison de profondes échancrures ou indentations de la côte ou en raison d'îles situées à proximité immédiate de la côte. Dans ces cas, la méthode des lignes de base droites reliant les points appropriés peut être adoptée. Le tracé de ces lignes de base ne peut s'écarter de façon appréciable de la direction générale de la côte et les étendues de mer situées en deçà de ces lignes

[22] Si veda la bozza dell'art. 5 in *Rapport par J.P.A. François*, UN doc. A/CN.4/53, p. 32.

[23] Ivi, p. 34.

[24] Vedi *Report of the International Law Commission on the Work of its Eigth Session*, UN doc. A/CN.4/104, p. 268.

doivent être suffisamment liées au domaine terrestre pour être soumises au régime des eaux intérieures"[25].

Tale proposta costituì la base per l'articolo poi effettivamente incluso nella Convenzione di Ginevra sul mare territoriale e la zona contigua:

"Dans les régions où la ligne côtière présente de profondes échancrures et indentations, ou s'il existe un chapelet d'îles le long de la côte, à proximité immédiate de celle-ci, la méthode des lignes de base droites reliant des points appropriés peut être adoptée pour le tracé de la ligne de base à partir de laquelle est mesurée la largeur de la mer territoriale. 2. Le tracé de ces lignes de base ne doit pas s'écarter de façon appréciable de la direction générale de la côte et les étendues de mer situées en deçà de ces lignes doivent être suffisamment liées au domaine terrestre pour être soumises au régime des eaux intérieures"[26].

È interessare notare come nel caso di specie il dialogo tra i vari soggetti competenti a codificare il diritto internazionale – la CIG, la CDI e gli Stati – si svolse in maniera particolarmente amichevole, senza sollevare problemi di sorta e senza suscitare accesi contrasti tra Stati. Pur riconoscendo che la Corte aveva sostanzialmente "inventato" le condizioni per l'utilizzo di un sistema di linee di base diritte e che non vi era prassi statale, gli Stati sembrarono trovare soddisfacente la soluzione proposta dalla Corte e fatta propria dalla Commissione, come emerge, per esempio, dalle dichiarazioni rese da Canada[27] e Cina[28]. Qualche rilievo critico alla metodologia utilizzata fu mosso dal rappresentante del Giappone, secondo il quale:

"as far as he knew, the straight baseline method had not been mentioned in any textbook on international law or in any articles on the territorial sea before the International Court of Justice decision in the Anglo-

[25] Si veda la bozza dell'art. 5, *Articles relatifs au droit de la mer*, in *YILC*, 1956, vol. II (Bozza di articoli sul diritto del mare).

[26] Art. 4, *Convention on the territorial sea and the Contiguous Zone*, adottata il 29 aprile 1958, entrata in vigore il 10 settembre 1964, 516 *UNTS* 205.

[27] "This recommendation is acceptable to the Canadian Government as reflecting the decision of the International Court of Justice in the Anglo-Norwegian Fisheries Case. The Canadian Government agrees that the employment of straight baselines as outlined by the Commission should be recognized universally as being a proper means of establishing the datum-line", *Comments by Governments on the Draft Articles Concerning the Law of the Sea Adopted by the International Law Commission at Its Eighth Session*, UN doc. A/CONF.13/5 e Adds. 1-4 del 23 ottobre 1957, p. 76.

[28] "The Government of China is in agreement with the principles of straight baselines established in this article based on the judgement of the International Court of Justice on the Anglo-Norwegian Fisheries Case", ivi, p. 110.

Norwegian fisheries case in 1951. Neither had any institutes or associations of international law ever embodied a method of straight baselines in any of the resolutions concerning the territorial sea"[29].

Infine, la stessa norma fu ripresa, senza sollevare particolare dibattito[30], nel testo dell'art. 7 CNUDM, ai sensi del quale:

"La où la côte est profondément échancrée et découpée, ou s'il existe un chapelet d'Iles le long de la côte, à proximité immédiate de celle-ci, la méthode des lignes de base droites reliant des points appropriés peut être employée pour tracer la ligne de base à partir de laquelle est mesurée la largeur de la mer territoriale. […]. 3. Le tracé des lignes de base droites ne doit pas s'écarter sensiblement de la direction générale de la côte et les étendues de mer situées en deçà doivent 'être suffisamment liées au domaine terrestre pour être soumises au régime des eaux intérieures".

In conclusione, quello della norma sulle linee di base diritte costituisce un caso esemplare in cui la codificazione di una norma consuetudinaria ad opera del giudice internazionale, ed in particolare la precisazione del suo esatto contenuto pur in presenza di una prassi scarna e varia, precorre i lavori codificatori di altri soggetti e viene a costituire la base per essi. In questo caso, operando un attento bilanciamento delle esigenze di vari gruppi di Stati e cogliendo l'interesse generale nel permettere eccezioni alla linea di bassa marea senza eccessivamente estendere l'ampiezza delle acque interne, il giudice internazionale ha formulato una norma sufficientemente precisa da renderla accettabile a tutti gli Stati.

3. Il giudice catalizzatore

Nella maggior parte dei casi di codificazione di norme di diritto internazionale il giudice internazionale interviene nel processo di codificazione – o cristallizzazione – in un momento successivo. Non per questo il suo ruolo è meno rilevante. Il giudice internazionale, infatti, può svolgere funzione di catalizzatore del processo codificatorio, permettendo agli Stati di meglio mettere a fuoco la norma per essi accettabile. In questo caso, più che in quello precedente, il rapporto che si instaura tra il

[29] *United Nations Conference on the Law of the Sea. Summary Records of the 51st to 55th Meetings of the First Committee*, UN doc. A/CONF.13/C.1/SR.51-55, p. 156.

[30] NORDQUIST (ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea. A Commentary*, vol. IV, Dordrecht, 1990, p. 97.

giudice e gli altri soggetti è dialettico e basato sulla reciproca fiducia, e si svolge in un arco di tempo spesso esteso, durante il quale giudici, Stati e altri organi possono verificare la bontà delle soluzioni accolte in precedenza e decidere eventuali modifiche o inversioni di marcia. Nell'ambito della codificazione del diritto del mare ad opera del giudice internazionale, il caso che meglio illustra questa funzione "catalizzante" è dato dallo sviluppo delle norme in materia di delimitazione delle zone giurisdizionali dello Stato, quali la piattaforma continentale e la zona economica esclusiva.

Una regola, seppur embrionale, per la delimitazione della piattaforma continentale tra due Stati opposti o adiacenti era contenuta nello strumento giuridico che diede inizio alla norma sulla piattaforma continentale, il Proclama Truman del 1945. In esso si prevedeva che: "In cases where the continental shelf extends to the shores of another States, or is shared with an adjacent State, the boundary shall be determined by the United States and the State concerned in accordance with equitable principles"[31].

Come è noto, tale Proclama, che pure andava palesemente contro una norma consuetudinaria ben consolidata, non suscitò reazioni da parte di altri Stati. Al contrario, numerosi Stati seguirono l'esempio statunitense e iniziarono ad adottare analoghi strumenti normativi a livello nazionale[32]. Non vi era tuttavia uniformità in merito al criterio da adottare per la delimitazione delle piattaforme che si sovrapponevano.

Quando la CDI fu chiamata a codificare il diritto del mare, e alla luce dell'assenza di una prassi univoca, il Relatore speciale François propose come metodo per la delimitazione della piattaforma continentale, in assenza di accordo tra i due Stati, il prolungamento del confine terrestre, nel caso di Stati adiacenti, e l'equidistanza, nel caso di Stati opposti[33], in analogia a quanto previsto per il mare territoriale[34]. Il riferimento all'analogia come motivazione per l'utilizzo del metodo dell'equidistanza sembra sottendere alla convinzione che la formulazione proposta

[31] *Presidential Proclamation no. 2667, Policy of the United States with Respect to the Natural Resources of the Subsoil and Sea Bed of the Continental Shelf*, del 28 settembre 1945.

[32] Per un esame della prassi a questo riguardo si rinvia a SCOVAZZI, *The Evolution of International Law of the Sea: New Issues, New Challenges*, in *Collected Courses*, 2000, vol. 286, p. 39.

[33] *Deuxième rapport sur la haute mer par J.P.A. François*, UN doc. A/CN4/42, p. 102.

[34] Ivi, p. 103.

costituisse sviluppo progressivo del diritto, piuttosto che la cristallizzazione o ancor meno la codificazione di una norma già esistente. A seguito di varie discussioni e dei commenti ricevuti dagli Stati, la CDI decise di eliminare il riferimento al prolungamento del confine terrestre e di incorporare il metodo equidistanza/circostanze speciali nella sua bozza di articoli[35], sulla base di considerazioni analoghe a quelle utilizzate da François[36]. Questa proposta divenne infine l'art. 6 della Convenzione sulla piattaforma continentale[37], con minime modifiche redazionali.

La necessità di scegliere tra i due metodi di delimitazione dei "principi equi" – affermati nel Proclama Truman e della "equidistanza/circostanze speciali" – come incorporata nella Convenzione di Ginevra – e di stabilire qual è il metodo previsto dalla consuetudine caratterizzerà il dibattito politico, dottrinale e giuridico dei decenni successivi. Il giudice internazionale intervenne per la prima volta in questo processo undici anni dopo l'adozione della Convenzione di Ginevra, nel 1969, quando la CIG fu chiamata a stabilire la regola per la delimitazione della piattaforma continentale nel Mare del Nord tra Danimarca, Olanda e Germania. Contrariamente agli altri due Stati parte alla controversia, la Germania non aveva ratificato la Convenzione di Ginevra e la Corte dovette pronunciarsi sulla natura – consuetudinaria o pattizia – del metodo incorporato nell'art. 6 della Convenzione di Ginevra e sull'esistenza e il contenuto della norma consuetudinaria in materia di delimitazione.

In merito alla prima questione, la Corte conclude che il metodo equidistanza/circostanze speciali non fosse regola consuetudinaria. In primo luogo, e come precisato sopra, non lo era al momento in cui fu proposto dalla CDI. A supporto la Corte cita i lavori della Commissione e il "pensiero giuridico corrente"[38], mentre non sembra dare alcun rilievo alla prassi statale. In secondo luogo, non lo era quando fu introdotto nella Convenzione di Ginevra sulla piattaforma continentale. In terzo luogo, non lo era diventato successivamente perché mancava l'*opinio juris*,

[35] Si veda l'art. 72, par. 1, della *Bozza di articoli sul diritto del mare*, cit., ai sensi del quale "unless another boundary line is justified by special circumstances, the boundary is the median line, every point of which is equidistant from the baselines from which the breadth of the territorial sea of each country is measured".

[36] Si veda il commentario alla bozza di art. 72, in *YILC*, vol. II, 1956, p. 300.

[37] *Convention on the Continental Shelf*, adottata il 29 aprile 1958, entrata in vigore il 10 giugno 1964, 499 *UNTS* 311.

[38] CIG, *North Sea Continental Shelf*, cit., par. 55.

elemento necessario come la Corte ebbe a dire in uno dei passaggi più citati di questa sentenza.

In merito alla seconda questione, la Corte sostiene che vi sono alcuni principi consuetudinari in materia di delimitazione della piattaforma continentale, in particolare:

"certain basic legal notions which […] have from the beginning reflected the *opinio juris* in the matter of delimitation; those principles being that delimitation must be the object of agreement between the States concerned, and that such agreement must be arrived at in accordance with equitable principles"[39].

Questa conclusione della Corte è stata ampiamente criticata, poiché nell'estrapolare la "norma consuetudinaria applicabile", e contrariamente al processo di rilevazione della consuetudine appena enunciato, la Corte compie un'operazione di deduzione logica, piuttosto che di accertamento dell'esistenza dei due elementi della prassi e dell'*opinio juris*. Tuttavia, quello che più rileva ai fini del discorso svolto in questo scritto, è il fatto che la Corte nega valore consuetudinario al metodo scelto dagli Stati (metodo equidistanza/circostanze speciali) e avanza una propria proposta normativa (metodo dei principi equi).

La sentenza della Corte nel caso del *Mare del Nord*, la cui portata pure era stata mitigata nel successivo lodo arbitrale tra Francia e Regno Unito per la delimitazione della piattaforma continentale nel Canale della Manica[40], ha fornito gli elementi per la soluzione di compromesso adottata nell'ambito della Terza Conferenza delle Nazioni Unite sul diritto del mare. La CNUDM, adottata nel 1982, fa infatti riferimento alla delimitazione sulla base di un "agreement on the basis of international law […] in order to achieve an equitable solution"[41]. Tale scelta degli Stati sembrerebbe validare la proposta normativa della CIG, che aveva negato valore consuetudinario alla regola equidistanza/circostanze speciali a favore del principio dell'equità, e sembrerebbe confermare il carattere codificatorio della sentenza della Corte nel caso del Mare del Nord.

Tuttavia, poco dopo l'adozione dell'art. 83, par. 1, CNUDM, la stessa CIG iniziò un lento processo di revisione della propria conclusione nel caso del Mare del Nord. In un primo periodo, la Corte usa l'equidistanza,

[39] Ivi, par. 85.

[40] Lodo arbitrale 30 giugno 1977, *Delimitation of the Continental Shelf (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the French Republic)*, in *UNRIAA*, vol. XVIII, p. 3.

[41] Art. 83, par. 1, CNUDM.

eventualmente corretta alla luce di circostanze speciali, come metodo di delimitazione "pratico" e quindi privo di carattere normativo. Successivamente, la Corte prima provvede a ravvicinare i due metodi con la sentenza nel caso *Jan Mayen* del 1993[42] e poi a sancire la sostanziale coincidenza delle due regole equità/circostanze rilevanti ed equidistanza/circostanze speciali con la sentenza nel caso *Qatar c.Bahrein* del 2001[43]. Infine, nel caso *Romania/Ucraina* del 2009, la CIG (ri)formula la norma sulla delimitazione, che è basata su un "approccio a tre passi": equidistanza – circostanze speciali – proporzionalità[44]. Negli ultimi dieci anni, non solo la Corte ma anche tutti gli altri tribunali chiamati a delimitare confini marini hanno seguito questa norma, tanto che nel 2018 la Corte non sembra più interessata a giustificare l'utilizzo dell'approccio "a tre passi", ma semplicemente richiama brevemente la propria giurisprudenza più recente:

"In order to define the single maritime boundary concerning the exclusive economic zone and the continental shelf, the Court has to 'achieve an equitable solution' according to Articles 74 and 83 of UNCLOS. The Court will delimit the exclusive economic zone and the continental shelf pursuant to its established methodology in three stages. […] (*Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania* v. *Ukraine), Judgment, I.C.J. Reports 2009*, pp. 101-103, paras. 115-122; *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua* v. *Colombia), Judgment, I.C.J. Reports 2012 (II)*, pp. 695-696, paras. 190-193; *Maritime Dispute (Peru* v. *Chile), Judgment, I.C.J. Reports 2014*, p. 65, para. 180). The Court notes that the methodology in three stages set out in its Judgment in *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania* v. *Ukraine)* has also been adopt-

[42] CIG, sentenza 14 giugno 1993, *Maritime Delimitation in the Area Between Greenland and Jan Mayen (Denmark* v. *Norway)*, in *I.C.J. Reports 1993*, p. 38. Nel decidere il caso Jan Mayen, la CIG afferma che "in respect of the continental shelf boundary in the present case, even if it were appropriate to apply, not Article 6 of the 1958 Convention, but customary law concerning the continental shelf as developed in the decided cases, it is in accord with precedents to begin with the median line as a provisional line and then to ask whether "special circumstances" require any adjustment or shifting of that line" (par. 51) e che "an equidistance-special circumstances rule produces much the same result as an equitable principles-relevant circumstances rule in the case of opposite coasts" (par. 56).

[43] CIG, sentenza 16 marzo 2001, *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrein (Qatar v. Bahrein)*, in *I.C.J. Reports 2001*, p. 40, parr. 230-231.

[44] CIG, sentenza 3 febbraio 2009, *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, in *I.C.J. Reports 2009*, p. 61, parr. 116-122.

ed by other international tribunals requested to delimit maritime boundaries (see e.g. *Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), Judgment, ITLOS Reports 2012*, pp. 64-68, paras. 225-240; *Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration (Bangladesh* v. *India), Award of 7 July 2014, International Law Reports*, Vol. 167, pp. 111-114, paras. 336-346)"[45].

I motivi di tale inversione di rotta sono molteplici e su alcuni è possibile abbozzare solamente ipotesi, anche perché la Corte non sconfesserà mai apertamente il metodo usato in casi precedenti[46]. Alcuni motivi sono di carattere "interno" alla Corte, incluse le difficoltà che la Corte stessa aveva riscontrato nel limitare il carattere potenzialmente arbitrario della regola "principi equi"[47], e le critiche avanzate all'interno della Corte stessa[48].

Ad essi tuttavia sono da aggiungere motivi "esterni", che riguardano l'influenza che la prassi di altri attori esercita sul lavoro codificatorio della Corte. In primo luogo, tribunali diversi avevano optato per una soluzione diversa. In secondo luogo, la prassi statale, piuttosto che conformarsi alla libertà quasi assoluta sancita dalla CIG, seguiva quasi sempre il metodo equidistanza/circostanze speciali nel delimitare i confini mari-

[45] CIG, sentenza 2 febbraio 2018, *Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua) and Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos (Nicaragua v. Costa Rica)*, par. 135.

[46] Tuttavia, la Corte non abbandona completamente la soluzione incorporata nell'art. 83 CNUDM, il cui carattere consuetudinario è stato ribadito anche recentemente; si veda CIG, sentenza 19 novembre 2012, *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, in *I.C.J. Reports 2012*, p. 624, par. 139.

[47] Nel caso *Tunisia c. Libia*, e pur distinguendo tra una decisione adottata sulla base di principi equi e una decisione *ex aequo et bono*, la Corte faticava ad applicare tale differenza, giungendo a sostenere il carattere pressoché assoluto della propria discrezionalità nell'identificare e valutare le circostanze sollevate dalle parti; sentenza 24 febbraio 1982, *Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya)*, in *I.C.J. Reports 1982*, p. 18, parr. 70-71.

[48] Oltre che da più esponenti della dottrina, la decisione nel caso *Tunisia c. Libia* era stata criticata già da alcuni membri della Corte; si vedano in particolare l'opinione separata del giudice Schwebel (secondo il quale la Corte non ha motivato a sufficienza il semi-effetto attribuito alle isole Kerkennah), e le opinioni dissidenti dei giudici Gros (in particolare il par. 18), Oda (secondo il quale la Corte afferma il "principio del non-principio") e del giudice *ad hoc* Evensen (secondo il quale "[c]onsiderations of equity have been allowed to operate in a void, disregarding the necessary connection between such equity considerations and recognized – albeit non-compulsory – principles and rules of international law, thus blurring the distinction between principles of equity as part of the international legal order and considerations *ex aequo et bono*".

ni[49]. Infine, studiosi e società scientifiche seguivano da vicino le pronunce della Corte, commentando le tesi avanzate circa il contenuto delle norme consuetudinarie e avanzando proposte alternative. Da un lato, infatti, opere dottrinali criticavano la mancanza di densità normativa nell'impiego quasi assoluto dell'equità come metodo di delimitazione e proponevano con argomenti cogenti la necessità di ritornare alla regola equidistanza/circostanze speciali[50]. Dall'altro, la serie *International Maritime Boundaries* promossa dalla American Society of International Law[51], raccoglieva per la prima volta tutti i trattati di delimitazione marina conclusi dagli Stati consentendo un agile confronto tra le diverse soluzioni scelte e dimostrando come, di fatto, gli Stati facessero generalmente riferimento al metodo equidistanza/circostanze speciali nella delimitazione dei propri confini marittimi[52].

In conclusione, la codificazione delle norme relative alla delimitazione del confine della piattaforma continentale costituisce un'ottima illustrazione dell'apporto dei giudici internazionali alla codificazione del diritto internazionale consuetudinario. La codificazione di tali norme, infatti, si è svolta lungo un arco temporale esteso ed ha coinvolto i vari soggetti deputati alla codificazione del diritto consuetudinario: Stati, giudici, organi internazionali, e gli esponenti della dottrina. Essa illustra

[49] Gia nel 1977, il tribunale arbitrale chiamato a dirimere la controversia tra Francia e Regno Unito relativa alla delimitazione della piattaforma continentale nel Canale della Manica aveva sottolineato l'utilità dell'equidistanza come punto di partenza di qualsiasi tentativo di delimitazione, in particolare se successivamente valutata alla luce delle circostanze speciali del caso; si veda *Delimitation of the Continental Shelf (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the French Republic)*, cit., par. 57.

[50] Si veda in particolare WEIL, *The Law of Maritime Delimitation: Reflections*, Cambridge, 1989.

[51] CHARNEY, ALEXANDER (eds), *International Maritime Boundaries*, vol. I, Dordrecht, 1993; CHARNEY, ALEXANDER (eds), *International Maritime Boundaries*, vol. II, Dordrecht, 1993; CHARNEY, ALEXANDER (eds), *International Maritime Boundaries*, vol. III, The Hague, 1998; CHARNEY, SMITH (eds), *International Maritime Boundaries*, vol. IV, The Hague, 2002; COLSON, SMITH (eds), *International Maritime Boundaries*, vol. V, Leiden/Boston, 2005; COLSON, SMITH (eds.), *International Maritime Boundaries*, vol. VI, Leiden/Boston, 2011.

[52] Ovviamente, il peso della dottrina è sempre incerto, tanto più che la Corte non fa mai apertamente riferimento a tali opere. Tuttavia, appare lecito formulare qualche congettura, per esempio, sul fatto che potrebbe esserci un collegamento tra la pubblicazione dell'opera di Weil (un affermato giurista che godeva di particolare fama in Francia) e la prima decisione che formalmente riconosce valore normativo alla regola equidistanza/circostanze speciali nel caso *Qatar c. Bahrain*, adottata sotto la presidenza del giudice francese.

in maniera dettagliata il dialogo che intercorre tra questi soggetti e il processo, spesso basato su tentativi, che essi devono affrontare al fine di pervenire alla codificazione di una norma che non solo sia idonea ad affrontare la questione fattuale e a fornire agli Stati regole di comportamento adeguate, ma anche pervenga ad una soluzione che soddisfi gli Stati che poi la dovranno applicare.

4. Il giudice conservatore

Gli esempi forniti finora illustrano come il giudice internazionale possa svolgere un ruolo di rilievo nella codificazione di norme consuetudinarie emergenti, che mirano a tenere debitamente conto delle esigenze della comunità internazionale. Vi sono casi, tuttavia, in cui il giudice internazionale svolge un ruolo diverso e quasi antitetico. In questi casi, caratterizzati da una situazione di evoluzione riguardo all'esistenza o al contenuto di una norma consuetudinaria, il giudice chiamato a determinare l'esistenza, e quindi a codificare, la nuova norma preferisce arroccarsi su posizioni conservatrici e optare per la codificazione della norma vecchia, ponendo così un freno, seppur temporaneo, sull'evoluzione del diritto internazionale.

Il caso più emblematico di questa tendenza, che pure talvolta caratterizza i giudici internazionali, è dato da un altro caso legato ad attività di pesca, il caso delle *Peschiere Islandesi*. Il caso, deciso nel 1974, riguardava la normativa islandese che aveva istituito una zona di pesca oltre al limite esterno del mare territoriale e la cui liceità era contestata dal Regno Unito sulla base delle regole di diritto internazionale codificate nelle Convenzioni di Ginevra del 1958 sul mare territoriale e la zona contigua e sull'alto mare. Il caso aveva luogo in un momento di ripensamento dell'intero diritto internazionale del mare ed in particolare delle zone giurisdizionali, quando numerosi Stati avevano esteso la propria giurisdizione istituendo zone economiche oltre il limite esterno del mare territoriale. Queste zone erano tuttavia aspramente contestate dal ristretto gruppo delle potenze marittime che desideravano ribadire la libertà di navigazione nella misura più ampia possibile.

In tale contesto, e mentre era già iniziata la Terza Conferenza delle Nazioni Unite che avrebbe portato, alcuni anni dopo, all'adozione della CNUDM, la CIG si trovava nella difficile posizione di dover scegliere se riaffermare la "vecchia" regola codificata nelle Convenzioni del 1958,

oppure codificare la nuova regola emergente, che permetteva la creazione di zone economiche. La Corte optò per la prima soluzione, ritenendo che la prassi statale non era tale da giustificare l'esistenza di una nuova norma:

"The Court is aware that a number of States has asserted an extension of fishery limits. The Court is also aware of present endeavours, pursued under the auspices of the United Nations, to achieve in a third Conference on the Law of the Sea the further codification and progressive development of this branch of the law, as it is of various proposals and preparatory documents produced in this framework, which must be regarded as manifestations of the views and opinions of individual States and as vehicles of their aspirations, rather than as expressing principles of existing law. The very fact of convening the third Conference on the Law of the Sea evidences a manifest desire on the part of all States to proceed to the codification of that law on a universal basis, including the question of fisheries and conservation of the living resources of the sea. Such a general desire is understandable since the rules of international maritime law have been the product of mutual accommodation, reasonableness and co-operation. So it was in the past, and so it necessarily is today. In the circumstances, the Court, as a court of law, cannot render judgment *sub specie legis ferendae*, or anticipate the law before the legislator has laid it down"[53].

La ritrosia della Corte a svolgere un ruolo attivo nel processo codificatorio è stata ampiamente criticata all'interno della Corte stessa, in un'opinione separata congiunta, da cinque dei quattordici giudici che formavano il collegio giudicante. I rilievi formulati in questa opinione dissidente sono particolarmente interessanti in quanto si basano sulla comune concezione relativa all'esistenza di una norma consuetudinaria, che valuta non solo il numero e la natura degli Stati che seguono il contenuto della norma contesa, ma anche quello degli altri Stati parte della comunità internazionale.

"It is a fact that a continually increasing number of States have made claims to extend and have effectively extended their fisheries jurisdiction beyond 12 miles. While such a trend was initiated in Latin America, it has been lately followed not only in that part of the world, but in other regions as well. A number of countries in Africa and Asia have also

[53] CIG, sentenza 25 luglio 1974, *Fisheries Jurisdiction case (United Kingdom v. Iceland)*, in *I.C.J. Reports 1974*, p. 3, par. 53.

adopted a similar action. The total number adopting that position may now be estimated to be between 30 to 35 coastal States, depending on the interpretation to be given to certain national Iaws or decrees. While those claims have generally given rise to protests or objections by a number of important maritime and distant-water fishing States, and in this respect they cannot be described as being 'generally accepted', a majority of States have not filed similar protests, and quite a number have, on the contrary, made public pronouncements or formal proposals which would appear to be inconsistent with the making of such protests"[54].

Parimenti importante è il ruolo attribuito alle dichiarazioni degli Stati nell'ambito della preparazione per la Terza Conferenza delle Nazioni Unite sul diritto del mare:

"In this respect, attention must be drawn to declarations made, or proposals filed by a number of States in relation to or in preparation for the Third Conference on the Law of the Sea. It is true that, as the Court's Judgment indicates, the proposals and preparatory documents made in the aforesaid context are *de lege ferenda*. However, it is not possible in our view to brush aside entirely these pronouncements of States and consider them devoid of all legal significance. […] There is at the moment great uncertainty as to the existing customary law on account of the conflicting and discordant practice of States. Once the uncertainty of such a practice is admitted, the impact of the aforesaid official pronouncements, declarations and proposals must undoubtedly have an unsettling effect on the crystallization of a still evolving customary law on the subject"[55].

Il caso delle *Peschiere islandesi* dimostra come la Corte, chiamata ad identificare le norme consuetudinarie applicabili ad una certa materia e quindi a codificare il loro contenuto, di fatto non possa mai assumere posizioni neutrali. In questo caso, il tentativo della Corte di non influire sul processo normativo in atto, di fatto si è trasformato nella codificazione della norma superata. Questo è evidente dal prosieguo della vicenda. Non solo l'Islanda non diede esecuzione alla sentenza, ma pochi mesi dopo, nella primavera del 1975, gli Stati riuniti nell'ambito della Terza Conferenza delle Nazioni Unite sul diritto del mare affermarono la natu-

[54] Ivi, par. 12.

[55] Ivi, Joint Separate Opinion of Judges Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh and Ruda, par. 12.

ra consuetudinaria della norma sulla zona economica esclusiva, di fatto svuotando di significato la pronuncia della Corte[56].

5. Questioni metodologiche

I lavori della CDI sulla codificazione del diritto internazionale consuetudinario hanno posto l'accento sugli aspetti metodologici del processo codificatorio, ponendosi apertamente l'obiettivo, non di codificare il contenuto sostanziale delle norme consuetudinarie, ma piuttosto di identificare gli strumenti metodologici che l'interprete deve utilizzare[57]. Data l'importanza della metodologia, appare utile, prima di concludere il presente scritto, formulare alcuni rilievi sulla metodologia utilizzata dalla CIG e da altri tribunali chiamati a risolvere controversie di diritto del mare.

L'aspetto forse più interessante che emerge dalla giurisprudenza internazionale riguarda il rilievo della prassi statale. La rilevanza primaria attribuita dalla CDI alla prassi degli Stati[58], e spesso ribadita dai giudici stessi in dichiarazioni di principio, di fatto non sembra sempre confermata al momento in cui il giudice procede ad identificare il contenuto concreto di una norma, e questo per due motivi.

In primo luogo, anche quando un giudice richiama la prassi degli Stati come fondamento per argomentare l'esistenza di una norma consuetudinaria, tale richiamo è vago e generico e spesso non identifica gli esempi concreti di prassi posti a fondamento della norma considerata. Così, nel caso delle *Peschiere Norvegesi*, la CIG nota che "*several States* have deemed it necessary to follow the straight base-lines method and that they have not encountered objections of principle by *other States*"[59], mentre nel caso *Qatar c. Bahrain*, quando la Corte identifica la norma applicabile alla delimitazione della piattaforma continentale e della zona economica esclusiva, essa menziona "the equitable principles/relevant

[56] NANDAN, *The Exclusive Economic Zone: A Historical Perspective*, in *The Law and the Sea. Essays in memory of Jean Carroz*, Roma, 1987, disponibile al link http://www.fao.org/docrep/s5280T/s5280t00.htm#Contents; si veda in particolare il testo alla nota 42.

[57] *Second Report on Identification of Customary International Law, by Michael Wood*, UN doc. A/CN.4/672, par. 13.

[58] CDI, *Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries*, UN doc. A/73/10, p. 130.

[59] CIG, *Affaire des pêcheries*, cit., p. 17 (corsivo aggiunto).

circumstances rule, as it has been developed since 1958 in case-law and *State practice*".[60] In entrambi i casi la Corte non indica quali sono i "numerosi Stati" che hanno applicato il metodo delle linee di base diritte o gli Stati la cui prassi sarebbe rilevante al fine di identificare la norma consuetudinaria sulla delimitazione, e nemmeno identifica in alcun luogo quali sono gli "altri Stati" che non avrebbero obiettato alla prassi. Similarmente, nel riconoscere la natura consuetudinaria del principio precauzionale, la Camera dei fondi marini del TIDM ha fatto particolare riferimento al fatto che "the precautionary approach has been incorporated into a growing number of international *treaties and other instruments*"[61], senza tuttavia fornire esempi di questi trattati, nè tantomeno un elenco esaustivo. I riferimenti generici appena illustrati sono tanto più sorprendenti in quanto il giudice che li ha formulati stava innovando profondamente il diritto consuetudinario, codificando norme che fino ad allora non erano ancora state codificate dagli Stati stessi.

In secondo luogo, e in antitesi rispetto alla prima tendenza, i giudici internazionali spesso fanno riferimento, piuttosto che a concreti esempi di prassi statale, alla propria giurisprudenza. Si veda per esempio la sentenza nel caso *Costa Rica c. Nicaragua* citata in precedenza[62]: al fine di identificare il contenuto della norma consuetudinaria applicabile, la CIG cita numerose sue sentenze, nonchè sentenze di altri tribunali internazionali, ma non un singolo atto statale[63]. In alcuni casi, i riferimenti alla giurisprudenza internazionale sono completati da riferimenti a strumenti internazionali. Nel caso del parere della Camera sui fondi marini ed in particolare nella parte che discute la natura e il contenuto del principio precauzionale, il giudice internazionale cita, oltre ad alcune sentenze, anche una dichiarazione non vincolante e un atto adottato da un'organizzazione internazionale, ma nessun atto statale[64].

[60] CIG, *Maritime Delimitation and Territorial Questions (Qatar v. Bahrain)*, cit., par. 231 (corsivo aggiunto).

[61] Seabed Disputes Chamber, *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*, parere consultivo del 1° febbraio 2011, *ITLOS Reports 2011*, p. 10, par. 135 (corsivo aggiunto).

[62] *Supra*, testo alla nota 45.

[63] Lo stesso era avvenuto nella sentenza 11 giugno 1998, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening),* in *I.C.J. Reports 1998*, p. 275, par. 288.

[64] Seabed Disputes Chamber, *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*, cit., parr. 125-135.

Un altro aspetto interessante concerne la difficoltà di distinguere, in varie sentenze, tra i casi di vera e propria codificazione di norme consuetudinarie e quelli in cui un giudice applica una norma perchè questa è accettata come esistente dalle due parti in causa, vuoi perchè entrambi gli Stati hanno ratificato un trattato che la contiene, vuoi perché entrambi hanno accettato l'esistenza della norma nell'ambito del procedimento davanti al giudice. Per esempio, nel caso *Qatar c. Bahrain*, la CIG rilevò come sia il Bahrein, che era parte alla CNUDM, che il Qatar, che non lo era, concordassero circa il carattere consuetudinario delle norme della CNUDM in materia di delimitazione marina[65]. Nella sentenza *Camerun c. Nigeria*, la CIG riconobbe il carattere consuetudinario dell'art. 2, par. 1, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, aggiungendo tuttavia come questa Convenzione fosse comunque applicabile alle parti in quanto diritto pattizio[66]. Nel caso *Nicaragua c. Colombia* la CIG richiama la sostanziale concordanza delle parti sul carattere consuetudinario di gran parte delle disposizioni della CNUDM relative alle zone marine in questione ed alla loro delimitazione[67].

6. *Conclusioni*

La lentezza del procedimento e l'incertezza dell'esito caratterizzano il processo codificatorio ad opera degli Stati[68]. A sua volta, la codificazione dottrinaria, anche quando svolta da autorevoli associazioni e studiosi, spesso insiste sull'aspetto innovativo e di conseguenza non incontra il favore degli Stati. In questo contesto, il ruolo svolto dai giudici internazionali nel codificare norme consuetudinarie di diritto internaziona-

[65] CIG, *Maritime Delimitation and Territorial Questions (Qatar v. Bahrein)*, cit., par. 167.

[66] CIG, *Cameroon v. Nigeria,* cit, par. 263.

[67] "The Parties further agree that the applicable law in the present case is customary international law reflected in the case law of this Court, the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS) and international arbitral courts and tribunals. The Parties further agree that the relevant provisions of UNCLOS concerning the baselines of a coastal State and its entitlement to maritime zones, the definition of the continental shelf and the provisions relating to the delimitation of the exclusive economic zone and the continental shelf reflect customary international law" (CIG, *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, cit., par. 114).

[68] Si vedano a questo riguardo le considerazioni critiche di AGO, *Riflessioni sulla codificazione del diritto internazionale*, cit.

le, pur essendo spesso poco sistematico[69], è fondamentale. Nelle situazioni, e sono numerose, in cui gli Stati evitano di codificare e gli studiosi prendono posizioni ideologiche che non sempre riflettono la prassi e *l'opinio juris* internazionale, i giudici sono spesso gli unici soggetti dotati di autorità formale e sostanziale che possono identificare le norme consuetudinarie e il loro contenuto. Il fatto che tale funzione sia formalmente limitata alla questione oggetto della controversia e alle parti di questa nulla detrae dall'utilità di questo esercizio di codificazione per il resto della comunità internazionale.

Questa funzione è stata talvolta promossa dagli stessi Stati attraverso l'inserimento di norme vaghe o generiche, spesso accompagnate da una procedura di soluzione delle controversie, nei trattati che essi hanno adottato. In mancanza di accordo circa l'esatto contenuto di una norma consuetudinaria e al fine di evitare lo stallo dei negoziati, gli Stati sembrano aver preferito in più di una occasione deferire al giudice il compito di identificare il contenuto della norma. Il caso forse più famoso riguarda la delimitazione della piattaforma continentale e della zona economica esclusiva. In una situazione in cui gli Stati concordano circa l'esistenza di una norma consuetudinaria ma non riescono a raggiungere un accordo sul suo esatto contenuto, il ruolo dei giudici è stato fondamentale nel chiarire la sua precisa formulazione e nell'indicare come questa norma debba essere applicata concretamente.

La rilevanza della funzione codificatoria svolta dal giudice internazionale e l'assenza di valide alternative che forniscano rapide risposte circa l'esistenza e il contenuto del diritto consuetudinario non dovrebbero tuttavia condurre i giudici a trascurare il fatto che, in ultima analisi, tutte le norme di diritto internazionale provengono ancora dalla libera volontà degli Stati[70]. Due conseguenze derivano da questo fatto.

In primo luogo, è opportuno non abusare della fiducia degli Stati nel ruolo codificatore del giudice, ignorando di fatto la prassi statale qualora questa esista. A questo riguardo, l'autoreferenzialità che contraddistingue talvolta la metodologia seguita dalla CIG, attraverso la quale la Corte cita come prassi internazionale non quello che gli Stati fanno ma le proprie decisioni precedenti, dovrebbe essere usata con parsimonia e dovrebbe costituire l'eccezione. L'autoreferenzialità costituisce utile stru-

[69] TREVES, *supra*, nota 2.

[70] Si veda Permanent Court of International Justice, sentenza 7 settembre 1927, *The case of S.S "Lotus" (France v. Turkey)*, p. 18.

mento in due casi: quando sono gli Stati stessi che deferiscono, implicitamente o esplicitamente, al giudice il compito di codificare e quando la precedente giurisprudenza della Corte stessa – ma questo vale per qualunque tribunale – sia stata accolta con favore dagli Stati.

In secondo luogo, occorre ricordare come il giudice internazionale, nel diritto del mare così come in ogni altro settore del diritto internazionale, non agisce isolatamente ma fa parte del gruppo di attori che con la loro prassi contribuiscono a identificare le norme consuetudinarie e a consolidare il loro contenuto. Di fatto, e come dimostrano gli esempi riportati nei paragrafi precedenti, vi è un continuo dialogo tra giudici, Stati, e studiosi. In questo dialogo, i giudici svolgono un ruolo analogo a quello di altri protagonisti attraverso la manifestazione di una "intenzione normativa"[71] – che può proporre il consolidamento di una norma esistente, l'abbandono di una vecchia norma, oppure la creazione di una norma nuova. Tuttavia, sarà sempre l'atteggiamento degli Stati – attraverso la loro accettazione o obiezione, ma anche attraverso la loro inazione[72] – che confermerà o meno il carattere di norma consuetudinaria della proposizione normativa suggerita dal giudice internazionale.

[71] Sul concetto di "intenzione normativa" e sulla sua rilevanza per l'identificazione di norme consutudinarie in situazioni di evoluzione del diritto internazionale, si veda SCOVAZZI, *Corso di diritto internazionale*, Milano, 2015, p. 132.

[72] A questo riguardo, sembra importante sottolineare come l'atteggiamento più diffuso tra gli Stati sia la inazione, che pure comporta delle conseguenze giuridiche.

LA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA DINANZI AI PRINCIPI GENERALI CODIFICATI

Adelina ADINOLFI*

SOMMARIO: 1. Una premessa di metodo: particolarità della codificazione nell'ordinamento dell'Unione e ambito dell'indagine. – 2. La codificazione dei principi generali nei Trattati istitutivi. – 3. L'interpretazione dei principi codificati nella Carta dei diritti fondamentali. – 4. La codificazione indiretta dei principi generali mediante le regole materiali contenute in atti normativi. – 5. Continuità dell'interpretazione dei principi codificati e spazio discrezionale delle istituzioni legislative. – 6. Alcune considerazioni sull'orientamento della Corte di giustizia: elementi di continuità e incidenza della codificazione.

1. Una premessa di metodo: particolarità della codificazione nell'ordinamento dell'Unione e ambito dell'indagine

I principi generali enunciati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea forniscono una prospettiva molto particolare dalla quale osservare il fenomeno della codificazione. Essi, infatti, sono stati oggetto di un processo assai ampio di incorporazione in fonti scritte, realizzato con una varietà di tecniche, e che ha riguardato, sotto il profilo dei contenuti normativi, sia i diritti fondamentali, sia principi relativi al funzionamento dell'Unione e all'attività amministrativa delle sue istituzioni ed organi[1]. Le peculiarità che la codificazione presenta nell'ordinamento dell'Unione europea rispetto alle caratteristiche che essa ha nel diritto internazionale sono già state evidenziate in questa sede, in particolare nella relazione introduttiva del Convegno[2]. È tuttavia utile porre ulteriormente in rilievo come il fenomeno riguardi, per l'aspetto specifico che mi pro-

* Professoressa ordinaria di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Firenze.

[1] In generale sulla codificazione della giurisprudenza della Corte di giustizia v. DAVIES, *The European Union Legislature as an Agent of the European Court of Justice*, in *Journal of Common Market Studies*, 2016, p. 846 ss.; BLAUBERGER, SCHMIDT, *The European Court of Justice and its political impact*, in *West European Politics*, 2017, p. 907 ss.

[2] V. *supra*, SALERNO, *Idee e significati della codificazione*, p. 31 ss.

pongo di esaminare, la codificazione di principi generali che la Corte di giustizia ha enunciato e che essa si trova poi, dopo la incorporazione in fonti scritte, a dover di nuovo interpretare ed applicare. Si instaura, perciò, un circuito interpretativo del tutto particolare, mediante il quale un principio generale, affermato nella giurisprudenza come norma interposta[3], viene inserito nel sistema del diritto scritto dell'Unione acquistando, così, il rango di fonte primaria allorché esso sia codificato nei Trattati o nella Carta dei diritti fondamentali, ovvero assumendo quello di fonte derivata se incorporato in un atto normativo[4]. Benché il principio generale mantenga la sua natura di fonte interposta, il principio codificato coesiste con quello non scritto ed acquisisce le caratteristiche e gli effetti propri dei diversi strumenti all'interno dei quali esso viene enunciato.

Occorre inoltre premettere che la codificazione non soltanto è effettuata, nel sistema dell'Unione, mediante una pluralità di tecniche normative ed interessa principi di natura eterogenea[5], ma è anche formulata con un differente grado di astrattezza. L'incorporazione in una fonte scritta può infatti riguardare un principio nella sua accezione più generale e comprensiva (ad es. il diritto alla vita familiare), oppure un principio specifico che dà espressione ad uno di maggiore ampiezza (quale il diritto di difesa come parte del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva)[6],

[3] Sulle diverse tipologie e caratteristiche dei principi generali cfr., tra i contributi più recenti, VON BOGDANDY, BAST (eds), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, 2010, p. 11 ss.; VON BOGDANDY, *Founding Principles of EU Law*: *A Theoretical and Constitutional Sketch*, in *European Law Journal*, 2010, p. 95 ss.; LENAERTS, GUTERREZ-FONS, *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 1629 ss.; TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, 2017; CUYVERS, *General Principles of EU Law*, in *East-African Community Law: Institutional, Substantive and Comparative Law Aspects*, Leiden, 2017, p. 217 ss.; WEATHERILL, *From Myth to Reality: The EU's New Legal Order and the Place of General Principles Within It*, in VOGENAUER, WEATHERILL (eds), *General Principles of Law*, Oxford, 2017, p. 21 ss.; SADL, BENGOETXEA, *Theorizing General Principle of EU Law in Perspective*, ivi, p. 41 ss.; AMALFITANO, *General Principles of EU Law and the Protection of Fundamental Rights*, Cheltenham, 2018.

[4] La codificazione può, in particolari ipotesi, essere realizzata anche attraverso ulteriori strumenti normativi, che non saranno qui considerati. Ad esempio, come la Corte ha rilevato nella sentenza del 9 novembre 2017, *HX* c. *Consiglio*, causa C-423/16 P, "l'articolo 86 del regolamento di procedura del Tribunale costituisce una codificazione di una giurisprudenza preesistente relativa alle eccezioni cui tale principio di invariabilità può andare soggetto" (par. 18).

[5] V. *supra*, MORI, *Gli strumenti della codificazione nel diritto dell'Unione europea*, p. 301 ss.

[6] Come affermato tra l'altro nella sentenza *CGUE* 6 novembre 2012, *Europese Gemeenschap* c. *Otis NV e altri*, causa C-199/11, in cui si legge, in riferimento al principio della tutela giurisdizionale effettiva enunciato dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, che esso "è costituito da diversi elementi, ovvero i diritti della difesa, il principio

ovvero può tradursi in una regola materiale che applica un principio generale (come nel c.d. regolamento Dublino III, di cui si dirà più avanti, sulla determinazione dello Stato competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale)[7].

Al fine di verificare quale rilevanza produca la codificazione dei principi generali sull'orientamento della Corte di giustizia occorre, dunque, tener conto di una grande varietà di fattori peculiari. Né si può prescindere dal considerare che il contributo fornito dalla Corte di giustizia attraverso l'enunciazione dei principi generali ha svolto e tuttora svolge un ruolo essenziale ai fini dello sviluppo di una dimensione costituzionale dell'Unione e dell'affermazione della sua autonomia: i principi generali hanno, in sintesi, permesso di trasformare ciò che appariva come un insieme frammentario di regole materiali in un vero e proprio ordinamento giuridico sovranazionale, caratterizzato da un peculiare sistema di valori, ed autonomo rispetto agli ordinamenti degli Stati membri benché "nato da una compenetrazione non soltanto economica, ma anche giuridica" di questi ultimi[8]. La dimensione costituzionale dei principi generali, sulla quale non appare necessario qui soffermarsi, è senza dubbio un elemento suscettibile di influenzare l'atteggiamento della Corte di giustizia nel determinare la portata ed il ruolo che i principi assumono anche a seguito della loro codificazione, portando a valorizzarne la rilevanza nel sistema delle fonti e nel rapporto con gli ordinamenti nazionali.

In considerazione del contesto così ricostruito nei suoi tratti essenziali, l'analisi di seguito condotta si propone di individuare le principali tendenze interpretative che emergono dalle pronunce della Corte di giustizia, senza che sia possibile procedere ad un esame esaustivo della vastissima giurisprudenza relativa ai principi generali codificati[9]. Tenuto conto della

della parità delle armi, il diritto di ricorso ad un giudice nonché la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare" (par. 48).

[7] In relazione al divieto di trasferimento del richiedente protezione verso lo Stato membro competente in cui potrebbe subire un trattamento inumano o degradante; cfr. *infra*, p. 574.

[8] Come ha affermato la Corte di giustizia nella sentenza 18 maggio 1982, *AM&S Europe Limited* c. *Commissione*, causa C-155/79, al fine di giustificare che il diritto comunitario "deve tener conto dei principi e delle concezioni comuni ai diritti" degli Stati membri (par. 18).

[9] Non ci si soffermerà in questa sede sull'opportunità che i principi generali siano codificati. Si segnala, tuttavia, il dibattito attualmente in corso sulla codificazione dei principi relativi all'attività amministrativa delle istituzioni. A tale riguardo si discute su due diverse strategie fondate sull'adozione di un regolamento di codificazione: "first to try and formulate all relevant principles in articles of the operative part the Regulation or, second, to use the recitals of the proposed Regulation. There are a number of legal technical and expediency reasons that lead to favour the second solution": così nello studio predisposto nel giugno 2015 per il Parlamento europeo *The General Principles of EU*

difficoltà di tracciare una rigorosa classificazione nell'ambito del diritto non scritto, si intende incentrare l'indagine sui principi generali enunciati dalla Corte di giustizia quali fonti interposte del sistema, dando invece un rilievo solo marginale a quei principi che possono essere qualificati, piuttosto, come criteri di interpretazione (ad esempio il principio dell'effetto utile) o che tendono a regolare le relazioni tra le istituzioni e l'esercizio dei loro poteri (come la leale cooperazione e la sussidiarietà), o i rapporti tra l'ordinamento dell'Unione e gli ordinamenti nazionali (quali il primato e l'obbligo di risarcimento del danno da inadempimento). Saranno ricondotte al fenomeno della codificazione una varietà di situazioni, guardando, ai fini della loro identificazione, al risultato realizzato – cioè l'enunciazione di una norma scritta che incorpora o esprime un principio generale in precedenza accolto dalla Corte – piuttosto che al metodo e alla definizione formale attribuita al procedimento utilizzato[10].

Il tentativo di ricostruire orientamenti e schemi interpretativi accertando il modo in cui la giurisprudenza reagisce alla codificazione richiede, peraltro, di articolare l'indagine in una serie di questioni specifiche; occorre verificare, in particolare, se la Corte si richiami al principio codificato ovvero continui ad utilizzare quello da essa in precedenza enunciato, se il margine discrezionale della giurisprudenza risulti ristretto a seguito della codificazione, ed in quale misura la codificazione "cristallizzi" un determinato principio oppure lasci comunque spazio ad un'interpretazione evolutiva. Tali aspetti presentano significative peculiarità nel diritto dell'UE poiché se, da un lato, è possibile che la Corte effettui un'interpretazione evolutiva della norma codificata, d'altra parte quest'ultima può assumere il significato che era attribuito al principio corrispondente prima della sua codificazione; non è infatti da escludere, come si indicherà più avanti, una sorta di interpretazione retrospettiva del principio codificato[11], che porta ad allinearne il contenuto a quello in precedenza accolto, evidenziando una sostanziale continuità dell'orientamento giurisprudenziale.

Administrative Procedural Law. In-depth Study for the JURI Committee (http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/519224/IPOL_IDA%282015%29519224_EN.pdf). V. in argomento MASTROIANNI, ROLANDO (a cura di), *La codificazione dei procedimenti amministrativi dell'UE*, Napoli, 2017.

[10] Sulla distinzione tra le diverse tecniche (rifusione e codificazione) v. *supra*, VILLANI, *Obiettivi e strumenti di codificazione nel diritto internazionale e nel diritto dell'Unione europea*, p. 15 ss. TRIGGIANI, *La codificazione nell'Unione europea attraverso i principi di democrazia, efficacia e trasparenza*, p. 227 ss.

[11] Si veda in proposito, con specifico riguardo all'interpretazione delle clausole orizzontali della Carta, *supra*, LAZZERINI, *Le clausole generali della Carta dei diritti fondamentali nel* law-making *europeo: codificazione e innovazione nella determinazione del livello di tutela*, p. 507 ss.

Al fine di individuare un criterio sistematico nell'esame della giurisprudenza, sembra opportuno riferirsi alla fonte mediante la quale si è provveduto alla codificazione, muovendo dal presupposto che la tecnica utilizzata e il rango che il principio codificato assume nell'ordinamento possano avere un'incidenza sull'orientamento seguito dalla Corte di giustizia.

2. *La codificazione dei principi generali nei Trattati istitutivi*

Seguendo, dunque, un ordine espositivo correlato alla gerarchia delle fonti che recepiscono il principio non scritto, e prendendo perciò avvio dai Trattati istitutivi, occorre anzitutto ricordare che la codificazione ha interessato non solo il contenuto di alcuni principi generali, ma altresì il metodo utilizzato dalla Corte per individuarli.

Dapprima, con il Trattato di Maastricht del 1992, si sono collocati tra le fonti primarie i diritti fondamentali enunciati dalla Corte di giustizia come principi generali, affermando che l'Unione rispetta tali diritti "quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali […] e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, *in quanto principi generali del diritto comunitario*"[12]. Si è provveduto, così, a codificare la tecnica interpretativa che la Corte, con una duplice finalità, aveva già da tempo elaborato: da un lato, si esprimeva la volontà di costruire una "comunità di diritto" dando ingresso nel sistema comunitario al principio di legalità, posto a garanzia sia della legittimazione dell'ordinamento sia della protezione dei diritti delle persone[13]; d'altro lato, si intendeva salvaguardare l'autonomia dell'ordinamento comunitario, cercando di porlo al riparo dalla disgregazione che avrebbe potuto comportare un controllo sul rispetto dei diritti fondamentali fondato su una pluralità di *standard* nazionali[14].

[12] Art. F, par. 2, corsivo aggiunto.

[13] La nozione di "Comunità di diritto" – ora aggiornata in quella di "Unione di diritto" – appare nella giurisprudenza della Corte di giustizia al fine di garantire il rispetto dei diritti fondamentali e la legittimazione del sistema dell'Unione; sulle origini e le funzioni di tale nozione mi permetto di rinviare allo scritto *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, p. 1 ss. Per recenti pronunce che richiamano tale nozione si vedano, tra le altre, le sentenze 27 febbraio 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, causa C-64/16, par. 31, e 25 luglio 2018, *LM*, causa C-216/18 PPU, par. 49.

[14] Tale aspetto, se non emergeva in modo evidente dai primi orientamenti della giurisprudenza, era stato tuttavia rilevato dalla dottrina; tra i contributi relativi ai primi orientamenti della Corte si veda WEILER, *Il sistema comunitario europeo*, Bologna, 1985.

La codificazione del metodo di rilevazione dei principi che ora si riflette nell'art. 6, par. 3, del TUE come modificato dal Trattato di Lisbona si discosta in parte da quella del 1992; l'attuale formulazione letterale – "i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni comuni agli Stati membri fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali" – sembra volere, infatti, direttamente incorporare nel sistema dell'Unione le fonti di riferimento, in particolare la CEDU. Una tale lettura porterebbe correlativamente a ridurre il ruolo creativo della Corte di giustizia, poiché quest'ultima, come è ben noto, trae ispirazione dalla CEDU, oltre che dagli ordinamenti interni[15], ma poi individua il principio più adatto al sistema, rielaborando le fonti di riferimento in virtù dell'autonomia dell'ordinamento e delle peculiarità che lo caratterizzano[16].

Se guardiamo all'atteggiamento della Corte nei confronti di tale "codificazione del metodo", appare chiaro come la giurisprudenza post-Lisbona abbia ben presto ricondotto la nuova formula nei binari della consolidata prassi giurisprudenziale, affermando che la Convenzione, nonostante la codificazione operata dall'art. 6, par. 3, TUE, non costituisce, "fintantoché l'Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione"[17].

[15] Anche il richiamo ai principi comuni agli Stati membri è effettuato in modo ampiamente discrezionale. Peraltro, l'art. 52, par. 4, della Carta, secondo cui "i diritti fondamentali [che] risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri […] sono interpretati in armonia con dette tradizioni", appare coerente con il metodo adottato dalla Corte in relazione ai principi; esso, infatti, non sembra limitare l'autonomia della Corte né ha l'effetto di codificare i principi stessi, limitandosi a prospettare una interpretazione "in armonia" con essi.

[16] La spiegazione relativa all'art. 52, par. 4, della Carta avvalora il metodo seguito dalla Corte nella ricostruzione dei principi generali, affermando che, "piuttosto che un'impostazione rigida basata sul 'minimo comune denominatore', i diritti in questione […] dovrebbero essere interpretati in modo da offrire un elevato livello di tutela che sia consono al diritto dell'Unione e in armonia con le tradizioni costituzionali comuni".

[17] Cfr., tra le altre, le sentenze CGUE, 26 febbraio 2013, *Åkerberg Fransson*, causa C-617/10, par. 44; 3 settembre 2015, *Inuit Tapiriit Kanatami e a.* c. *Commissione*, causa C-398/13 P, par. 45; 29 maggio 2018, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen VZW e a*., causa C-426/16, par. 40. Secondo la formula utilizzata dalla Corte, "occorre ricordare che, anche se, come conferma l'articolo 6, paragrafo 3, TUE, i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali e anche se l'articolo 52, paragrafo 3, della Carta, impone di dare ai diritti in essa contemplati corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU lo stesso significato e la stessa portata di quelli loro conferiti dalla suddetta Convenzione, quest'ultima non costituisce, fintantoché l'Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione" (così nella sentenza 28 luglio 2016**,** *Ordre des barreaux francophones et germanophone e a*. c. *Consiglio*, causa C-543/14, par. 23). Il carattere codificatorio attribuito all'art. 6, par. 3, TUE ben risulta dalla sen-

Inoltre, la codificazione del metodo così operata dal Trattato non considera altre fonti internazionali, in particolare, trattati sui diritti umani. Nella prassi la Corte di giustizia continua ad utilizzare nella ricostruzione dei principi generali e nella interpretazione del diritto dell'Unione anche fonti convenzionali diverse dalla CEDU, talora giustificando il riferimento con l'esplicito richiamo ad un trattato nel "considerando" di un atto normativo, come per la Convenzione sui diritti del fanciullo e la Carta sociale europea[18]. Anche in assenza di qualsiasi esplicita menzione in atti normativi sono talora richiamate fonti "esterne" diverse dalla CEDU; così, ad esempio, per accertare l'ammissibilità di un test psicologico al fine di determinare l'orientamento sessuale di un richiedente asilo, la Corte ha dato rilievo ai c.d. *principi di Yogyakarta* sull'applicazione del diritto internazionale in materia di diritti umani in tema di orientamento sessuale e di identità di genere[19].

La codificazione operata mediante i Trattati di revisione ha interessato una varietà di principi aventi natura assai diversificata[20]. Alcuni si

tenza del 24 aprile 2012, *Servet Kamberaj,* causa C-571/10, par. 61, ove si legge che tale disposizione "consacra la giurisprudenza costante della Corte secondo la quale i diritti fondamentali sono parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza".

[18] Ad es. nella sentenza 9 novembre 2017, *Maio Marques da Rosa*, causa C-306/16, la CGUE fa riferimento alla Carta sociale europea ai fini dell'interpretazione dell'art. 31, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali. Nella sentenza del 22 maggio 2012, *P.I.* c. *Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid*, causa C-348/09, la Corte menziona il primo considerando della direttiva 2011/93, ricordando che questo indica come "l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori costituiscono gravi violazioni dei diritti fondamentali, in particolare del diritto dei minori alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere, come sancito nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea" (par. 26). È opportuno ricordare che, in alcuni casi, delle Convenzioni sono richiamate nel testo dell'atto normativo, così, ad esempio, la direttiva 2004/38 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che all'art. 28, par. 3, menziona, ai fini di stabilire i limiti alla espulsione dei minori, la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo.

[19] Così nella sentenza 25 gennaio 2018, *F* c. *Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, causa C-473/16, ove si legge che, al fine di valutare la gravità dell'ingerenza costituita dall'esecuzione e dall'utilizzo di una perizia psicologica come quella di cui al procedimento principale, occorre inoltre tenere conto "del principio 18 dei principi di Yogyakarta sull'applicazione del diritto internazionale in materia di diritti umani in tema di orientamento sessuale e di identità di genere, a cui hanno fatto riferimento i governi francese e dei Paesi Bassi, che precisa, in particolare, che nessuno può essere costretto a subire una qualsiasi forma di test psicologico a causa del suo orientamento sessuale o della sua identità di genere" (par. 62).

[20] Tra i numerosi contributi, cfr. BERNITZ, NERGELIUS, CARDNER (eds), *General Principles of EC Law in a Process of Development*, Alphen aan den Rijn, 2008; TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, cit.

traducono in regole relative all'attività amministrativa, come il diritto di accesso ai documenti e la protezione dei dati personali, già da tempo enunciati dalla Corte di giustizia; rispetto a questi, la giurisprudenza rivela un orientamento di sostanziale continuità[21].

Può inoltre ricondursi ad un processo di codificazione il riconoscimento esplicito dei valori dell'Unione di cui all'art. 2 TUE a seguito della revisione operata con il Trattato di Lisbona[22]; i valori incorporano principi enunciati nella giurisprudenza non solo in relazione ai diritti fondamentali, ma anche riguardo ai principi di legalità, dello Stato di diritto nelle sue diverse espressioni e della dignità umana[23]. Un analogo rilievo concerne anche i criteri trasversali elencati nel TFUE ai fini dell'esercizio della funzione normativa da parte delle istituzioni, i quali esprimono principi – come la protezione dell'ambiente (art. 11) e dei consumatori (art. 12) – che trovano riscontro in pronunce della Corte di giustizia.

Accanto a tali sviluppi che, sebbene eterogenei, sono riferibili, nel loro contenuto, ad un processo di codificazione, sono state inserite nei Trattati istitutivi delle disposizioni che in modo diretto e puntuale tendono a conformare le regole da questi previste ai principi interpretativi affermati nella giurisprudenza della Corte. Risponde a tale finalità l'incorporazione nei Trattati istitutivi di alcune norme volte a garantire il rispetto del diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva; così, in particolare, la sia pur limitata riforma dei presupposti di impugnazione degli atti da parte delle persone ai sensi dell'art. 263 TFUE[24] e l'attribuzione alla Corte di giustizia della competenza relativa ai ricorsi

[21] V. *supra*, TRIGGIANI, *op. cit.*, p. 227 SS.

[22] Il legame tra principi generali e valori si presenta sotto diverse forme e aspetti, non soltanto in relazione alla tutela dei diritti fondamentali; come osservato da CUYVERS (*op. cit.*, p. 217), "principles are also intimately connected to values, often giving a legal voice to considerations of morality and social convictions that cannot enter the legal plane directly".

[23] Un richiamo all'art. 2 TUE si riscontra in ordinanza 15 novembre 2018, *Commissione* c. *Polonia*, causa C-619/18, ove si ricorda che "il requisito dell'indipendenza dei giudici attiene al contenuto essenziale del diritto fondamentale a un equo processo, che riveste importanza cardinale quale garanzia della tutela dell'insieme dei diritti derivanti al singolo dal diritto dell'Unione e della salvaguardia dei valori comuni agli Stati membri enunciati all'articolo 2 TUE, segnatamente, del valore dello Stato di diritto" (par. 21). Cfr. anche la sentenza 25 luglio 2018, *LM*, causa C-216/18 PPU, par. 48.

[24] Modifica che, come è noto, fa seguito alla sollecitazione della Corte di giustizia nella sentenza *Unión de Pequeños Agricultores* c. *Consiglio* (sentenza del 25 luglio 2002, causa C-50/00 P) dove la Corte, nel ribadire il proprio consolidato orientamento circa l'interpretazione dei presupposti di legittimazione delle persone, ha affermato che "spetta, se del caso, agli Stati membri, in conformità all'art. 48 UE, riformare il sistema attualmente in vigore" (par. 45).

delle persone oggetto di misure restrittive adottate in ambito PESC[25]. In tali casi, la continuità con i principi enunciati dalla giurisprudenza si esprime attraverso un'interpretazione delle nuove regole alla luce della finalità che la Corte ha inteso realizzare[26]; ciò ben si evidenzia riguardo alla definizione – non certo limpida nella formula di "atto regolamentare" utilizzata nell'art. 263, par. 4, TFUE[27] – delle normative derivate rispetto alle quali si applica, ai fini della impugnazione da parte delle persone, il criterio meno rigoroso introdotto con la riforma di Lisbona[28].

Alla diversa fisionomia che la codificazione assume nei Trattati istitutivi, si aggiunge l'integrazione in questi ultimi di disposizioni che, per così dire, fanno da cornice ad una serie di principi già enunciati dalla Corte di giustizia, racchiudendoli al loro interno; così, in particolare, l'art. 19, par. 1, TUE che richiede agli Stati membri di stabilire "i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione". Tale obbligo si declina, infatti, nei suoi contenuti concreti, in relazione ai vari principi che esprimono il diritto ad ottenere tutela giurisdizionale effettiva[29].

[25] Competenza che riflette quanto indicato dalla Corte nella sentenza 3 settembre 2008 nel caso *Kadi e al.* (cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P), dichiarando che "la Comunità è una comunità di diritto nel senso che né i suoi Stati membri né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale fondamentale costituita dal Trattato CE e che quest'ultimo ha istituito un sistema completo di rimedi giuridici e di procedimenti inteso ad affidare alla Corte il controllo della legittimità degli atti delle istituzioni" (par. 281). Su tale nozione v. *supra*, p. 557.

[26] Sulla importanza del precedente nella giurisprudenza della Corte v. l'indagine empirica di LARSSON, NAURIN, DERLÉN, LINDHOLM, *Speaking Law to Power: The Strategic Use of Precedent of the Court of Justice of the European Union*, in *Comparative Political Studies*, 2016, p. 1 ss.

[27] Ci si riferisce alla nozione di "atto regolamentare" definita dalla Corte alla luce dei principi derivanti dalla giurisprudenza precedente riguardo al rapporto tra mezzi di tutela giurisdizionale forniti, rispettivamente, dagli ordinamenti interni e dal diritto dell'Unione. Cfr. in proposito MASTROIANNI, *L'effettività della tutela giurisdizionale alla prova della Carta dei diritti fondamentali*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne,* Torino, 2017, p. 595 ss.

[28] Cfr. in argomento BARTOLONI, *La nozione di "atto regolamentare" nella interpretazione offerta dalla Corte di giustizia dell'Unione europea e i suoi riflessi sul ricorso individuale di invalidità*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 249 ss.; MASTROIANNI, PEZZA, *Access of the Individuals to the European Court of Justice of the European Union under the new text of Article 263, para 4, TFEU*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2014, p. 923 ss.

[29] Come è stato osservato, "article 19 contains a concrete expression of the rule of law, by which the guarantee of effective judicial protection is made binding upon the Member States providing remedies according to article 19 TEU": VON DANWITZ, *Values and the rule of law: Foundations of the European Union – An inside perspective from the ECJ*, King's College, London, 2 marzo 2018, p. 10. Sui principi specifici in cui si artico-

È infine opportuno evidenziare che i Trattati possono non solo esplicare una funzione di chiarificazione di principi enunciati dalla giurisprudenza, portando al loro rafforzamento normativo attraverso l'incorporazione in una fonte primaria, ma anche tendere, invece, a limitare l'autonomia della Corte di giustizia determinando una discontinuità di approccio oppure impedendo che possa svilupparsi un certo orientamento interpretativo. Un caso emblematico a quest'ultimo riguardo fu la precisazione espressa nell'art. 34 TUE a seguito del Trattato di Amsterdam, con cui si escludeva l'idoneità delle decisioni-quadro a produrre effetti diretti, pur avendo esse delle caratteristiche molto simili a quelle delle direttive[30]. Ciò mirava ad evitare che, in relazione a tali atti, la Corte di giustizia potesse sviluppare, in analogia con le direttive, la propria teoria della diretta invocabilità[31]. In tal caso la disposizione del Trattato ha posto una barriera invalicabile allo sviluppo della giurisprudenza, senza tuttavia precludere alla Corte di ritenere applicabili altri principi interpretativi riguardo ai quali non era stato stabilito un limite espresso, quale l'interpretazione conforme[32].

3. L'interpretazione dei principi codificati nella Carta dei diritti fondamentali

Certamente la codificazione di maggiore ampiezza è quella prodotta dalla Carta dei diritti fondamentali che incorpora al suo interno numerosi principi generali[33]; questi, tuttavia, possono essere qualificati, a seguito

la la tutela giurisdizionale effettiva v. *supra*, nota 6. Tra questi la Corte ha recentemente incluso l'indipendenza dei giudici, quale presupposto del diritto fondamentale a un ricorso effettivo, richiamandosi anche all'art. 19 TUE; v. CGUE, sentenza 27 febbraio 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, causa C-64/16**,** par. 34.

[30] La volontà di sottrarsi all'applicazione di principi enunciati dalla Corte può talora risultare da Dichiarazioni allegate ai Trattati (ad esempio, il Protocollo n. 32 allegato ai Trattati con il quale la Danimarca è autorizzata a mantenere la sua legislazione in materia di acquisto di residenze secondarie, sottraendosi così alle conseguenze dell'interpretazione fornita dalla Corte nella sentenza *Commissione* c. *Grecia* del 30 maggio 1989, causa 305/87).

[31] Una volontà limitativa si può scorgere anche in relazione ad una definizione tassativa, nel testo del TFUE, delle competenze di carattere esclusivo dell'Unione; non ci si sofferma, tuttavia, su tali aspetti trattandosi, in questo caso, di limiti ai criteri interpretativi enunciati dalla Corte piuttosto che ai principi generali.

[32] Ci si intende riferire alla sentenza CGUE, 16 giugno 2005 nel caso *Pupino,* causa C-105/03.

[33] Sulle particolari caratteristiche della codificazione mediante la Carta dei diritti fondamentali v. *supra*, MORI, *Gli strumenti della codificazione nel diritto dell'Unione europea*, p. 326 ss.

della loro codificazione, come "diritti" o "principi" secondo la distinzione che emerge – in modo del tutto indefinito e invero alquanto artificioso – dagli articoli 51, par. 1 e 52, par. 5, della Carta stessa. Tale ripartizione, che non risultava dalla giurisprudenza precedente al Trattato di Lisbona, non ha trovato un puntuale riscontro in quella successiva[34] ed appare perciò irrilevante ai fini della ricostruzione dell'orientamento della Corte rispetto ai principi codificati; sebbene dalla giurisprudenza risultino, infatti, delle distinzioni tra i diversi principi – in particolare, in relazione alla loro derogabilità o agli effetti che possono produrre – la Corte ha opportunamente evitato di incanalare tali peculiarità in una classificazione rigida e formale. Interessa, invece, ai fini della codificazione, che la Carta si proponga quale obiettivo, come risulta dal suo preambolo, quello di "riaffermare" anche i diritti enunciati nella giurisprudenza della Corte di giustizia; certamente tale obiettivo di per sé delinea un percorso di continuità, e manifesta la volontà dei redattori di allineare il contenuto della Carta – ed altresì la sua interpretazione – alla giurisprudenza già sviluppata dalla Corte di giustizia in relazione ai principi generali.

È vero che le Spiegazioni relative alla Carta e delle quali occorre tenere "debito conto" ai sensi dell'art. 6, par. 1, TUE, fanno riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia in relazione soltanto ad alcuni casi limitati[35], ma sono, in realtà, ben più numerose le ipotesi nelle quali la Carta riafferma principi già enunciati dalla Corte di giustizia[36]; basti ricordare, tra gli altri, il divieto di discriminazione, il diritto alla vita familiare, la tutela del minore, la libertà religiosa. La situazione che più di frequente si delinea è, perciò, quella della applicabilità, al tempo stesso, sia di un principio generale enunciato dalla Corte sia di un principio, di analogo contenuto, codificato nella Carta con il rango di fonte primaria. La circostanza che il campo applicativo della Carta sia stato definito dalla Corte, nell'interpretazione dell'art. 51, par. 1, come coincidente rispet-

[34] Cfr., anche per un'analisi degli orientamenti manifestati in proposito dalla giurisprudenza successiva al Trattato di Lisbona, KROMMENDJIK, *Principled Silence or Mere Silence on Principles? The Role of the EU Charter's Principles in the Case Law of the Court of Justice*, in *European Constitutional Law Review*, 2015, p. 321 ss.; ROSSI, *"Same Legal Value as the Treaties": Rank, Primacy, and Direct Effects of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *German Law Journal*, 2017, p. 771 ss.

[35] Riguardo, in particolare, alla dignità umana e alla integrità della persona, alla libertà professionale e di impresa, alla proprietà, al diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, proporzionalità dei reati e delle pene, nonché alla libertà di circolazione e soggiorno del cittadino dell'Unione.

[36] Cfr. sul punto ROSSI, *How Fundamental are Fundamental Principles? Primacy and Fundamental Rights after Lisbon*, in *Yearbook of European Law*, 2008, p. 82, che nota come i diritti fondamentali "embody a major part of the fundamental principles of EU law".

to a quello dei principi generali evita opportunamente delle situazioni di incoerenza e consente di fare riferimento ad entrambe le fonti nel medesimo ambito normativo. A ciò si aggiunge che l'art. 53 della Carta, affermando che nessuna delle sue disposizioni "deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti […] *dal diritto dell'Unione*"[37], porta a ritenere, riferendosi, appunto, al "diritto dell'Unione", che quest'ultimo debba ragionevolmente comprendere anche i principi generali in quanto inclusi nel sistema delle fonti.

Nel definire l'atteggiamento seguito dalla Corte di giustizia in relazione ai principi generali codificati nella Carta, rilevano due diverse prospettive di osservazione.

Da un lato, occorre verificare in quale misura i principi generali, considerata l'ampia sovrapposizione tra le due fonti, mantengano un loro ruolo, distinto da quello della Carta e, quindi, se il principio non scritto continui ad avere in quanto tale una propria rilevanza; d'altro lato, è necessario accertare il grado di autonomia e di continuità rispetto al principio codificato che la Corte di giustizia accoglie quando essa interpreta o applica le disposizioni della Carta.

La giurisprudenza della Corte non fornisce in proposito elementi univoci[38].

Si riscontrano infatti sentenze che utilizzano la Carta quale unico parametro di riferimento, dando così rilievo preminente alla fonte scritta[39], oppure, come più di frequente avviene, è richiamato allo stesso tempo sia il principio generale sia quello enunciato dalla Carta, delineando una stretta interrelazione tra le fonti utilizzate[40]. Anche quando sia fatto rife-

[37] Corsivo aggiunto.

[38] Si veda per una ricostruzione sistematica in relazione alla varietà di orientamenti seguiti dalla Corte nei casi in cui sia i principi generali sia la Carta sono applicabili AMALFITANO, *Il diritto non scritto nell'accertamento dei diritti fondamentali dopo il Trattato di Lisbona*, in *L'incidenza del diritto non scritto sul diritto internazionale ed europeo*, *Atti del XX Convegno SIDI*, Napoli, 2016, e LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018, p. 56 ss.

[39] Ad es. nella sentenza 29 maggio 2018, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen VZW e a*., causa C-426/16, nella quale la Corte valuta la conformità del regolamento (CE) 1099/2009, relativo alla protezione degli animali durante l'abbattimento, alla luce dell'art. 10 della Carta che tutela la libertà religiosa. La Corte ha utilizzato la Carta come criterio di riferimento anche al fine di interpretare una direttiva conformemente al principio della dignità umana (CGUE, sentenza 27 settembre 2012, *Cimade e GISTI*, causa C-179/11, par. 56) e alla libertà di associazione (CGUE, sentenza 18 luglio 2013, *Mark Alemo-Herron e altri* c. *Parkwood Leisure Ltd*., causa C-426/11, par. 30).

[40] Una pronuncia assai nota che ben mostra la stretta interrelazione tra principi non scritti e principi codificati nella Carta è quella resa il 5 dicembre 2017, *MAS e MB*, causa

rimento ad una disposizione della Carta che corrisponde ad un principio già affermato dalla Corte, è in genere considerata la precedente giurisprudenza maturata in relazione al corrispondente principio generale; dunque, se apparentemente si dà rilievo alla disposizione della Carta che codifica il principio, tuttavia si valorizza implicitamente la continuità nella interpretazione[41]. Il richiamo alla Carta talora si esprime aggiungendo che il principio è ora (o ormai) espresso "anche" dalla Carta dei diritti fondamentali. In quest'ultima ipotesi, il riferimento alla Carta sembra avere un carattere essenzialmente formale, senza che esso presenti rilievo nell'argomentazione sviluppata dalla Corte; la codificazione appare, perciò, in tal caso, ininfluente sulla determinazione dei contenuti del principio. A ciò si aggiunge che alcuni principi, come il legittimo affidamento, sono normalmente utilizzati nella giurisprudenza quale fonte non scritta, senza riferirsi alla Carta anche quando un principio o diritto da questa enunciato potrebbe contenere al suo interno il principio generale applicato dalla Corte[42].

Nelle sentenze che richiamano soltanto il principio generale, senza menzionare il principio corrispondente enunciato nella Carta[43], non si evidenzia alcuna rilevanza del processo di codificazione; così, ad esempio, nella sentenza nel caso *Esaprojekt* del 2017, ove non si cita la Carta nell'affermare che, "come risulta già dalla giurisprudenza, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione nonché l'obbligo di traspa-

C-42/17: la Corte avvia la propria argomentazione ricordando la rilevanza del "principio di legalità dei reati e delle pene", modulandolo nei suoi requisiti specifici "di prevedibilità, determinatezza e irretroattività della legge penale applicabile" (par. 51). Essa afferma, poi, che tale principio, "quale sancito all'articolo 49 della Carta, si impone agli Stati membri quando attuano il diritto dell'Unione" (par. 52), sottolinea che esso "appartiene alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri" e menziona alcune sentenze – tutte precedenti all'acquisizione di forza vincolante da parte della Carta – relative all'interpretazione del principio generale corrispondente nelle sue diverse articolazioni (par. 53). La giurisprudenza relativa al principio generale è citata anche in relazione ad aspetti specifici, mentre il richiamo alla giurisprudenza della Corte EDU viene giustificato in base al criterio interpretativo dell'art. 52, par. 3, della Carta.

[41] Si veda, ad esempio, la sentenza 6 novembre 2018, *Kreuziger*, causa C-619/16, nella quale è indicato come fonte di riferimento il principio generale che riconosce il diritto alle ferie annuali retribuite, aggiungendo che tale diritto "è anche espressamente sancito all'articolo 31, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, cui l'articolo 6, paragrafo 1, TUE riconosce il medesimo valore giuridico dei Trattati". Nel rispondere alla questione di merito, si richiama la giurisprudenza sviluppata riguardo al principio generale.

[42] Cfr., ad esempio, CGUE, sentenza 17 marzo 2011, *AJD Tuna,* causa C-221/09.

[43] Tra i casi in cui è valorizzato il principio generale, rilevano quelli relativi al diritto alla tutela giurisdizionale effettiva. Così la sentenza del 9 novembre 2017, *Ispas*, causa C-298/16 in cui la Corte si è richiamata al "principio generale di diritto dell'Unione del rispetto dei diritti della difesa". V. *infra*, p. 585.

renza ostano a qualsiasi trattativa tra l'amministrazione aggiudicatrice e un offerente nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici" (par. 37)[44]. Analogamente in materia fiscale la Corte, senza alcun riferimento alla Carta, ha richiamato il principio generale di parità di trattamento e si è fondata ampiamente sulla giurisprudenza precedente al Trattato di Lisbona[45].

Una sostanziale irrilevanza della codificazione emerge, in realtà, anche dalle pronunce nelle quali la Carta è menzionata dando di una sua disposizione una definizione identica rispetto a quella del corrispondente principio generale. Così, ad esempio, la Corte definisce con la stessa formula il diritto al rispetto della vita privata in sentenze precedenti o successive alla codificazione; tale atteggiamento di continuità può rilevarsi, tra l'altro, dal raffronto tra la sentenza del maggio 2009 nella causa 553/07, *Rijkeboer*[46] e la pronuncia nel caso *Peter Nowak* successiva al Trattato di Lisbona[47], nelle quali è data un'analoga definizione del principio del rispetto della vita privata in relazione alla tutela dei dati personali; è altresì significativo che la giurisprudenza citata nella più recente pronuncia sia in parte precedente e in parte successiva all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona senza che emerga al riguardo alcuna cesura temporale.

Il richiamo al principio generale può talora essere una via obbligata in ragione dei limiti derivanti dall'applicazione nel tempo della Carta[48]. Così

[44] CGUE, sentenza 4 maggio 2017, *Esaproject*, causa C-387/14. Sul principio di parità di trattamento e di non discriminazione in relazione agli appalti senza riferimenti alla Carta v. le sentenze 7 aprile 2016, *Partner Apelski Dariusz,* causa C-324/14*,* punto 62 e 11 maggio 2017, *Archus sp. z o.o*., causa C-131/16, par. 25.

[45] CGUE, sentenza 14 giugno 2017, *Compass Contract*, causa C-38/16, ove si afferma, tra l'altro, che *"*secondo costante giurisprudenza, la violazione del principio della parità di trattamento a causa di un trattamento differenziato presuppone che le situazioni considerate siano comparabili alla luce di tutti gli elementi che le caratterizzano", precisando gli elementi che devono essere presi in considerazione ai fini di accertare una discriminazione (par. 25).

[46] Nella sentenza 7 maggio 2009, *College van burgemeester en wethouders van Rotterdam* c. *M. E. E. Rijkeboer*, causa C-553/07, la CGUE afferma che il "diritto al rispetto della vita privata implica che la persona interessata possa assicurarsi che i suoi dati personali siano trattati in modo corretto e lecito, vale a dire, in particolare, che i dati di base che la riguardano siano corretti e vengano inviati a destinatari autorizzati".

[47] Nella sentenza del 20 dicembre 2017, *Peter Nowak*, causa C-434/16, la definizione è analoga e si richiama al principio generale: "In tale contesto, va ricordato che la tutela del diritto fondamentale al rispetto della vita privata implica, in particolare, che qualsiasi persona fisica possa assicurarsi che i dati personali che la riguardano siano esatti e che siano trattati in maniera lecita" (par. 57).

[48] Lo stesso può accadere in presenza delle limitazioni territoriali all'applicazione della Carta; v. in proposito LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 271 ss.

nella sentenza dell'11 settembre 2018, *IR* c. *JQ*[49], il giudice nazionale pone una questione relativa alla discriminazione per motivi religiosi richiamando la Carta, tuttavia ammette che i fatti della causa (un licenziamento) si erano verificati prima della entrata in vigore del Trattato di Lisbona; egli giustifica la questione affermando che "non si può escludere che, ancor prima della entrata in vigore della Carta, il divieto di qualsiasi discriminazione fondata sulla religione … esistesse già come principio generale del diritto dell'Unione" (par. 35). La Corte conferma tale argomento, dichiarando che il principio già "derivava dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri" e che, perciò, il divieto di discriminazioni fondate sulla religione "riveste carattere imperativo in quanto principio generale del diritto dell'Unione ora sancito dall'articolo 21 della Carta" (par. 69).

Si riscontra, infine, nella giurisprudenza qualche formula alquanto originale che può apparire poco rigorosa, ma che riflette assai bene l'atteggiamento ispirato alla continuità; così, in una sentenza del 17 ottobre 2013[50], si legge che la "uguaglianza davanti alla legge, sancita dall'articolo 20 della Carta, è un principio generale del diritto dell'Unione"; si "combinano", così, in definitiva, le due fonti, assimilandole l'una all'altra, senza che la codificazione presenti apparentemente alcun rilievo. Nella pronuncia si fa seguire a tale particolare definizione il significato che del principio di uguaglianza la Corte ha fornito in una giurisprudenza consolidata, ricordando che esso esige che "situazioni analoghe non siano trattate in modo diverso e che situazioni diverse non siano trattate allo stesso modo, a meno che una differenziazione non sia obiettivamente giustificata"; si applica, infine, il consueto e ben collaudato schema interpretativo riguardo alle giustificazioni della discriminazione e al carattere proporzionato che devono assumere i limiti posti al principio di uguaglianza.

Un orientamento di continuità emerge anche riguardo alla idoneità a produrre effetti diretti di disposizioni della Carta che corrispondono a principi generali rispetto ai quali tali effetti sono già stati in precedenza riconosciuti dalla Corte[51]; così, in particolare, riguardo al divieto di di-

[49] CGUE, sentenza 11 settembre 2018, *IR* c. *JQ*, causa C-68/17.

[50] CGUE, sentenza 17 ottobre 2013, *Herbert Schaible* c. *Land Baden-Württemberg*, causa C-101/12.

[51] Nel riconoscere l'idoneità delle disposizioni della Carta a produrre effetti diretti è infatti anche considerata la coincidenza con disposizioni dei Trattati già ritenute produttive dei medesimi effetti; ciò risulta con chiarezza dalla recente sentenza nel caso *Vera Egenberger* (17 aprile 2018, causa C-414/16), in cui la Corte, in riferimento alla libertà religiosa, afferma l'idoneità dell'art. 21 della Carta a produrre effetti diretti orizzontali in quanto esso "non si distingue, in linea di principio, dalle diverse disposizioni dei Trattati

scriminazione, nelle sue diverse modulazioni, enunciato dall'art. 21 della Carta, e al diritto alla tutela giurisdizionale effettiva codificato dall'art. 47 della Carta[52]. L'effetto diretto della Carta è così ricondotto in un paradigma già noto smorzandone il carattere innovativo mediante l'analogia con i principi generali nella loro veste precedente alla codificazione all'interno dei Trattati[53]. Riguardo a disposizioni della Carta che non corrispondono a principi dei quali è già stato riconosciuto l'effetto diretto risalta, invece, il ruolo "autonomo" del principio codificato; si riscontrano, infatti, i primi orientamenti della giurisprudenza che valutano, sulla base dei consueti criteri della chiarezza, della precisione e del carattere incondizionato, se tali disposizioni presentino le caratteristiche necessarie ai fini di determinarne la diretta invocabilità nel giudizio nazionale[54]. L'approccio accolto consente, da un lato, di assicurare la coerenza del sistema – riconoscendo gli effetti diretti del principio codificato laddove i medesimi effetti siano già stati riconosciuti rispetto al principio generale corrispondente – ma, allo stesso tempo, privilegia il principio codificato allorché manchi un precedente nella giurisprudenza relativa alla fonte non scritta, valorizzando così il ruolo della codificazione.

Un particolare schema argomentativo di identificazione tra i principi generali e la Carta si riscontra nel caso *YS*[55] in cui la Corte afferma che una direttiva del 1995, adottata quindi precedentemente alla proclamazione della Carta, esprime un principio da questa enunciato: "L'articolo 8 della Carta, che garantisce il diritto alla protezione dei dati personali, al paragrafo 2 prevede, in particolare, che ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano. Tale prescrizione trova attuazione nell'articolo 12, lettera a), della direttiva 95/46" (par. 55). La direttiva in un considerando si riferisce, in realtà, ai principi generali, affermando che le normative sul trattamento dei dati personali

istitutivi che vietano le discriminazioni fondate su vari motivi, anche quando tali discriminazioni derivino da contratti conclusi tra privati" (par. 77).

[52] CGUE, sentenza 15 gennaio 2014, *Association de médiation sociale*, causa C-176/12.

[53] Cfr. anche la sentenza 11 settembre 2018, *IR* c. *JQ*, causa C-68/17 nella quale si afferma che "un giudice nazionale investito di una controversia tra due privati è tenuto, qualora non gli sia possibile interpretare il diritto nazionale vigente in modo conforme all'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2000/78, ad assicurare, nell'ambito delle sue competenze, la tutela giuridica spettante ai soggetti dell'ordinamento derivante dai principi generali del diritto dell'Unione, come il principio di non discriminazione sulla base della religione o delle convinzioni personali, ora sancito dall'articolo 21 della Carta, e a garantire la piena efficacia dei diritti che ne derivano, disapplicando all'occorrenza qualsiasi disposizione nazionale contraria" (par. 71).

[54] Cfr. *infra*, p. 587.

[55] CGUE, sentenza 17 luglio 2014, causa C-141/12.

"hanno lo scopo di garantire il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, in particolare del diritto alla vita privata, riconosciuto anche dall'articolo 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dai principi generali del diritto comunitario". Ne risulta, quindi, un circuito interpretativo "indiretto" alquanto singolare, per cui la direttiva, benché richiami un principio generale, viene interpretata alla luce della Carta sul presupposto che essa, sebbene precedente alla Carta, esprima un principio codificato da quest'ultima.

Nel complesso, la giurisprudenza successiva al riconoscimento alla Carta di forza vincolante rivela, benché non univoca, che i principi generali mantengono, dopo la loro codificazione, un ruolo significativo, talora richiamati come fonte diretta, talora in quanto determinano – anche per effetto dei riferimenti alla precedente giurisprudenza – il contenuto del corrispondente principio o diritto codificato dalla Carta.

Anche il grado di tutela dei diritti – non sempre uniforme nell'opera di bilanciamento effettuata dalla Corte – risente della giurisprudenza maturata in relazione ai principi generali, portando di conseguenza ad un'analoga modulazione del livello di protezione riconosciuto alla Carta. In relazione al diritto alle ferie, ad esempio, la Corte afferma come questo costituisca un "principio di diritto sociale dell'Unione europea che riveste particolare importanza, al quale non è possibile derogare" (par. 14); se essa aggiunge che tale diritto è, peraltro, espressamente sancito all'art. 31, par. 2, della Carta, tuttavia, per affermarne il carattere inderogabile, cita la giurisprudenza in precedenza sviluppata rispetto al principio generale[56]. Così anche per la libertà religiosa, riguardo alla quale la Corte si fonda sull'art. 21 della Carta, ma richiama il principio generale di corrispondente contenuto per affermarne il carattere imperativo[57]. Un analogo percorso porta la Corte ad ammettere, invece, che il diritto di

[56] CGUE, sentenza 22 maggio 2014, *Z.J.R. Lock* c. *British Gas Trading Limited*, causa C-539/12; si aggiunge nella pronuncia che tale diritto "è, peraltro, espressamente sancito all'articolo 31, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, alla quale l'articolo 6, paragrafo 1, TUE riconosce lo stesso valore giuridico dei Trattati" (par. 14). V. anche la sentenza 8 novembre 2012, *Heimann e Toltschin,* cause riunite C-229/11 e C-230/11, nella quale, dopo aver affermato che il diritto alle ferie annuali retribuite deve essere considerato come "un principio di diritto sociale dell'Unione che riveste un'importanza particolare", si indica, con una espressione che sembra valorizzare la volontà di "riaffermare" i principi generali attraverso la Carta, che "in quanto principio di diritto sociale dell'Unione, tale diritto di ogni lavoratore è espressamente consacrato all'articolo 31, paragrafo 2, della Carta" (par. 22). V. anche la sentenza 13 dicembre 2018, *Hein*, causa C-385/17.

[57] CGUE, sentenza 17 aprile 2018, *Vera Egenberger*, causa C-414/16.

proprietà[58] e la libertà di impresa[59] possono subire dei limiti che, già enunciati in relazione ai principi generali, vengono riproposti con la stessa formulazione riguardo agli articoli 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali. Evidentemente tale schema argomentativo, diffuso nelle pronunce recenti, consente alla Corte di valorizzare la Carta ma, allo stesso tempo, di assicurare continuità con la giurisprudenza maturata in relazione al principio generale; tale giurisprudenza viene implicitamente trasposta rispetto all'interpretazione del principio codificato nella Carta, il quale si modella così, nel suo contenuto concreto, in base al sistema di valori sottostanti alla graduazione e al bilanciamento effettuati dalla Corte.

Il complesso rapporto che può instaurarsi tra principi non scritti e norme codificate è evidenziato dall'art. 41 della Carta, in cui si enuncia il principio della buona amministrazione. In questo caso la Carta ha realizzato una codificazione soltanto parziale del principio generale, poiché il campo applicativo della disposizione è deliberatamente limitato al comportamento delle istituzioni e degli organi dell'Unione[60]; il principio

[58] Cfr., tra le altre, la sentenza 15 gennaio 2013, *Križan e a.*, causa C-416/10, in cui la Corte risponde ad una domanda in via pregiudiziale relativa all'art. 17 della Carta facendo riferimento al principio generale e alla giurisprudenza sviluppata in relazione ad esso. Richiamando la giurisprudenza precedente al Trattato di Lisbona, la Corte dichiara che "il diritto di proprietà non si presenta quale prerogativa assoluta, bensì deve essere considerato in rapporto alla sua funzione sociale. Ne consegue che possono essere apportate restrizioni all'esercizio di questo diritto, purché tali restrizioni rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile che leda la sostanza stessa del diritto così garantito" (par. 113). Nel dispositivo della sentenza la Corte, tuttavia, utilizza la Carta come parametro per dichiarare che la decisione nazionale controversa "non è idonea, in quanto tale, a configurare un'ingiustificata lesione del diritto di proprietà del gestore sancito dall'articolo 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea".

[59] La libertà di impresa "non costituisce una prerogativa assoluta. Essa può essere soggetta ad un ampio ventaglio di interventi dei poteri pubblici suscettibili di stabilire, nell'interesse generale, limiti all'esercizio dell'attività economica": CGUE, sentenza 22 gennaio 2013, *Sky Österreich GmbH* c. *Österreichischer Rundfunk*, causa C-283/11. Si veda anche la sentenza del 21 dicembre 2016, *Iraklis*, causa C-201/15, in cui la Corte, nel ribadire la ammissibilità di limiti all'esercizio dell'attività economica, si fonda sul "tenore dell'articolo 16 della Carta, che si distingue da quello relativo alle altre libertà fondamentali sancite nel titolo II della stessa, essendo nel contempo simile a quello di talune disposizioni del successivo titolo IV".

[60] Come riferisce LADENBURGER, *The Interaction between the Charter of Fundamental Rights, the European Convention of Human Rights and National Constitutions*, rapporto al XXV Congresso FIDE, 2012, p. 5, la decisione di prevedere una portata limitata del principio è stata determinata proprio dalla volontà di evitare di incidere sulle regole amministrative nazionali. Cfr. in argomento KRISTJÀNSDÒTTIR, *Good Administration as a Fundamental Right*, in *Icelandic Review of Politics and Administration*, 2013, p. 237 ss.; HOFMANN, MIHAESCU, *The Relation between the Charter's Fundamental*

generale corrispondente trova invece applicazione, secondo una consolidata giurisprudenza, anche all'attività delle autorità nazionali allorché la situazione rilevante rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione[61]. Sembra nettamente da escludere che la Carta debba indurre a restringere la portata del principio generale in virtù del carattere più limitato del principio codificato; l'enunciazione di diritti e principi corrispondenti ai principi generali non segue necessariamente i contorni di questi ultimi, né in relazione al novero dei principi codificati né rispetto al loro ambito di rilevanza. Piuttosto, il principio si trova ora ad essere enunciato da due fonti diverse in relazione al proprio campo applicativo.

Tale parziale codificazione crea una situazione alquanto difficile per i giudici nazionali, determinando incertezze che l'orientamento della Corte di giustizia non sempre ha aiutato ad affrontare[62]. Mi riferisco soprattutto ad una pronuncia in via pregiudiziale in cui la Corte[63], rispondendo ad una questione relativa all'applicabilità dell'art. 41 rispetto alla condotta di un'amministrazione nazionale, si è limitata a dichiarare che tale articolo si applica solo alle istituzioni e agli organi dell'Unione "e non agli Stati membri"[64]. La ragione di tale laconica risposta è dovuta all'oggetto della domanda, con la quale il giudice del rinvio aveva interrogato la Corte sull'interpretazione dell'art. 41 della Carta e non anche del principio generale di contenuto corrispondente. La Corte riconosce,

Rights and the Unwritten General Principles of EU Law: Good Administration as the Test Case, in *European Constitutional Law Review*, 2013, p. 73 ss.; GALETTA, *Riflessioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE sul diritto a una buona amministrazione, anche alla luce di alcune recenti pronunce della Corte di giustizia*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013, p. 133 ss.; GRUSSOT, HETTNE, THOR PETURSSON, *General Principles and the Many Faces of Coherence: Between Law and Ideology in the European Union*, in VOGENAUER, WEATHERILL (eds), *General Principles of Law*, cit., pp. 92-93; LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., pp. 112-113; CUCULOSKA, *The Scope of Application of the Charter's Right to Good Administration of the European Union*, in *Journal of Liberties and International Affairs*, 2018, p. 20 ss.; KOKOTT, *Deux poids deux mesures? Les exigences de protection juridique effective et de bonne administration envers les administrations des Etats membres et celles de l'UE*, in *Liber amicorum Antonio Tizzano*, cit., p. 460 ss.

[61] Tra le molte pronunce v. ad es. la sentenza 26 aprile 1988, *Kruecken,* causa 316/86.

[62] Sulla portata dell'art. 41 cfr. GROUSSOT, HETTNE, THOR PETURSSON, *General Principles and the Many Faces of Coherence*, cit., p. 88 ss., che rilevano la ambiguità della giurisprudenza relativa a tale disposizione.

[63] CGUE, sentenza 17 luglio 2014, *YS*, causa C-141/12 e C-372/12. Nel senso dell'applicazione dell'art. 41 solo rispetto alla condotta delle istituzioni v. tra le altre anche la sentenza del 5 novembre 2014, *Mukarubega*, causa C-166/13, par. 44.

[64] Più precisamente, la Corte afferma che "dal tenore letterale dell'articolo 41 della Carta emerge […] chiaramente che esso si rivolge unicamente alle istituzioni, agli organi e agli organismi dell'Unione, e non agli Stati membri" (par. 67).

infatti, che "è pur vero che il diritto a una buona amministrazione, sancito da tale disposizione, riflette un principio generale del diritto dell'Unione"; tuttavia, poiché i giudici del rinvio "non chiedono un'interpretazione di detto principio generale, ma desiderano sapere se l'articolo 41 della Carta possa, in quanto tale, applicarsi agli Stati membri dell'Unione" (par. 68), essa si limita ad affermare che l'art. 41 non è invocabile dinanzi alle autorità nazionali[65]. Sorprende che la Corte non abbia ritenuto di dover riformulare la domanda, secondo una tecnica da essa di frequente utilizzata al fine di fornire una risposta utile alle questioni poste in via pregiudiziale[66]. La complessa situazione derivante dalla codificazione parziale del principio avrebbe giustificato un atteggiamento meno rigoroso nei confronti dell'oggetto della domanda posta dal giudice nazionale.

4. La codificazione indiretta dei principi generali mediante le regole materiali contenute in atti normativi

L'esame della prassi evidenzia come alcuni atti derivati – in particolare direttive – richiamino principi generali enunciati dalla Corte di giustizia ovvero vi diano applicazione attraverso le regole materiali da essi poste. Benché si tratti in questi casi di normative che concernono particolari aspetti applicativi dei principi generali, tuttavia tali tecniche ap-

[65] Peraltro, in una sentenza di poco precedente (CGUE, 8 maggio 2014, *HN,* causa C-604/12), la Corte, chiarito che "il diritto a una buona amministrazione, sancito all'articolo 41 della Carta, riflette un principio generale di diritto dell'Unione", aveva verificato se tale diritto ostasse ad una certa normativa nazionale relativa all'esame delle domande di protezione internazionale. Il diverso orientamento che emerge dalle due pronunce sembra, in effetti, derivare esclusivamente dalla formulazione della questione; mentre nel caso *YS* il giudice aveva menzionato soltanto la Carta, la domanda posta nel caso *HN* chiedeva, invece, l'interpretazione del diritto dell'Unione in riferimento al "principio di buona amministrazione nel diritto dell'Unione europea e, segnatamente, ai sensi dell'articolo 41 della Carta". Quest'ultima formulazione è stata ritenuta sufficiente dalla Corte per fornire una risposta riguardo alla rilevanza del principio rispetto all'ambito applicativo delle normative nazionali.

[66] Un esempio recente di "correzione" del parametro normativo è fornito dalla sentenza 5 giugno 2018, *Coman*, causa C-673/16, nella quale la Corte, rilevato come non fosse applicabile la direttiva 2004/38, ha così risposto alla questione in relazione all'art. 21, par. 1, TFUE: "come la Corte ha in più occasioni dichiarato, benché formalmente il giudice del rinvio abbia limitato le proprie questioni all'interpretazione delle disposizioni della direttiva 2004/38, tale circostanza non osta a che la Corte gli fornisca tutti gli elementi interpretativi del diritto dell'Unione che possano risultare utili per definire la controversia sottoposta al suo esame, a prescindere dal fatto che detto giudice vi abbia fatto riferimento o meno nel formulare le proprie questioni".

paiono, dal punto di vista dei risultati che comportano, sostanzialmente riconducibili ad un fenomeno di codificazione.

Al fine di elaborare una tassonomia delle varie modalità seguite, si può osservare che dei richiami ai principi generali si riscontrano anzitutto nei "considerando" di atti derivati. Un esame della giurisprudenza dimostra che questi sono utilizzati dalla Corte di giustizia per rafforzare l'orientamento volto ad interpretare l'atto in conformità al principio generale richiamato, evidenziando come tale approccio corrisponda alla volontà del legislatore[67]. Nel caso *McB*[68], ad esempio, la Corte dà rilievo al considerando 33 del regolamento 2201/2003 – in cui si afferma che il regolamento "riconosce i diritti fondamentali e osserva i principi sanciti in particolare dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea" (par. 60) – per dichiarare che le disposizioni dell'atto non possono essere interpretate in modo da condurre ad una violazione di un diritto fondamentale (in quel caso, l'interesse superiore del minore). Il riferimento ai principi contenuto nel considerando di un atto è stato altresì inteso dalla Corte come manifestazione della volontà del legislatore di accogliere il significato che del principio è stato dato nelle fonti richiamate. Così, nelle due sentenze sul velo islamico del marzo 2017[69], la Corte ha ritenuto che il legislatore, nell'adottare la direttiva 2000/78 sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, abbia inteso mantenere, riguardo alla nozione di religione, lo stesso approccio ampio accolto dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri "in quanto principi generali del diritto dell'Unione"[70].

Un sostegno all'orientamento ispirato alla continuità può essere riscontrato dalla Corte anche in un considerando dell'atto che ne richiami

[67] Tale orientamento evidenzia l'opportunità che siano inseriti richiami ai principi generali nel considerando degli atti normativi; ciò può essere particolarmente utile allorché si tratti di principi che non sono enunciati nella Carta (come il diritto ad una buona amministrazione in relazione agli ordinamenti nazionali); v. in tal senso lo studio per il Parlamento europeo *The General Principles of EU Administrative Procedural Law*, cit. Sul ruolo del legislatore dell'Unione riguardo ai principi codificati nella Carta v. *supra*, LAZZERINI, *Le clausole generali*, cit., p. 507 ss.

[68] CGUE, sentenza 5 ottobre 2010, *MCB*, causa C-400/10 PPU.

[69] CGUE, sentenze 14 marzo 2017, *Bougnanoui*, causa C-188/15, e *Achbita*, causa C-157/15.

[70] Così nella sentenza *Bougnanoui*, cit., par. 30. In entrambe le sentenze la Corte dà rilievo, al fine di giustificare una nozione ampia della libertà religiosa, al fatto che il principio sia stato menzionato nel considerando dell'atto, che fa riferimento sia alla CEDU sia "alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto dell'Unione".

la giurisprudenza[71]. In tal caso, la rilevanza che il principio formulato dalla Corte presenta ai fini della interpretazione dell'atto deriva indirettamente dal riferimento alle sentenze nelle quali questo è stato enunciato.

Come sopra anticipato, una tecnica normativa riferibile ad un fenomeno di codificazione si riscontra anche quando in un atto sia enunciata una regola materiale che si propone di conformare l'ordinamento dell'Unione ad un principio accolto dalla giurisprudenza[72]. Nel regolamento c.d. Dublino III[73] ciò emerge, ad esempio, dal sistema di allerta rapida stabilito dall'art. 33; tale meccanismo fa seguito alla giurisprudenza della Corte che ha posto un limite al trasferimento del richiedente asilo verso Stati membri nei quali, a motivo della particolare pressione migratoria, egli rischi di subire una violazione dei diritti fondamentali. L'espressa volontà del legislatore di conformarsi alla giurisprudenza è utilizzata dalla Corte per giustificare un'interpretazione dell'atto normativo alla luce del principio in precedenza da essa enunciato. Nel caso *CK* c. *Slovenia*[74] la Corte afferma che, poiché il regolamento Dublino III codifica la giurisprudenza *N.S.*[75], esso impone un limite al trasferimento del

[71] Ad esempio, il primo considerando della direttiva 2004/18 del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi indicava che "La presente direttiva si basa sulla giurisprudenza della Corte di giustizia, in particolare sulla giurisprudenza relativa ai criteri di aggiudicazione, che chiarisce le possibilità per gli enti aggiudicatori di soddisfare le esigenze del pubblico interessato, tra l'altro in materia ambientale e sociale…".

[72] Un caso di particolare rilevanza riguardo alla codificazione della giurisprudenza mediante un atto normativo si riscontra in materia di applicazione delle regole sulla concorrenza. Il principio affermato dalla Corte nella sentenza *Masterfoods* (14 dicembre 2000, causa C-344/98) è infatti stato codificato dal regolamento 1/2003 del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, prevedendo che i giudici nazionali, quando si pronunciano su accordi, decisioni o pratiche rilevanti ai fini dell'art. 101 TFUE che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni in contrasto con quella adottata dalla Commissione stessa (considerando 22 del regolamento). La codificazione concerne, in tal caso, un principio interpretativo collegato al primato del diritto dell'Unione europea e alla certezza del diritto.

[73] Regolamento (UE) 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide.

[74] CGUE, sentenza 16 febbraio 2017, *C.K.*, causa C-578/16: "Per quanto riguarda i diritti fondamentali ad essi riconosciuti, oltre ad aver codificato, all'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento Dublino III, la giurisprudenza risultante dalla sentenza del 21 dicembre 2011, *N.S. e a.* […] il legislatore dell'Unione ha voluto sottolineare, ai considerando 32 e 39 di detto regolamento, che gli Stati membri sono vincolati, nella sua applicazione, dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nonché dall'articolo 4 della Carta" (par. 63).

[75] CGUE, sentenza 21 dicembre 2011, *N.S. e a.*, cause C-411/10 e C-493/10.

richiedente protezione verso Stati nei quali egli rischi di subire trattamenti inumani o degradanti. Il richiamo alla codificazione è utilizzato, quindi, a sostegno di un'interpretazione del regolamento svolta alla luce del principio al quale l'atto ha inteso conformarsi e, talora, porta a dedurre dal principio stesso l'esigenza di evitare un'interpretazione restrittiva dell'atto[76].

La codificazione di un principio attraverso una regola materiale inserita in un atto normativo si riscontra in relazione anche al c.d. "diritto all'oblio", enunciato nella sentenza *Google Spain*[77]*;* la Corte, come è noto, ha affermato che il principio di tutela dei dati personali implica che una persona abbia diritto a che un'informazione che la riguarda "non sia collegata al suo nome da un elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal suo nome, senza per questo che la constatazione di un diritto siffatto presupponga che l'inclusione dell'informazione in questione in tale elenco arrechi un pregiudizio a detto interessato" (par. 96). Il regolamento del 2016 sulla tutela dei dati personali[78] ha in parte codificato tale principio, prevedendo un articolo rubricato "diritto all'oblio" (art. 17); pur non imponendo in modo esplicito la de-indicizzazione delle informazioni, il regolamento ha espresso nel considerando 66 un'interpretazione che recepisce l'orientamento della giurisprudenza, affermando che il titolare del trattamento che ha pubblicato i dati per i quali è richiesta la cancellazione ha l'obbligo di informare coloro che trattano tali dati affinché questi eliminino "qualsiasi link verso tali dati personali…".

Ai fini della interpretazione delle disposizioni di un atto derivato che, come nei casi sopra illustrati, enunciano regole concrete volte a garantire il rispetto di un principio generale, mantengono rilievo i criteri relativi alla gerarchia delle fonti, in virtù dei quali i principi generali costituiscono, nella loro veste di fonti interposte, un parametro di legittimi-

[76] Così, ad esempio, nella sentenza 6 novembre 2012, *Otis*, causa C-199/11, in cui la Corte ha riconosciuto che la giurisprudenza *Masterfoods* è "attualmente codificata nell'articolo 16 del regolamento n. 1/2003"; richiamandosi al principio enunciato in tale giurisprudenza, la Corte ne ha dedotto che esso trova applicazione "altresì quando i giudici nazionali sono investiti di una domanda di risarcimento dei danni provocati da un'intesa o da una pratica che una decisione di detta istituzione abbia qualificato come contrarie all'articolo 101 TFUE". In questo caso il riferimento al principio codificato – identificato nell'obbligo di leale cooperazione tra i giudici nazionali, da un lato, e la Commissione e i giudici nazionali, dall'altro – determina un'interpretazione estensiva del contenuto dell'atto normativo.

[77] CGUE, sentenza 13 maggio 2014, *Google Spain and Google*, causa C-131/12.

[78] Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE.

tà e un criterio di interpretazione degli atti normativi. Ciò origina, nell'ipotesi che qui interessa, un circuito interpretativo che porta ad "adeguare" il significato della regola materiale al principio del quale quest'ultima fornisce concreta applicazione e, se del caso, anche ad altri principi generali rilevanti ai fini della interpretazione, in particolare nel bilanciamento tra diversi diritti[79]. Deriva indirettamente da tale metodo interpretativo che, quando un atto normativo applica un principio generale, esso, in virtù della "copertura" derivante dal principio e eventualmente dalla Carta, acquista, in sostanza, prevalenza, rispetto a quanto previsto da un diverso atto di pari rango. Inoltre, l'interpretazione della regola materiale alla luce del principio generale al quale questa intende dare applicazione consente di evitare possibili incongruenze allorché la regola codificata non corrisponda pienamente al principio enunciato dalla Corte, sia in ragione di una formulazione difforme sia anche per l'eventualità, più avanti considerata, che la codificazione si discosti in modo deliberato dalla giurisprudenza con il fine precipuo di determinarne una discontinuità[80].

La codificazione di un principio enunciato dalla Corte mediante una regola materiale non impedisce un'interpretazione estensiva oppure di carattere evolutivo del principio stesso e, di conseguenza, della regola che lo applica. Si può al riguardo ricordare come la giurisprudenza abbia contribuito ad indurre il legislatore comunitario a prevedere il ricongiungimento familiare con il *partner* di un'unione registrata. È stato infatti codificato nella direttiva 2004/38 il principio espresso nel 1986 nel caso *Reed*[81], secondo il quale lo Stato membro che "consenta ai propri cittadi-

[79] Tale metodo appare, tra l'altro, dalla sentenza 13 dicembre 2016, *Broto* (causa T-549/15) nella quale il Tribunale dell'Unione ha dichiarato che l'art. 75 del regolamento 207/2009, che prevede che le decisioni dell'ufficio europeo dei brevetti siano basate solo su elementi o prove sulle quali le parti interessate hanno avuto la possibilità di presentare osservazioni, costituisce "una applicazione specifica del principio generale del diritto di difesa"; nell'esercizio del potere discrezionale riconosciuto all'organo di appello, questo deve conformarsi alle norme superiori del diritto dell'Unione enunciate dalla Carta.

[80] Del resto, occorre considerare che ogni attività di codificazione implica una valutazione politica, in relazione anche al significato attribuito al principio enunciato dalla Corte. Come è stato osservato, il processo di codificazione "always involves political signals as to whether existing case law should be interpreted more or less extensively in the future. By contrast, if legislation truly contradicts the Court's jurisprudence, this is not modification either, but should be correctly categorised as override": BLAUBERGER, SCHMIDT, *The European Court of Justice and its Political Impact*, cit., p. 912. Sulla distinzione tra codificazione e volontà del legislatore di determinare un superamento della giurisprudenza v. anche DAVIES, *op. cit.*, p. 852, il quale prospetta un criterio pragmatico per distinguere tra le due ipotesi, indicando che si ha "override" allorché "the legislation says things which the Court, if asked, would disagree with".

[81] CGUE, sentenza 17 aprile 1986, *Reed*, causa 59/85.

ni di ottenere che il compagno non coniugato, non cittadino di questo Stato membro, soggiorni nel suo territorio, non può negare di attribuire lo stesso vantaggio ai lavoratori migranti cittadini di altri Stati membri". Per ciò che qui interessa, tale principio interpretativo non è stato tratto, da parte della Corte, dal diritto alla vita familiare – in mancanza, all'epoca, di "qualsiasi indizio di un'evoluzione sociale di carattere generale atta a giustificare l'interpretazione estensiva" della nozione di coniuge – bensì dalla esigenza di non ostacolare la libertà di circolazione delle persone. Nella giurisprudenza recente, la Corte ha invece ritenuto che il diritto al rispetto della vita privata e familiare codificato nella Carta comporti un'interpretazione della nozione di coniuge come riferita anche alle unioni omosessuali, alla luce, in particolare, della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani[82]. Infatti, premesso che riguardo alla nozione di coniuge "il diritto al rispetto della vita privata e familiare garantito dall'articolo 7 della Carta è fondamentale (par. 48)", la Corte osserva che "dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo risulta che la relazione che lega una coppia omosessuale può rientrare nella nozione di 'vita privata', nonché in quella di 'vita familiare', al pari della relazione che lega una coppia di sesso opposto che si trovi nella stessa situazione" (par. 50). Sembra rilevante che in questo caso, considerata, verosimilmente, anche la particolare incidenza della decisione sotto il profilo "etico", la Corte abbia preferito richiamarsi al principio codificato nella Carta piuttosto che alla fonte interposta. Il richiamo alla norma scritta può essere visto, infatti, come un supporto più solido ai fini dell'affermazione di un principio innovativo e, soprattutto, della regola che ne consegue[83]. La giurisprudenza della Corte europea relativa alla CEDU avrebbe, comunque, potuto essere utilizzata sia per fondare il contenuto del principio generale corrispondente sia, come risulta dalla pronuncia, quale criterio interpretativo della Carta in virtù del metodo da quest'ultima enunciato nell'art. 52, par. 3.

Se, quindi, il richiamo al principio generale codificato può svolgere la funzione di rafforzare l'incidenza del principio non scritto, sembra invece improbabile che la Corte possa esprimere un orientamento che porti a restringere l'oggetto del principio generale, modellandolo lungo il perimetro – più rigoroso – della disposizione del Trattato o dell'atto normativo che lo codifica. Tuttavia, in particolari circostanze, un atto normativo sembra aver prodotto l'effetto di limitare la portata del principio generale, come emerge dalla sentenza *Kaltoft*[84] nella quale si poneva

[82] Così nella già citata sentenza *Coman* del 5 giugno 2018.
[83] Cfr. *infra*, p. 586.
[84] CGUE, sentenza 18 dicembre 2014, *Kaltoft,* causa C-354/13.

l'esigenza di accertare se l'obesità rientrasse tra i motivi di discriminazione vietati. La Corte afferma che il diritto dell'Unione non sancisce alcun divieto generale di discriminazione in ragione dell'obesità, poiché tale motivo non è menzionato dalla direttiva 2000/78 sul principio di parità riguardo all'occupazione e alle condizioni di lavoro né dall'art. 19 TFUE. La codificazione del divieto di discriminazione sembra, dunque, produrre, in questa prospettiva, l'effetto di delimitare di per sé la portata del principio generale; non è accertato, infatti, se quest'ultimo vieti le discriminazioni fondate su tale particolare motivo. Si può ritenere, perciò, che se la Corte non avesse riscontrato l'assenza di tale motivo di discriminazione nelle fonti scritte avrebbe potuto eventualmente includerlo nel campo applicativo del principio generale. Un elemento nella stessa direzione già era emerso indirettamente dalla sentenza nel caso *Chacon Navas* in cui la Corte aveva dichiarato che "l'ambito di applicazione della direttiva 2000/78 non deve essere esteso per analogia al di là delle discriminazioni fondate sui motivi elencati tassativamente nell'articolo 1 di quest'ultima"[85], senza valutare se tale ambito risultasse invece esteso in base ad un principio generale. Questo orientamento non appare coerente con la costruzione affermata dalla Corte secondo la quale, come poco più avanti si dirà[86], gli atti normativi volti al contrasto delle discriminazioni esprimono quanto già risulta dal principio generale; l'atto normativo ha invece prodotto, in tal caso, l'effetto non solo di provvedere all'applicazione del principio, ma anche quello di delimitarne il contenuto. Qualora tale approccio restrittivo dovesse consolidarsi nella giurisprudenza, esso avrebbe la conseguenza di cristallizzare i motivi di discriminazione precludendo un'interpretazione evolutiva idonea ad includere ulteriori criteri che possano in futuro acquistare rilevanza[87]; in tal caso, si porrebbe l'esigenza di integrare il contenuto dell'atto normativo, includendovi, ove dovessero emergere, ulteriori divieti di discriminazione purché il Trattato conferisca il relativo potere di azione. In mancanza di tale potere, occorrerebbe invece estendere la competenza normativa modificando l'art. 19 TFUE.

[85] CGUE, sentenza 11 luglio 2006, *Chacon Navas,* causa C-13/05, par. 56.

[86] *Infra*, p. 581.

[87] Ad esempio, a seguito di sviluppi tecnologici che possano eventualmente comportare l'esigenza di esprimere ulteriori specifici divieti di discriminazione.

5. Continuità dell'interpretazione dei principi codificati e spazio discrezionale delle istituzioni legislative

L'atteggiamento dei legislatori dell'Unione è apparso generalmente favorevole, soprattutto in certi settori, a codificare la giurisprudenza[88], come dimostrano le varie tecniche e modalità sopra riferite. La giurisprudenza della Corte di giustizia nell'interpretazione del diritto dell'Unione – specialmente dei Trattati – ha talora avuto l'effetto di favorire il raggiungimento di un accordo politico da parte degli Stati membri[89]. Allo stesso tempo, la codificazione porta ad evidenziare la costante influenza che la Corte di giustizia esercita nella definizione delle norme primarie ed anche nello sviluppo della legislazione dell'Unione[90]. La codificazione dei principi enunciati dalla Corte può altresì comportare, anche in merito alla scelta della fonte richiamata, un rafforzamento del valore dei principi espressi dalla giurisprudenza in quanto avvalorati dalla dimensione politica[91].

[88] In particolare, riguardo alla realizzazione del mercato unico nelle sue diverse componenti. Come osserva DAVIES (*op. cit.*, p. 846), "an examination of internal market legislation shows that indeed it consists of codification of prior case law. The judicial constraints on the EU legislature are sufficiently tight that the legislature is more akin to a subordinate implementing regulator than to an autonomous political policy-maker".

[89] Come è stato notato, "such instances in which case law essentially pushes Member States towards legislative agreement, however, are particularly strong examples of ECJ legislative influence rather than of 'weak' modification": MARTINSEN, *An Ever More Powerful Court? The Political Constraints of Legal Integration in the European Union,* Oxford, 2015, p. 36.

[90] V., per una rassegna dei numerosi studi empirici relativi al rapporto tra giurisprudenza della Corte e sviluppi normativi, BLAUBERGER, SCHMIDT, *The European Court of Justice and its political impact*, cit., p. 907 ss. In argomento cfr. MUIR, DAWSON, DE WITTE, *Introduction: The European Court of Justice as a Political Actor*, in DAWSON, DE WITTE, MUIR (eds), *Judicial Activism at the European Court of Justice,* Cheltenham, 2013; RICHARDSON, MAZEY (eds), *European Union. Power and Policy-Making*, Oxford, 2015, p. 159 ss.; SCHMIDT, *The Shadow of Case Law. The Court of Justice of the European Union and the Policy Process*, Oxford, 2018.

[91] La circostanza che il principio generale sia stato codificato può produrre un impatto per le giurisdizioni nazionali. Si può ricordare l'aumento significativo delle domande in via pregiudiziale concernenti la tutela dei diritti fondamentali sviluppatosi dopo l'acquisizione di valore vincolante da parte della Carta. Dei dati aggiornati al riguardo sono forniti nel parere della Agenzia per i diritti fondamentali (parere n. 4 del 24 settembre 2018, *Opinion on the implementation of the Charter of Fundamental Rights, Challenges and Opportunities for the Implementation of the Charter of Fundamental Rights*). Si riferisce che tra il 2010 e il 2017 la Carta è stata richiamata in 392 domande in via pregiudiziale; un numero particolarmente elevato si è riscontrato nel 2012 con 68 domande (50 nel 2017). La codificazione di principi generali nella Carta ha altresì contribuito verosimilmente a determinare una crescente propensione delle Corti costituzionali nazionali ad utilizzare il rinvio pregiudiziale; v. CLAES, *Luxembourg, Here We Come? Constitutional Courts and the Preliminary Reference Procedure*, in *German Law Journal*, 2015, p. 1331 ss. È, peraltro, non esente da critiche l'orientamento della Corte costituzionale austriaca che, in una sentenza del 2012 (U 466/11-18 del 14 marzo 2012), ha derivato dalla codificazione nella Carta la possibilità di utilizzare i diritti da

È emblematica di un atteggiamento di favore nei confronti della codificazione della giurisprudenza una prassi inconsueta che ha visto le istituzioni legislative sollecitare la Commissione ad adeguare una proposta di atto normativo (il nuovo "regolamento Dublino", peraltro non ancora approvato e con scarse prospettive di adozione[92]) per conformarlo ai principi che la Corte di giustizia avrebbe verosimilmente enunciato in una sentenza relativa ad una causa ancora pendente. Il Consiglio e il Parlamento europeo hanno infatti, con una dichiarazione congiunta del 2013[93], sollecitato la Commissione a rivedere la proposta di modifica del regolamento in relazione agli aspetti relativi alla tutela dei minori non accompagnati "una volta che la Corte di giustizia si sarà pronunciata sulla causa C-648/11 *MA*". Tale dichiarazione ha manifestato, in sostanza, la volontà di rinviare la determinazione dei contenuti della proposta in modo da adeguarli alla (futura) giurisprudenza, auspicando così, come potrebbe dirsi, una "codificazione anticipata"[94].

questa enunciati come parametri di validità in relazione a norme interne, lasciando così intendere che un analogo effetto non sia prodotto dai principi non codificati ("Die von der Grundrechte-Charta garantierten Rechte sind daher als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte Prüfungsmaßstab in Verfahren vor dem Verfassungerichtshof", par. 38); V. in proposito ORATOR, *The Decision of the Austrian Verfassungsgerichtshof on the EU Charter of Fundamental Rights: An Instrument of Leverage or Rearguard Action?,* in *German Law Journal*, 2015, p. 1436, il quale osserva che "the *Verfassungsgerichtshof* draws on the argument of codification of EU fundamental rights, deriving from general principles of law which had been developed by CJEU case law, as sufficient a leap to accept (only) certain 'codified' Charter rights as a national standard of review in constitutional proceedings". Tale orientamento porta ad avvalorare un "discriminate treatment of (certain) EU fundamental rights based in the Charter on the one hand and other EU fundamental rights […] by the new wording of Article 6 TEU".

[92] Manca infatti l'accordo politico dei governi, a causa essenzialmente della posizione degli Stati che non intendono accettare una redistribuzione dei richiedenti protezione; cfr. da ultimo la dichiarazione del presidente del Parlamento europeo del 18 ottobre 2018 http://www.europarl.europa.eu/the-president/it/sala-stampa/tajani-lo-stallo-sulla-riforma-dell%E2%80%99asilo-e-di-dublino-%C3%A8-un-regalo-a-populisti-e-euroscettici-va-superato-con-un-voto-a-maggioranza, che si riferisce ad una situazione di "stallo sulla riforma dell'asilo e sulla revisione del Regolamento di Dublino", e la Comunicazione della Commissione del 4 dicembre 2018 nella quale si evidenzia come le divergenze tra i governi abbiano sinora impedito l'adozione dell'atto, sollecitando il raggiungimento di un compromesso (COM(2018) 798).

[93] "Il Consiglio e il Parlamento europeo invitano la Commissione a prendere in considerazione, fatto salvo il suo diritto di iniziativa, una revisione dell'articolo 8, paragrafo 4 della rifusione del regolamento Dublino una volta che la Corte di giustizia si sarà pronunciata sulla causa C-648/11 *MA e a.* contro *Secretary of State for the Home Department* e comunque entro i termini prescritti dall'articolo 46 del regolamento Dublino. Il Parlamento europeo e il Consiglio eserciteranno successivamente entrambi le rispettive competenze legislative, tenendo conto del prevalente interesse del minore. In uno spirito di compromesso e al fine di garantire un'immediata adozione della proposta, la Commissione accetta di prendere in considerazione tale invito, che intende limitato a queste specifiche circostanze e non tale da creare un precedente" (*GUUE* L 180, 29 giugno 2013, p. 59).

[94] La relazione della Commissione che ha accompagnato la proposta di regolamento (Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica il regolamento

È altresì opportuno considerare, limitatamente ai nostri fini, una particolare linea interpretativa, sviluppata dalla Corte di giustizia riguardo al divieto di discriminazione, che porta a valorizzare il principio generale rispetto agli atti normativi che intendono garantirne l'applicazione. Riferendosi alle direttive antidiscriminatorie[95], la Corte ha affermato che queste non sanciscono esse stesse il principio di parità di trattamento, bensì danno applicazione al corrispondente principio generale, svolgendo così la funzione di dettare le disposizioni necessarie affinché il principio sia rispettato. Tale schema è stato utilizzato per la prima volta riguardo al divieto di discriminazione in base all'età[96], e poi esteso a vari profili del diritto antidiscriminatorio[97].

Questo ragionamento porta la Corte di giustizia ad avvalorare anzitutto l'utilizzo del principio generale in funzione interpretativa dell'atto, co-

(UE) n. 604/2013 per quanto riguarda la determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata da un minore non accompagnato che non ha familiari, fratelli o parenti presenti legalmente in uno Stato membro, 26 giugno 2014, COM(2014) 382 def. È stata successivamente presentata una ulteriore proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di paese terzo o da un apolide (rifusione), 4 maggio 2016, COM(2016) 270 final) spiega che "i colegislatori hanno deciso di lasciare in sospeso la questione dei minori non accompagnati" privi di parenti negli Stati membri in attesa della pronuncia della Corte; a seguito della attesa pronuncia, la Commissione ha poi affermato di provvedere "tenendo massimo conto della sentenza della Corte".

[95] Direttiva 2000/43 del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, e la direttiva 2000/78 del 27 novembre 2000 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

[96] Nel caso *Mangold* (22 novembre 2005, causa C-144/04) la Corte ha per la prima volta affermato che "la direttiva 2000/78 non sancisce essa stessa il principio della parità di trattamento in materia di occupazione e di lavoro", poiché "il principio stesso di siffatte forme di discriminazione, come risulta dai 'considerando' 1 e 4 della direttiva, trova la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri" (par. 74). Pertanto, "il principio di non discriminazione in ragione dell'età deve […] essere considerato un principio generale del diritto comunitario" (par. 75). Si veda anche la sentenza *Kücükdeveci*, (19 gennaio 2010, causa C-555/07) in cui, ribadita "l'esistenza di un principio di non discriminazione in base all'età che deve essere considerato un principio generale del diritto dell'Unione" (par. 21), si afferma che "la direttiva ha avuto l'effetto di far entrare nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione la normativa nazionale di cui trattasi" (par. 25).

[97] Così, ad esempio, nella sentenza *Romer,* 10 maggio 2011, causa C-147/08, par. 59, la CGUE afferma che la già ricordata direttiva 2000/78 "non sancisce essa stessa il principio della parità di trattamento in materia di occupazione e lavoro – l'origine del quale si rinviene in vari strumenti internazionali nonché nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri –, bensì mira unicamente a istituire, nelle suddette materie, un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate su diversi motivi […] tra i quali rientrano le tendenze sessuali". Nella sentenza del 22 gennaio 2019, *Achatzi*, causa C-193/17, lo stesso schema interpretativo è applicato in relazione al divieto di discriminazioni fondate sulla religione e sulle convinzioni personali.

me ben emerge dal caso *Chez*[98], ove si afferma che la direttiva 2000/43 sulla parità di trattamento in relazione alla razza e alla origine etnica "non è altro se non l'espressione, nell'ambito esaminato, del principio di uguaglianza, il quale è uno dei principi generali del diritto dell'Unione", derivandone la conseguenza che "la sfera di applicazione della direttiva non può essere definita in modo restrittivo" (par. 42). Un'ulteriore conseguenza di tale approccio può ravvisarsi nel riconoscimento della idoneità dei principi generali a produrre un effetto diretto anche orizzontale; ciò ha consentito, in sostanza, di conferire al principio una maggiore efficacia rispetto a quella che esso avrebbe avuto se fondato sulla direttiva poiché questa, secondo un costante orientamento, non è idonea a produrre effetti diretti nei rapporti tra persone fisiche e giuridiche.

Per il profilo che qui interessa, il riferimento al principio generale piuttosto che alla direttiva accresce la discrezionalità della Corte di giustizia nel rapporto con le fonti scritte e, in definitiva, con le istituzioni legislative. La direttiva è "declassata", infatti, al ruolo di "braccio operativo", funzionale a garantire il rispetto del principio generale; essa assume rilevanza in quanto ha l'effetto di creare il collegamento necessario con il raggio d'azione del diritto dell'Unione, comportando l'applicazione del principio generale rispetto a norme interne. Correlativamente, tale costruzione lascia alla Corte un ampio spazio discrezionale nell'individuazione del contenuto del principio e le consente, poi, di interpretare la direttiva alla luce dello stesso principio; nella sostanza, la volontà del legislatore espressa dall'atto normativo viene così ricondotta ad un ruolo strumentale rispetto all'applicazione di un principio i cui contorni sono, invece, definiti dalla stessa Corte.

In riferimento anche agli atti normativi – come già segnalato più sopra riguardo alle modifiche apportate ai Trattati – può talora manifestarsi la volontà del legislatore di restringere deliberatamente un orientamento interpretativo accolto dalla Corte[99]. In questo caso, evidentemente, il legislatore non persegue l'obiettivo di codificare un principio enunciato dalla Corte, quanto piuttosto quello di opporsi ad un orientamento giurisprudenziale. La Corte può mantenere, peraltro, la propria interpretazione fondata su una fonte primaria o interposta anche quando le normative derivate vengono modificate. Così, in particolare, la Corte si è opposta

[98] CGUE, sentenza 16 luglio 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, causa C-83/14.

[99] Come è stato rilevato sulla base di una ricerca empirica, "Member States hardly ever override the Court's case law; they codify the case law, mostly regarding technical issues; and they try to restrict the Court's impact in more contested areas through 'modification': MARTINSEN, *An Ever More Powerful Court? The Political Constraints of Legal Integration in the European Union*, Oxford, 2015, p. 95.

alla possibilità di restringere, sulla base della già menzionata direttiva 2004/38, il contenuto della nozione di lavoratore già accolta dalla giurisprudenza nell'interpretazione del Trattato; essa ha affermato nel caso *Saint Prix*[100] che "la codificazione, voluta dalla citata direttiva, degli strumenti del diritto dell'Unione anteriori alla stessa, che mira espressamente ad agevolare l'esercizio del diritto dei cittadini dell'Unione di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, non può di per sé limitare la portata della nozione di lavoratore ai sensi del Trattato FUE" (par. 32). Ne deriva, in sostanza, un limite per il legislatore che non potrà, con una nozione più restrittiva espressa in un atto normativo, prevalere sulla interpretazione che la Corte ha fornito della rilevante disposizione del Trattato[101].

Una prassi in questo senso ha riguardato, ad esempio, la direttiva del 1985 relativa ai contratti conclusi al di fuori dei locali commerciali[102]; in una pronuncia resa in via pregiudiziale nel 2001, la Corte ha dichiarato che la direttiva ostava ad una normativa tedesca che fissava un termine di decadenza di un anno per l'esercizio delle azioni volte a recedere da un contratto a motivo della omessa informazione al consumatore di tale diritto da parte del professionista[103]. La Corte ha ritenuto, infatti, che il principio della certezza del diritto non fosse adeguato a giustificare la presenza di tale termine giacché esso non può consentire "una limitazione dei diritti espressamente accordati al consumatore dalla direttiva sulle

[100] CGUE, sentenza 19 giugno 2014, *Jessy Saint Prix*, causa C-507/12.

[101] Come osservano BLAUBERGER e SCHIMDT (*The European Court of Justice and its political impact*, cit., p. 913), in realtà, "Overriding the Court's jurisprudence via secondary legislation is impossible, if the former is based on an interpretation of the EU's Treaties. In these cases, the ECJ's 'pro-integrative rulings are effectively insulated from member state override'. Cfr. anche in argomento STONE SWEET, BRUNELL, *The European Court of Justice, State Noncompliance, and the Politics of Override*, in *American Political Science Review*, 2012, p. 204 ss.

[102] Direttiva 85/577/CEE del 20 dicembre 1985 per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali (non più in vigore).

[103] CGUE, sentenza 13 dicembre 2001, *Heininger,* causa C-481/99. Tale termine, infatti, prescindeva dal considerare il momento in cui il consumatore era informato del diritto di recesso ed appariva, pertanto, non ammissibile perché, "se il consumatore non ha conoscenza dell'esistenza di un diritto di recesso, si trova nella impossibilità di esercitarlo" (par. 45). Vedi anche la sentenza 17 dicembre 2009, *Eva Martín Martín* c. *EDP Editores SL*, causa C-227/08, in cui la Corte ribadisce, in relazione al termine per l'esercizio del diritto di recesso previsto dalla direttiva, che "il termine minimo menzionato di sette giorni va calcolato a partire dal momento in cui il consumatore ha ricevuto dal commerciante l'informazione in questione. Siffatta prescrizione, come la Corte ha avuto l'occasione di precisare, si spiega con la considerazione che, se il consumatore non ha conoscenza dell'esistenza di un diritto di recesso, si trova nell'impossibilità di esercitarlo" (par. 25).

vendite porta a porta" (par. 47). La direttiva è stata modificata nel 2011 mediante la direttiva 2011/83/UE[104] che, "per garantire la certezza giuridica" (considerando 43), ha ritenuto opportuno introdurre un termine di dodici mesi nella durata del termine per il recesso, recependo, in sostanza, la regola vigente nell'ordinamento tedesco[105]. L'inserimento di tale termine all'interno della nuova direttiva tende, come appare evidente, a "legittimare", rendendola ammissibile, una normativa nazionale ritenuta non conforme al principio della certezza del diritto come dichiarato dalla Corte di giustizia in relazione al contenuto della direttiva previgente; ciò non preclude tuttavia alla Corte di accertare se la nuova normativa sia conforme ai principi generali, né di valutare se le normative nazionali relative alle azioni promosse dai consumatori siano conformi ai principi di equivalenza e di effettività.

6. Alcune considerazioni sull'orientamento della Corte di giustizia: elementi di continuità e incidenza della codificazione

Come si è anticipato, un'indagine volta ad accertare in quale misura la codificazione dei principi generali si rifletta sull'orientamento accolto dalla Corte di giustizia non può condurre ad una conclusione univoca, in ragione della pluralità di fattori, sopra considerati, che possono influenzare l'approccio ermeneutico. È tuttavia possibile trarre dalla giurisprudenza esaminata alcune considerazioni di massima, cercando di individuare le principali linee di indirizzo accolte dalla Corte e di comprenderne la *ratio*.

In primo luogo, emerge come la Corte mantenga dinanzi ai principi codificati uno spazio discrezionale che si esplica, anzitutto, riguardo alla scelta della fonte di riferimento. Non mancano, come si è visto, orientamenti volti a privilegiare il ruolo del principio generale, sia in modo diretto – richiamandolo in luogo della fonte scritta corrispondente – sia indirettamente, valorizzando la giurisprudenza sviluppata prima della codificazione in relazione al principio stesso. L'esame della giurisprudenza rivela come la scelta di fondare la decisione sul principio generale con-

[104] Direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

[105] Su questa vicenda v. MASTROIANNI, *L'art. 11 Cost. preso sul serio*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2018, n. 3, p. VI.

cerna soprattutto alcuni principi, codificati sia nella Carta sia nei Trattati, quali il divieto di discriminazione ed il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva. Le ragioni che possono contribuire a determinare tale indirizzo sembrano collegate al carattere particolarmente dettagliato che alcuni principi assumono, sia in quanto essi si declinano in una varietà di principi specifici[106], sia per la presenza di schemi interpretativi già consolidati prima della codificazione. In effetti, i principi enunciati dalla Corte sono assai spesso più articolati e specifici rispetto alla norma codificata nella fonte scritta primaria[107], in genere formulata con carattere di astrattezza; il loro contenuto può, inoltre, risultare già ben modellato nella giurisprudenza in relazione alle specifiche esigenze dell'ordinamento dell'Unione, al fine, in particolare, di assicurarne l'autonomia[108].

Le pronunce che si riferiscono al principio generale, benché esso sia stato codificato, determinano, per un verso, una positiva continuità che, soprattutto in riferimento ai principi che esprimono diritti fondamentali, appare coerente con la volontà di assicurare armonia e coerenza nel sistema di tutela. Per altro verso, tale orientamento, unitamente ad un valore significativo attribuito al precedente nella giurisprudenza della Corte[109], potrebbe apparire in contrasto con la volontà politica di dettare regole innovative allorché la codificazione

[106] Il contenuto dei principi generali è talora molto specifico; la caratteristica di principio *generale*, non si riferisce, in realtà, al contenuto, bensì può designare la posizione nel sistema delle fonti e l'ambito applicativo; si veda, in questo senso, MAZAK, MOSER, *Adjudication by Reference to General Principles of EU Law: A Second Look at the* Mangold *Case Law*, in ADAMS, DE WAELE, MEEUSEN, STRAETSMAN (eds), *Judging Europe's Judges. The Legitimacy of the Case Law of the Court of Justice*, London, 2013, pp. 69-70. Un carattere più specifico del principio generale rispetto al principio codificato nella enunciazione datane dalla Carta può essere ravvisato (oltre che riguardo – come già segnalato – per la tutela giurisdizionale effettiva), anche, ad esempio, in relazione al principio di legalità delle pene sancito dall'art. 49 che si articola, secondo la giurisprudenza relativa al principio generale, nei requisiti specifici "di prevedibilità, determinatezza e irretroattività della legge penale applicabile"; v. la sentenza 5 dicembre 2017, *MAS e MB*, causa C-42/17.

[107] HOFMANN, MIHAESCU, *The relation between the Charter's fundamental rights and the unwritten general principles of EU law: Good administration as the test case*, in *European Constitutional Law Review*, 2013, p. 80, notano come "it appears difficult to claim that the rights enumerated in CFR are always more concretely formulated than the rights arising as general principles of law in the case-law of the courts".

[108] Come nota AMALFITANO (*General Principles of EU Law and the Protection of Fundamental Rights*, cit.), il ruolo dei principi generali che enunciano diritti fondamentali è particolarmente evidente quando essi riflettono le specificità dell'ordinamento dell'Unione e contribuiscono ad assicurarne l'autonomia, specialm. p. 147 ss.

[109] L'importanza del precedente nella giurisprudenza della Corte di giustizia è stata dimostrata, tra l'altro, nello studio empirico di LARSSON, NAURIN, DERLÉN, LINDHOLM, *op. cit*. In argomento v. anche RODIN, *Le valeur des précédents dans la jurisprudence de la Cour*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2017, p. 661 ss.

dei principi – *rectius*, la loro concreta applicazione – sia effettuata mediante atti derivati; il principio non scritto, elaborato dalla Corte con un ampio margine di discrezionalità, prevale infatti, in virtù della sua posizione nel sistema delle fonti, sugli atti derivati potendo indirizzarne l'interpretazione o causarne l'invalidità. La compressione della discrezionalità del legislatore che può risultarne è tuttavia giustificata, in via generale, dalla legittimazione del sistema che deriva dal controllo giurisdizionale sugli atti normativi, sintetizzata dal già ricordato concetto di "Unione di diritto". A ciò si aggiunge che, in concreto, sembra improbabile che al principio generale possa essere attribuito un significato non corrispondente a quello codificato nella fonte primaria, in particolare nella Carta; il ruolo che la CEDU, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e le tradizioni costituzionali comuni svolgono, ai fini sia della elaborazione del principio generale sia nella interpretazione della Carta, consente di assicurare la coerenza del sistema anche quando, pur in presenza di un principio codificato, sia richiamata la fonte non scritta (direttamente o mediante la giurisprudenza ad essa relativa). Il preambolo della Carta, peraltro, porta a valorizzare, piuttosto, il percorso interpretativo che muove dal principio generale – che la Carta intende "riaffermare" – ai fini di modellare il significato dei diritti e principi da essa enunciati.

Un richiamo alla fonte codificata si riscontra, invece, qualora vengano in considerazione dei principi, in particolare diritti fondamentali, che non trovano uno sviluppo rilevante nella giurisprudenza precedente alla codificazione, come è il caso, ad esempio, della libertà di religione[110] e del diritto di associazione[111]. L'ancoraggio alla fonte scritta consente, specie dinanzi a situazioni controverse ed eticamente o politicamente sensibili, di disporre di una base più solida in quanto espressione e risultato del raggiungimento di un consenso politico. Il riferimento al principio codificato permette, altresì, di contrastare le eventuali critiche nei confronti di un eccessivo attivismo giudiziale e di un ruolo quasi legislativo svolto dalla Corte di giustizia nella elaborazione dei principi generali; a tal fine anche le formule generiche, molto frequenti nella giurisprudenza, con le quali si indica che un principio risulta "ora" anche dalla Carta può svolgere un ruolo non indifferente, rafforzando la legittimazione della Corte pure quando essa si fonda – direttamente o attraverso la giurisprudenza precedente alla codificazione – sul principio non scritto corrispondente.

A ciò si aggiunge che la codificazione, indipendentemente dal ruolo

[110] Cfr. CGUE, sentenza 29 maggio 2018, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen VZW e a.*, causa C-426/16.

[111] Cfr. CGUE, sentenza 18 luglio 2013, *Mark Alemo-Herron e altri* c. *Parkwood Leisure Ltd.*, causa C-426/11.

che concretamente è riservato dalla giurisprudenza al principio oggetto della codificazione, porta di per sé stessa a rafforzare il valore dei principi generali in quanto ne garantisce una maggiore visibilità, come dimostra il forte incremento, sopra segnalato, di rinvii pregiudiziali che richiamano la Carta, talora anche al di fuori dell'ambito applicativo delimitato dalle sue disposizioni orizzontali[112]. Parimenti, la codificazione attraverso una regola materiale inserita in un atto derivato porta a rafforzare l'incidenza concreta del principio, definendo taluni obblighi che specificamente ne derivano. In questa prospettiva, la codificazione contribuisce alla diffusione e al rispetto dei principi generali, accrescendone verosimilmente l'impatto negli ordinamenti nazionali, anche quando il significato ad essi attribuito non si discosta da quello in precedenza già accolto dalla Corte di giustizia in relazione alla fonte non scritta.

Un'ulteriore ipotesi di lettura della prassi esaminata porta a suggerire che una preferenza potrebbe essere riservata da parte della Corte alla fonte idonea a garantire l'effetto diretto della norma rilevante. Ciò risulta evidente allorché si privilegi il ricorso al principio non scritto produttivo di effetti diretti orizzontali rispetto alla direttiva che provvede ad esprimerlo. In relazione ai principi codificati nella Carta, invece, sembra risultare, come si è sopra segnalato, un circuito interpretativo per il quale la già affermata idoneità a produrre effetti diretti del principio generale comporta che il medesimo effetto sia riconosciuto alla corrispondente disposizione della Carta, come è avvenuto in relazione sia al divieto di discriminazione[113] sia al diritto alla tutela giurisdizionale effettiva[114]. Allorché si tratti, invece, di principi generali che non hanno avuto diretta applicazione prima della loro codificazione, si manifesta nella giurisprudenza la tendenza ad ammettere l'idoneità a produrre effetti diretti della corrispondente disposizione della Carta[115]; in tali casi assume rilievo il

[112] Il preambolo della Carta esprime tale obiettivo indicando la necessità di rafforzare la tutela dei diritti fondamentali "rendendo tali diritti più visibili in una Carta". Riguardo alla rilevanza della Carta nella giurisprudenza nazionale, mi permetto di rinviare a quanto riferito nello scritto *La rilevanza della Carta dei diritti fondamentali nella giurisprudenza interna: qualche riflessione per un tentativo di ricostruzione sistematica*, in *Studi sulla integrazione europea*, 2018, p. 29 ss.

[113] CGUE, *Association de médiation sociale*, cit., par. 47.

[114] Cfr. CGUE, *Egenberger*, cit., par. 82: "un giudice nazionale investito di una controversia tra due privati, è tenuto, qualora non gli sia possibile interpretare il diritto nazionale vigente in modo conforme all'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2000/78, ad assicurare, nell'ambito delle sue competenze, la tutela giuridica spettante ai singoli in forza degli articoli 21 e 47 della Carta e a garantire la piena efficacia di tali articoli, disapplicando all'occorrenza qualsiasi disposizione nazionale contraria".

[115] Arrivando a negare la idoneità della disposizione a produrre effetti diretti (come nella sentenza *Association de médiation sociale*, causa C-176/12, par. 47) ovvero a rico-

principio codificato, la cui adeguatezza a produrre effetti diretti è valutata in base ai medesimi parametri utilizzati riguardo alle altre fonti scritte, in particolare alle disposizioni dei Trattati. Ciò sembra delineare una tendenza a privilegiare la fonte codificata nella Carta allorché si accerti l'idoneità di tale fonte a produrre effetti diretti, ancor più se di tipo orizzontale, evidenziando come una funzione "suppletiva" della mancanza di effetti diretti orizzontali di direttive possa essere svolta anche dai principi codificati nella Carta[116]. Considerato lo stretto legame costruito tra il contenuto dei principi generali e quello delle disposizioni che li codificano, non è da escludere che possa in futuro manifestarsi un riferimento ai principi (ed alla giurisprudenza maturata in relazione ad essi) con la funzione di contribuire ad integrare i parametri di chiarezza e precisione necessari ai fini di riconoscere l'idoneità di disposizioni della Carta a produrre effetti diretti. In altre parole, l'interpretazione della Carta alla luce del principio generale e della relativa giurisprudenza potrebbe chiarire il significato della Carta stessa al punto da contribuire a determinarne l'adeguatezza ai fini della diretta invocabilità.

Alla luce degli indirizzi giurisprudenziali sopra delineati, la codificazione non sembra precludere alla Corte, secondo i criteri ermeneutici che essa normalmente accoglie[117], la possibilità di effettuare un'inter-

noscerla, come nella sentenza nel caso *Bauer e al*., in applicazione dei consueti criteri a tal fine utilizzati.

[116] Nella sentenza nel caso *Bauer e al*., la Corte, dopo aver ribadito che "una disposizione di una direttiva volta a conferire diritti o a imporre obblighi ai privati non può essere applicata in quanto tale nell'ambito di una controversia che ha luogo esclusivamente tra privati" (par. 77), si fonda sull'art. 31, par. 2, della Carta ritenuto idoneo a determinare la disapplicazione della norma interna incompatibile. Infatti, il diritto a un periodo di ferie annuali retribuite sancito da tale disposizione "riveste […] carattere allo stesso tempo imperativo e incondizionato […]"; la disposizione è perciò "di per sé sufficiente a conferire ai lavoratori un diritto invocabile in quanto tale in una controversia contro il loro datore di lavoro, in una situazione disciplinata dal diritto dell'Unione e, di conseguenza, rientrante nell'ambito di applicazione della Carta" (par. 85). Il carattere innovativo di tale orientamento risalta nel confronto con la sentenza nel caso *Fenoll* (26 marzo 2015, causa C-316/13), nella quale la Carta non era applicabile *ratione temporis* e la direttiva rilevante nel giudizio non poteva determinare la disapplicazione delle normativa nazionale in una controversia tra privati. Cfr. anche CGUE, sentenza 22 gennaio 2019, *Achatzi*, causa C-193/17, nella quale la Corte, in relazione al divieto di discriminazioni fondate sulla religione e sulle convinzioni personali afferma che tale divieto, sancito dall'art. 21, par. 1, della Carta, "è di per sé sufficiente a conferire ai privati un diritto invocabile in quanto tale nell'ambito di una controversia che li vede opposti in un settore disciplinato dal diritto dell'Unione" (par. 74).

[117] Come è stato osservato, non sembra infatti che la codificazione abbia un "preemptive character": SCHMIDT, *The Shadow of Case Law. The Court of Justice of the European Union and the Policy Process*, in RICHARDSON, MAZEY (eds), *European Union. Power and Policy-Making*, London, 2000, p. 159 ss. Sull'incidenza della giurisprudenza

pretazione evolutiva del principio codificato allorché si determinino circostanze atte a giustificare una visione innovativa. La definizione molto generale dei principi che si riscontra nella gran parte delle regole codificate lascia spazio ad indirizzi giurisprudenziali che considerino la evoluzione normativa e sociale. Neppure è da escludersi la possibilità che siano individuati nuovi principi generali, evitando che la codificazione, in particolare nella Carta, cristallizzi il sistema delle fonti, in luogo di svolgere un ruolo di promozione della tutela consentendo lo sviluppo del diritto vivente.

Si può infine osservare come la rilevata compresenza delle fonti di riferimento, che risultano spesso inestricabilmente intrecciate nelle pronunce senza che appaia una distinzione netta tra il principio non scritto e quello codificato[118], potrebbe essere oggetto di rilievi critici in quanto formalmente poco rigorosa ed altresì di difficile comprensione e prevedibilità per i giudici nazionali; d'altra parte, la flessibilità nell'utilizzo delle fonti consente alla Corte di giustizia, sia pure con un approccio pragmatico e non di rado casistico, di assicurare la coerenza del sistema e la sua adeguatezza alle specifiche esigenze dell'ordinamento dell'Unione. Con riguardo più in particolare ai diritti fondamentali, un approccio improntato alla flessibilità permette di limitare i rischi di frammentazione normativa che implica la coesistenza dei principi generali e della Carta prevista dall'art. 6 TUE, portando a sviluppare, invece, un rapporto sinergico e di mutua integrazione tra le fonti scritte e quelle di origine giurisprudenziale.

rispetto allo sviluppo normativo dell'Unione v. BLAUBERGER, SCHMIDT, *The European Court of Justice and its political impact*, cit., p. 907 ss.

[118] Oltre alla giurisprudenza sopra esaminata, si può notare come un atteggiamento di flessibilità nei riferimenti alle fonti risulti con evidenza, tra l'altro, dalla sentenza 12 aprile 2018, *A e S*, causa C-550/16: la Corte dichiara di dover risolvere la questione in via pregiudiziale, "tenendo conto del contesto normativo nel quale essa si inserisce nonché dei principi generali del diritto dell'Unione"; nel merito essa, tuttavia, richiama la Carta ai fini della interpretazione di alcune direttive, concludendo che un'interpretazione restrittiva contrasterebbe con l'obiettivo da queste perseguito "di garantire che, conformemente all'articolo 24, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali, l'interesse superiore del minore sia effettivamente considerato preminente dagli Stati membri al momento dell'applicazione di tali direttive" (par. 58).

IL CONTROLLO INTERNAZIONALE TRA STANDARDIZZAZIONE, COORDINAMENTO E "CONTAMINAZIONE"

Leonardo BORLINI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Diffusione dei meccanismi di controllo internazionale: cenni – 3. Evoluzione e standardizzazione del controllo internazionale. – 4. Coordinamento tra meccanismi di controllo. – 5. "Contaminazione". – 6. *Segue*: funzione quasi-giudiziaria? – 7. Note conclusive.

1. Introduzione

Associare l'esperienza della codificazione nel diritto internazionale e le attività dei meccanismi di controllo internazionale non è immediato. Le funzioni a cui assolvono i due istituti sono chiaramente differenti: l'utilizzo dello strumento della codificazione nel diritto internazionale si ha essenzialmente per esigenze di certezza del diritto e, come ampiamente dimostrato nel corso del convegno, ha tipicamente ad oggetto settori ben definiti. Il controllo internazionale assolve, invece, ad una funzione di garanzia dell'organizzazione internazionale e, come vedremo, si è diffuso negli ultimi decenni in tutte o quasi le aree del diritto internazionale. Eppure, benché non palesi, alcuni significativi nessi mi sembrano esistere.

In primo luogo, sia nelle esperienze contemporanee di codificazione che nelle variegate attività dei meccanismi internazionali di controllo divengono progressivamente marcati l'iniziativa e il ruolo delle organizzazioni internazionali. Per la codificazione del diritto internazionale, tali enti rappresentano, infatti, la cornice che meglio si presta a valutare gli interessi generali dell'ordinamento; per il controllo internazionale, una delle sedi istituzionali dove tipicamente si possono articolare e svolgere le relative attività. Quando ciò, in effetti, accade, possono verificarsi alcune dinamiche rilevanti per la nostra indagine. Anzitutto, l'esistenza di un'organizzazione internazionale che patrocina la conclusione di stru-

* Ricercatore a tempo determinato di Diritto internazionale, Università Bocconi di Milano.

menti pattizi su materie affini tra i suoi membri, e in cui si articolano e operano i meccanismi di controllo di tali trattati può far sì che il patrimonio conoscitivo rappresentato dal sindacato esercitato dai meccanismi internazionali di controllo operativi in un dato momento sia utilizzato per affinare la disciplina sostanziale di nuovi strumenti pattizi o, emendandoli, di quelli esistenti[1]. Inoltre, la progressiva importanza delle organizzazioni internazionali per le attività di controllo internazionale facilita, come meglio osserverò, il coordinamento formale o informale di meccanismi di controllo internazionali diversi e la loro reciproca contaminazione.

Ciò mi porta ad evidenziare un secondo nesso tra codificazione e attività di controllo. La prassi dimostra ampiamente che gli organi controllanti non si sono limitati ad applicare i precetti stabiliti dai trattati internazionali corrispondenti, ma sono spesso andati oltre – tra l'altro, svolgendo e precisando il contenuto di regole e principi sanciti solo implicitamente o in termini generici nei predetti atti e che, nel farlo, hanno spesso considerato l'esito di meccanismi di controllo differenti. L'influenza reciproca tra organi internazionali di controllo diversi può pertanto, nei fatti, divenire un'importante via di coordinamento informale e d'interazione materiale tra gli stessi strumenti pattizi oggetto di supervisione, tra accordi di carattere universale e accordi regionali, tra strumenti di codificazione diversi.

Infine, si può evidenziare un'affinità tra codificazione del diritto internazionale e controllo internazionale qualora si dimostri che, evolvendosi, i meccanismi internazionali di controllo si siano assestati su modelli unitari, omogenei almeno nell'ambito di settori determinati del diritto internazionale.

Concludendo lo studio monografico del 1971 sul controllo internazionale[2], Antonio Cassese ripercorreva i principali risultati della ricerca condotta. Più che i fondamentali conseguimenti relativi agli aspetti giuridici-dommatici – la compiuta analisi della funzione di garanzia tra le funzioni di organizzazione dell'ordinamento internazionale; la ricostru-

[1] Questa dinamica ha interessato, ad esempio, le diverse convenzioni di diritto internazionale penale per il contrasto a condotte criminose come crimine organizzato, corruzione, riciclaggio e finanziamento del terrorismo. L'esito del monitoraggio dei trattati conclusi in tempo più risalente ha spesso costituito uno degli *input* principali per la disciplina di temi trasversali (*e.g.* prevenzione e responsabilità delle persone giuridiche) durante i negoziati di quelli successivi. Tipicamente ciò è avvenuto per trattati patrocinati da organizzazioni internazionali differenti ovvero, nel caso di strumenti su materie affini ma non identiche, sotto gli auspici del medesimo ente.

[2] CASSESE (A.), *Il controllo internazionale. Contributo alla teoria delle funzioni di organizzazione dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1971.

zione dell'istituto del controllo internazionale come *species* a sé del *genus* degli istituti di garanzia dell'integrità dei valori giuridici del medesimo ordinamento contro attività o fatti che potrebbero infrangerla e, quindi, la distinzione tra gli organi internazionali di controllo e quelli "puri" di accertamento del diritto[3] – mi è utile riprendere un ulteriore esito dello studio, strettamente legato ai primi, ma che egli collocava in una prospettiva più ampia di quella propria della dommatica giuridica, vale a dire in "un'ottica nella quale acquista rilievo il rapporto tra fenomeni giuridici e la società internazionale nel cui ambito essi si collocano" [4]. Cassese osservò che, nell'ambito dei procedimenti internazionali di controllo, normalmente si rivelano "vari fenomeni metagiuridici o pregiuridici che vengono a manifestarsi in seno alla società internazionale", soprattutto, l'"emergere di nuovi orientamenti degli Stati, [l']affiorare di interessi ed esigenze per l'innanzi sconosciuti o scarsamente avvertiti, [il] delinearsi di finalità" che, prima d'allora, gli Stati non perseguivano o perseguivano di rado[5]. Rispetto a questi fenomeni, la "predisposizione di procedimenti internazionali di controllo si pone come uno dei modi in cui siffatte tendenze ed esigenze vengono soddisfatte sul piano giuridico-formale"[6].

Le conclusioni formulate da Cassese sul *ruolo sociale* della funzione di controllo internazionale, unite all'osservazione della prassi moderna dei meccanismi istituiti per assicurarne l'assolvimento nell'ambito di certi c.d. "*self-contained regimes*"[7], stimolano alcune riflessioni a cui

[3] Per meglio significare il contributo di Cassese ricordo che, a seguito di un lungo e complesso travaglio dottrinale, le funzioni di organizzazione dell'ordinamento internazionale erano state precedentemente individuate nelle "sole" funzioni di produzione, accertamento e realizzazione coercitiva del diritto. Limitandomi alla dottrina italiana, rinvio anzitutto all'originaria formulazione della teoria delle funzioni di organizzazione dell'ordinamento internazionale di AGO, *Lezioni di diritto internazionale*, Milano, 1943, pp. 77-79, 95-96, secondo una concezione poi accolta, sia pure con sfumature diverse e con l'apporto di nuovi contributi, da autori come ZICCARDI, *La Costituzione dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1943, pp. 104-108, 320-326; GIULIANO, *Considerazioni sulla costruzione dell'ordinamento internazionale*, in *Comunicazione e Studi*, II, Milano, 1946, pp. 176-180; FERRARI BRAVO, *La prova nel processo internazionale*, Napoli, 1958, pp. 12-13, 16, 41, 47; ARANGIO-RUIZ, *Reflections on the Problem of Organizations of Integrated and non Integrated Societies*, in *Riv. dir. int.*, 1961, pp. 600-601; MALINTOPPI, *De la notion d'organisation en droit international*, in *Recueil d'études de droit international en hommage à P. Guggenheim*, Genève, 1968, p. 830.

[4] CASSESE (A.), *Il controllo internazionale*, cit., p. 283.

[5] *Ibidem*.

[6] *Ibidem.*

[7] Come noto, l'espressione fu usata nel 1980 dalla CIG in relazione alle norme internazionali che regolano il diritto diplomatico e consolare (CIG, sentenza del 24 maggio 1980, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America*

vorrei dedicare questo contributo. Esse permettono, inoltre, di collegare il tema del controllo internazionale all'oggetto principale del convegno, indagando i nessi sopra menzionati.

La prassi che investigò Cassese era sì incrementale[8], ma, ovviamente, molto limitata rispetto a quanto è dato assistere oggi. Avendo a mente la ricchezza dei fenomeni sociali che si manifestano tramite i meccanismi di controllo nel diritto internazionale contemporaneo, mi pare pertanto opportuno chiedersi anzitutto se e in che misura la proliferazione, il funzionamento e la stessa evoluzione di tali procedimenti dia evidenza di una loro progressiva convergenza, di una sorta, cioè, di *standardizzazione* della loro struttura e funzionamento[9], che, nei fatti, faccia quasi le veci di un procedimento di codificazione in senso formale[10].

In secondo luogo, vorrei verificare se la prassi dei moderni meccanismi internazionali di controllo in settori diversi del diritto internazionale consenta di individuare nuovi fenomeni (non importa ora specificare se meta-, pre- o propriamente giuridici) che, nella prospettiva della frammentazione, già ampiamente evocata nel corso del convegno, si concretizzino anche nello sviluppo di strumenti diretti a permettere o facilitare il coordinamento tra procedimenti di controllo diversi e nella reciproca contaminazione dell'esito di questi procedimenti. Riguardo a quest'ultimo aspetto, in particolare, mi domando se la contaminazione tra meccanismi internazionali di controllo influisca anche sulla possibilità che essi contribuiscano a diffondere significati determinati dei concetti giuridici e delle norme dei trattati oggetto di supervisione che siano poi, per così dire, "generalmente accettati" (perlomeno) nella dialettica che in ognuno di tali procedimenti s'instaura tra l'ente controllante e il consesso, più o meno ampio, dei soggetti controllati. A margine della questione appena accennata, è forse opportuno spendere alcune brevissime consi-

v. *Iran)*, in *I.C.J. Reports 1980*, p. 40, par. 86), per indicare un sistema di norme autonomo e completo che disciplina un dato settore del diritto internazionale. Cf. anche *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from Diversification and Expansion of International La*w, *Report of the Study Group of the ILC finalized by Martti Koskeniemmi*, UN doc. A/CN.4/L.682, 13 aprile 2006. Per un'approfondita riflessione, v. SIMMA, *Self-contained Regimes*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985, p. 111 ss.

[8] CASSESE (A.), *Il controllo internazionale*, cit., *passim* e, spec., pp. 231-253.

[9] Uso qui il termine "standardizzazione" nella sua accezione comune di riduzione ad un unico tipo e modello, notando solo che il fenomeno non è assolutamente estraneo al diritto internazionale, come lucidamente documenta, tra gli altri, KOHEN, *Europe and the Standardization of the Law: Past and Present*, in KIERZKOWSKI (ed.), *Europe and Globalization*, London, 2002, p. 87 ss.

[10] Devo ad un confronto con il Professor Luigi Condorelli la riflessione da cui emerge il quesito sopra formulato.

derazioni su un ulteriore quesito, ovvero quello relativo al valore che, secondo il diritto internazionale, assume l'interpretazione che gli organi del controllo internazionale rendono delle norme la cui attuazione è oggetto di verifica.

2. Diffusione dei meccanismi di controllo internazionale: cenni

I sistemi internazionali di controllo sono oggi ampiamente diffusi in vari settori del diritto internazionale[11], specialmente per il monitoraggio di accordi che stabiliscono obblighi a realizzazione progressiva[12] e, in generale, trattati la cui corretta attuazione non può essere assicurata dal solo principio di reciprocità[13]. Oltre a numerosi trattati in materia di tutela e promozione dei diritti umani[14], sono assistiti da procedure di control-

[11] Per una documentata panoramica di sintesi dei meccanismi internazionali di controllo contemporanei v. BETZ, KOREMENOS, *Monitoring Processes*, in KATZ COGAN, HURD, JOHNSTONE (eds), *The Oxford Handbook of International Organizations*, Oxford, 2016, p. 581 ss., pp. 581-589.

[12] La nozione di formazione progressiva dell'accordo, conosciuta nella prassi negoziale dei sistemi giuridici di diritto interno, si è estesa da tempo al diritto internazionale. Si tratta, nella maggior parte dei casi, di obblighi volti alla realizzazione di obiettivi di lungo periodo, che richiedono sforzi e azioni non esauribili in una singola prestazione o in un numero predefinito di prestazioni consecutive da parte dei contraenti, e che richiedono dunque l'aggiornamento continuo dei termini dell'accordo per vederne realizzati gli obiettivi fondamentali perseguiti. Cf., *ex multis*, PISILLO MAZZESCHI, *Sulla natura degli obblighi internazionali di tutela dei diritti economici, sociali e culturali*, in VENTURINI, BARIATTI (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale, Liber Fausto Pocar*, vol. I, Milano, 2009, p. 715 ss.

[13] Così, tra gli altri, ULFSTEIN, *Treaty Bodies and Regimes*, in HOLLINS (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford, 2014, pp. 428, 439-442; SCHMALENBACH, *International Organizations or Institutions, Supervision and Sanctions*, in *MPEPIL*, 2014, parr. 1, 19.

[14] Otto dei nove trattati sui diritti umani promossi dalle Nazioni Unite beneficiano di un meccanismo di supervisione: la Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, 7 marzo 1966, 666 *UNTS* 212; il Patto sui diritti civili e politici, 16 dicembre 1966, 999 *UNTS* 171; il Patto sui diritti economici, sociali e culturali, 16 dicembre 1966, 993 *UNTS* 3; la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne, 18 dicembre 1979, 1249 *UNTS* 13; la Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, 10 dicembre 1984, 1465 *UNTS* 112; la Convenzione sui diritti dell'infanzia, 20 novembre 1989, 1577 *UNTS* 3; la Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie, 8 dicembre 1990, 2220 *UNTS* 3; la Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata, 20 dicembre 2006, UN doc. A/RES/61/177; la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, 13 dicembre 2006, 2515 *UNTS* 3. Nel settore in esame meccanismi internazionali di controllo sono stati istituiti anche a livello regionale. V., per tutti, TOMUSCHAT, *Human Rights. Between Idealism and Realism*, 3rd ed., Oxford, 2014, pp. 183-276.

lo gli accordi di diritto internazionale umanitario[15]; le più importanti convenzioni internazionali in materia ambientale[16]; i trattati multilaterali di liberalizzazione del commercio internazionali[17]; quelli sulla non-proliferazione delle armi di distruzione di massa[18]; sempre più frequentemente, le convenzioni internazionali in materia penale[19]. I trattati in esame, in effetti, si caratterizzano per la circostanza che all'attuazione dei relativi obblighi da parte di uno Stato non corrisponde un'utilità immediata per gli altri contraenti, poiché essa si traduce tipicamente in modifiche interne all'ordinamento giuridico nazionale da questi difficilmente osservabili[20]. Tuttavia, non tutti i corrispondenti meccanismi interna-

[15] Due sono i meccanismi tradizionalmente posti a garanzia del diritto bellico: il meccanismo delle Potenze protettrici, regolato dalle Convenzioni di Ginevra del 1949 e dal I Protocollo addizionale del 1977 e la Commissione internazionale di accertamento dei fatti previsto dall'art. 90 dello stesso I Protocollo. Per il testo delle convenzioni, cfr. GREPPI, VENTURINI, *Codice di diritto internazionale umanitario*, 3a ed., Torino, 2012. Più di recente, in dottrina si è avanzata la proposta di creare un meccanismo internazionale di supervisione della condotta delle Potenze occupanti e del rispetto da parte di queste ultime degli obblighi stabiliti dal diritto internazionale umanitario, cf. BEN-NAFTALI, *Belligerent Occupation: A Plea for the Establishment of an International Supervisory Mechanism*, in CASSESE (A.) (ed.), *Realizing Utopia. The Future of International Law*, Oxford, 2012, p. 538 ss., p. 551.

[16] In tema v., ampiamente, TREVES, TANZI, PINESCHI, PITEA, RAGNI, ROMANIN JACUR (eds), *Non-Compliance Procedures and Mechanisms and the Effectiveness of International Environmental Agreements*, The Hague, 2009.

[17] Il riferimento è al *Trade Policy Review Mechanism* (TPRM), istituito nel quadro dell'Organizzazione Mondiale del Commercio.

[18] Su tutti ricordo esemplificativamente il peculiare regime istituito per la verifica degli obblighi disposti dal Trattato di non proliferazione nucleare, 1° luglio 1968, 729 *UNTS* 161.

[19] Al contrario di autori come BOISTER, *The Concept and Nature of Transnational Criminal Law*, in BOISTER, CURRIE (eds), *Routledge Handbook of Transnational Criminal Law*, New York, 2015, p. 11 ss., ritengo che il c.d. "diritto penale transnazionale" sia semplicemente una delle contemporanee espressioni del diritto penale internazionale e non un settore a sé stante del diritto internazionale. Tanto nel caso dei c.d. crimini internazionali *stricto sensu*, quanto in quello di fattispecie diverse, che si caratterizzano *anche* perché sovente la condotta può frazionarsi sul territorio di più Stati o perché il bene giuridico offeso può non riguardare immediatamente lo Stato obbligato, gli obblighi di introdurre come reato penale e perseguire una determinata condotta discendono, comunque, da una norma internazionale. Diversa può essere, ovviamente, la natura di quella norma, che, a seconda dei casi, è una norma consuetudinaria (anche di *ius cogens*) o una norma pattizia. Sul punto v. anche O'KEEFE, *International Criminal Law*, Oxford, 2015, spec. pp. 66-67, 84, 229-249. Per una prima trattazione dei meccanismi internazionali di controllo operativi in tale campo del diritto penale internazionale, v. ROSE, *Treaty Monitoring and Compliance in the Field of Transnational Criminal Law*, in *Brill Research Perspectives in Transnational Crime*, vol. 2, 2018, p. 40 ss., dalla cui analisi sono però significativamente esclusi tutti i meccanismi operativi in ambito regionale.

[20] L'oggetto del controllo internazionale consiste raramente in attività che gli Stati compiono nell'ambito delle relazioni internazionali, trattandosi solitamente di atti *interni*

zionali di controllo presentano il medesimo livello di sofisticatezza. Ciò risulta evidente anche guardando alla composizione dei relativi organi. Talvolta, si tratta delle sole conferenze degli Stati parti dei relativi trattati, senza ulteriore articolazione; in altri casi, di organi *ad hoc* delle organizzazioni internazionali che hanno patrocinato l'adozione dei rilevanti trattati; a volte, di sistemi più compositi, in cui a organi plenari, assistiti dal segretariato dell'organizzazione internazionale patrocinante il trattato oggetto di supervisione, sono affiancati organi di individui indipendenti con compiti diversi (gestione di reclami, assistenza tecnica, funzione consultiva, ecc.).

Accanto agli aspetti che, oggi come ieri, delineano i connotati essenziali del controllo internazionale[21], in settori come la tutela e promozione dei diritti umani, la salvaguardia dell'ambiente e il diritto penale internazionale è possibile osservare una progressiva articolazione di taluni elementi, l'affinamento delle fasi in cui il procedimento internazionale di controllo tipicamente consta e lo sviluppo di nuove tendenze, in parte già affermate nella prassi, in parte solo accennate, alcune oggetto di discussione per la futura revisione dei sistemi esistenti[22]. È rispetto a tali settori che devo necessariamente limitare le mie considerazioni: nelle materie in esame, il controllo internazionale non è solo proliferato, ma, mi pare, anche significativamente *evoluto*, palesando, tra l'altro, alcune tendenze di carattere generale.

Diversamente, il controllo internazionale si è rivelato ampiamente inefficace nel settore del diritto internazionale umanitario[23]; mentre, data la peculiarità del loro oggetto, il funzionamento della procedura di supervisione istituita dai trattati commerciali multilaterali e del meccani-

(*recte*: di atti interni in quanto manifestazioni che permettono di valutare il comportamento degli Stati rispetto all'attuazione degli impegni pattizi). Cf. DUPUY, KERBRAT, *Droit international public*, 13ème ed., Paris, 2016, pp. 519-520 e ZANGHÌ, voce *Controlli internazionali*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XI, Roma, 1988, p. 4.

[21] I tratti strutturali dell'istituto sono ampiamente conosciuti. Per un penetrante esame della funzione di controllo internazionale come manifestatasi nei decenni immediatamente successivi alla conclusione del secondo conflitto mondiale v. ZANGHÌ, *La funzione di controllo negli Enti internazionali*, Milano, 1966.

[22] Cf. DE FROUVILLE, *Building a Universal System for The Protection of Human Rights: The Way Forward*, in BASSIOUNI, SHABAS (eds), *New Challenges for the UN Human Rights Machinery. What Future for the UN Treaty Body System and the Human Rights Council Procedures*, Cambridge, 2011, p. 241; JAQUES, *Towards a 21st Century Treaty Body System*, WP1574, 2017, disponibile sul sito internet: www.wiltonpark.org.uk.

[23] CASSESE (A.), *Current Challenges to International Humanitarian Law*, in CLAPHAM, GAETA (eds) *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflicts*, Oxford, 2014, p. 3 ss., p. 12; RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, 6a ed., Torino, 2017, p. 214.

smo di sorveglianza del Fondo Monetario Internazionale (FMI) non consente deduzioni e paragoni significativi[24]. Lo stesso può dirsi, per varie ragioni, dei sistemi di controllo istituiti nell'ambito della non proliferazione delle armi di distruzioni di massa. Come si può agevolmente evincere dall'attività di verifica svolta dall'Agenzia Internazionale per l'Energia Atomica (AIEA) rispetto al Trattato di non proliferazione nucleare del 1968, in questo settore l'elemento diplomatico e gli interessi di sicurezza sono generalmente soverchianti[25]. Inoltre, l'architettura di alcuni meccanismi – così, ad esempio, la c.d. ispezioni su "*challenges*" previste dall'art. IX(2) della Convenzione sulle armi chimiche[26] – si è dimostrata incapace di stimolare un funzionamento regolare degli strumenti di verifica più incisivi. Altri sistemi, pur sulla carta potenzialmente penetranti e affidati ad organismi internazionali dedicati, non sono mai entrati in funzione[27].

3. Evoluzione e standardizzazione del controllo internazionale

Guardando ai principali trattati nelle tre materie che maggiormente interessano – ambiente, diritti umani e diritto penale – è agevole concludere che, negli ultimi anni, la previsione di meccanismi internazionali di controllo è divenuta la norma sia negli accordi a vocazione universale che in quelli di carattere regionale[28]. Tale circostanza è, ovviamente, di

[24] Sulle particolarità dei meccanismi menzionati v., rispettivamente, COLLINS-WILLIAMS, WOLFE, *Transparency as a Trade Tool: The WTO's Cloudy Windows*, in *World Trade Review*, 2010, pp. 551-81 e ADINOLFI (G.), *Poteri e interventi del Fondo monetario internazionale*, Milano, 2012, spec. pp. 115-122.

[25] Non deve, inoltre, dimenticarsi che l'ampiezza dei poteri di verifica dell'AIAE dipende, per ciascuno Stato parte del Trattato del 1968, dal regime stabilito dai protocolli addizionali negoziati per le norme di salvaguardia. V. RONZITTI, *Aspetti generali del disarmo,* in MARCHISIO (a cura di), *La crisi del disarmo nel diritto internazionale*, Napoli, 2009, p. 101 ss.; GILLAN, *The Non-Proliferation Regime and the* NPT, in BLACK-BRANCH, FLECK (eds), *Nuclear Non-Proliferation in International Law*, vol. I, The Hague, 2014, p. 85 ss.

[26] Convenzione sulla proibizione dello sviluppo, produzione, immagazzinaggio ed uso di armi chimiche e sulla loro distruzione, 3 settembre 1992, 1975 *UNTS* 45.

[27] È il caso dell'Organizzazione per il sostegno del Trattato sul Bando Totale degli Esperimenti Nucleari, 10 settembre 1996, in *ILM*, 1996, p. 1439, su cui v. VENTURINI, *Test-Bans and the Comprehensive Test Ban Treaty Organization*, in BLACK-BRANCH, FLECK, *op. cit.*, pp. 133, 145-7. Come risaputo, il Trattato in esame non è entrato in vigore.

[28] Ne è dato ampiamente conto per il settore dell'ambiente, ad esempio, da TREVES ET AL., *Non-Compliance Procedures*, cit., p. 5 ss.; per quello dei diritti umani, tra gli altri, da TOMUSCHAT, cit., p. 183-276. ROSE, *Treaty Monitoring*, cit., pp. 40-50, invece, ha

per sé indice di una convergenza della disciplina procedurale stabilita dai trattati in questione. Ma poco lascia intendere sull'evoluzione dell'istituto, sugli elementi che distinguono i meccanismi di controllo contemporanei da quelli del passato e su di una loro eventuale uniformazione. Studiando la struttura e osservando il funzionamento del controllo internazionale nei tre settori menzionati emergono, invece, alcune notevoli caratteristiche.

Anzitutto, si è articolato il procedimento di supervisione.

La maggior complessità è visibile, *in primis*, nell'architettura istituzionale dei moderni meccanismi di controllo. È frequente la creazione di organi sussidiari permanenti, solitamente incaricati di verificare in prima istanza i rapporti periodici sull'attuazione inviati dai singoli Stati contraenti e poi riferire, con le raccomandazioni del caso, agli organi principali del controllo (normalmente, le c.d. Conferenze degli Stati parti)[29]. Anche il ricorso a comitati di esperti indipendenti nel quadro di procedimenti complessi è oggi più comune[30]. Nel diritto internazionale dell'ambiente, in particolare, è frequente l'istituzione di organi sussidiari con compiti di ausilio e consulenza tecnica e scientifica, come avviene per i c.d. *Expert Review Teams*, stabiliti nel quadro del Protocollo di Kyoto per fornire alle parti la più ampia assistenza tecnica su tutti gli aspetti dello stesso Protocollo[31]. A tali funzioni possono affiancarsi

recentemente sostenuto che vi sono ragioni di ordine giuridico, sociologico e politico che spiegano la minore diffusione dei meccanismi di controllo internazionale nel settore del diritto internazionale penale. A mio modo di vedere l'assunto non è corretto, o meglio lo è dal punto di vista quantitativo unicamente se si considerano i soli trattati negoziati in seno all'Assemblea generale dell'ONU, e non, ad esempio, quelli negoziati in ambito regionale (come accennato, non presi in considerazioni dall'Autrice).

[29] Per un'estesa esemplificazione v., *ex multis*, ULFSTEIN, *op. cit.*, p. 443; TOMUSCHAT, *op. cit.*, pp. 214-37; ARNONE, BORLINI, *Corruption. Economic Analysis and International Law*, Cheltenham/Northampton, 2014, pp. 448-478; RÖBEN, *Environmental Treaty Bodies* in *MPEPIL*, 2015, par. 16-26.

[30] Sull'importanza di questi organi v. CASSESE (A.), *I diritti umani oggi*, Bari, 2005, pp. 216-7. I comitati di esperti sono oggi diffusi anche nell'ambito dei meccanismi di sorveglianza dei trattati in materia di lotta contro la tratta di essere umani. V. FORLATI, *Monitoring Compliance with International Obligations in the Field of Human Trafficking; Towards a "Systemic Integration" of Control Mechanisms?*, in MARCHISIO, CURTI GIALDINO, CADIN, MANCA (a cura di), *Scritti in memoria di Maria Rita Saulle*, Napoli, 2014, 621, 623-4.

[31] United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), Decision 23/CP.7, "Guidelines for Review under Article 8 of the Kyoto Protocol" (Report of the Conference of the State Parties on its Seventh Session Marakkesh 29 October – 1 November 2001), Annex [4] and [48(b)(iv)]. Analogamente, la Convenzione di Rotterdam sulla procedura del consenso informato *a priori* per alcuni prodotti chimici e pesticidi pericolosi nel commercio internazionale, 10 settembre 1998, 2245 *UNTS*, p. 337, prevede un Comitato di esame dei prodotti chimici composto da un numero ristretto di

competenze ulteriori come la revisione di norme specifiche dei trattati oggetto di supervisione sulla base del loro stato di attuazione, a cui può seguire la proposizioni di emendamenti[32]; lo sviluppo della cooperazione materiale tra le parti dei trattati oggetto di supervisione attraverso l'adozione di nuovi impegni e la conclusione di intese con Stati terzi, organizzazioni internazionali e, come vedremo, organi di controllo di altri trattati[33]. Qualora sia istituito un meccanismo di contestazione individualmente azionabile da singole parti o da soggetti a ciò legittimati, agli organi sussidiari può, infine, essere attribuito il compito di ricevere ed esaminare i reclami – interstatali e individuali – su supposte violazioni della disciplina stabilita dai relativi trattati[34].

In secondo luogo, anche le procedure sono divenute assai più dettagliate, con gli organi delegati alla verifica che fanno normalmente uso, in fasi successive, di un ampio ventaglio di poteri. Tentando di proporre una sistemazione di sintesi, è possibile osservare che, nei settori in esame, il funzionamento dei meccanismi di controllo ha sovente natura retrospettiva[35]. Indefettibili sono il momento iniziale e l'atto finale: rispettivamente, l'invio di rapporti periodici delle parti sullo stato di attuazione dei corrispondenti trattati e la comunicazione alle stesse, a chiusura del procedimento di verifica, di osservazioni e raccomandazioni dirette a stimolare e facilitare l'adempimento dei rispettivi obblighi sotto il profi-

esperti in gestione dei prodotti chimici, designati dai governi delle parti (art. 18, par. 6). Il Comitato ha la funzione di formulare raccomandazioni alla Conferenza delle parti circa l'assoggettamento di un prodotto chimico alla procedura di assenso preliminare con conoscenza di causa e quindi includerlo nell'allegato III (art. 5, par. 6).

[32] SCHEININ, *International Mechanisms and Procedures for Monitoring*, 2nd ed., Turku, 2009, pp. 65-67.

[33] ULFSTEIN, *op. cit.*, pp. 432-33.

[34] È così previsto dalla citata Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale e – come risaputo – successivamente, da numerosi altri trattati in materia di tutela dei diritti umani. V. TOMUSCHAT, *op. cit.*, pp. 238-276. In materia di ambiente, un caso è dato dal sistema di controllo della Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, nota come Convenzione di Aarhus, 25 giugno 1998, 2161 *UNTS* 447, che consente anche a gruppi di cittadini degli Stati contranti di contestare la violazione del Trattato.

[35] Vi sono, in effetti, anche meccanismi con funzione specificamente preventiva. Un caso è il Sottocomitato delle Nazioni Unite sulla prevenzione della tortura, istituito in seno al Protocollo opzionale della Convenzione ONU contro la tortura del 1984, 18 dicembre 2002, 2375 *UNTS* 237, con funzioni fondamentalmente differenti da quelle degli altri organismi di monitoraggio. Ampiamente modellato sullo schema del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, il Sottocomitato OPCAT ha il mandato di condurre visite regolari nei luoghi di detenzione e di formulare raccomandazioni e osservazioni ai Governi e alle autorità competenti per migliorare la condizione delle persone private della loro libertà.

lo della disciplina sia sostanziale che procedurale[36]. È altresì ormai diffusa la prassi di completare la fase istruttoria del procedimento ricercando informazioni da fonti indipendenti e autorevoli, come altre organizzazioni internazionali competenti[37], e, quando previsto dalle regole di procedura, tramite la conduzione di ispezioni e visite sul territorio dello Stato il cui comportamento è oggetto di valutazione. Durante tali visite sono anche possibili confronti con attori esterni all'apparato governativo[38]. La conduzione di visite *in loco*, l'esercizio sempre più frequente di poteri di inchiesta *motu proprio* (soprattutto, nell'ambito dei meccanismi internazionali di controllo istituiti dai trattati sulla protezione dei diritti umani, qualora vi sia un fondato sospetto di gravi violazioni in corso)[39] e il ricorso a veri e propri poteri ispettivi costituiscono, nel loro insieme, uno sviluppo importante, poiché consentono un significativo ampliamento della base conoscitiva necessaria per un'imparziale e adeguata valutazione sull'attuazione dei trattati rilevanti, riducendo il rischio che i procedimenti di verifica vengano indebitamente influenzati dai controllati[40]. La disponibilità di informazioni indipendenti e ulteriori rispetto a quelle fornite dagli Stati controllati permette, infatti, ai membri degli organi di controllo di porre quesiti e condurre verifiche capaci di penetrare la facciata che, talvolta, questi presentano[41].

In terzo luogo, v'è convergenza anche per quanto concerne due fondamentali garanzie procedurali. L'indipendenza degli organi internazionali di controllo, specialmente dagli esecutivi degli Stati parti, viene generalmente assicurata *direttamente*, istituendo organi di individui dotati di adeguati requisiti di indipendenza, prestigio e competenza tecnica (come, di regola, avviene in materia di diritti umani)[42]; *indirettamente*, delegando a organi di individui e/o delle organizzazioni internazionali

[36] ULFSTEIN, *op. cit.*, pp. 439-42.

[37] RODLEY, *The Role and Impact of Treaty Bodies*, in SHELTON (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, 2013, pp. 621 ss., 629.

[38] Prevede, ad esempio, lo svolgimento di visite *in loco* e l'audizione di rappresentanti delle istituzioni politiche, della magistratura, delle forze dell'ordine e della c.d. società civile (come esperti, accademici e membri di ONG), il meccanismo di supervisione della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni commerciali, 17 dicembre 1997, in *ILM*, 1999, p. 1.

[39] KELLER, GLOVER, *General Comments of the Human Rights Committee and Their Legitimacy*, in KELLER, ULFSTEIN (eds), *UN Human Rights Treaty Bodies. Law and Legitimacy*, Cambridge, 2012, p. 116 ss.

[40] CASSESE (A.), *International Law*, Oxford, 2005, pp. 291-295.

[41] VIÑUALES, *Managing Abidance by Standards for the Protection of the Environment*, in CASSESE (A.), *Realizing Utopia*, cit., pp. 326, 338.

[42] RODLEY, *op. cit.*, pp. 624-625.

rilevanti compiti operativi[43] e l'esame dei rapporti dei singoli Paesi precedente alla discussione nell'organo plenario (così, nei trattati in materia di protezione ambientale)[44], o attribuendo l'esame tecnico dei rapporti e il coordinamento dell'intera procedura al segretariato o altro organo dell'organizzazione internazionale (è il caso dei più recenti trattati di diritto penale internazionale)[45]. Nei settori in esame, anche la trasparenza degli esiti del controllo internazionale pare, oggi, di regola garantita. Gli atti finali dei procedimenti di controllo sono, infatti, normalmente resi pubblici nella loro interezza[46].

Anche lo stadio conclusivo della verifica dei rapporti periodici degli Stati sembra ormai seguire un modello abbastanza tipizzato, per "fasi incrementali" (sebbene alcuni procedimenti non le contemplino tutte)[47]. Alla preparazione del rapporto da parte delle autorità dello Stato "esaminato", sovente preceduto dalla sottoposizione di una "lista delle questioni" da parte degli organi del controllo[48], seguono le riunioni preparatorie all'esame vero e proprio, condotte dagli stessi organi internazionali, a termine delle quali, se del caso, si aggiorna la suddetta lista (risultando così una "lista delle questioni post-riunione"). Il rapporto consegnato dallo Stato viene quindi discusso in una sessione pubblica in presenza dei suoi rappresentanti, con cui l'organo controllante instaura un dialogo per quanto possibile costruttivo (secondo un approccio c.d. *non-confron-*

[43] Per esempio, nell'ambito del Protocollo di Kyoto è previsto che un comitato esecutivo eserciti la supervisione del c.d. *Clean Development Mechanism* e prepari le decisioni per la Conferenza delle parti. Il comitato esecutivo svolge vari compiti legati al funzionamento quotidiano del *Mechanism*, incluse le operazioni di accreditamento di enti giuridici e organizzazioni internazionali quali Enti Accreditati (*Designated Operational Entities*, DOE). Ancora, è prevista la costituzione di un *Joint Implementation Committee* (JISC), al quale è attribuita la funzione di validare, al termine delle procedure di verifica, l'effettiva riduzione di emissioni generate da un progetto di *joint implementation* registrato.

[44] V anche FODELLA, *Structural and Institutional Aspects of Non-Compliance Mechanism*, in TREVES *et al*., *Non-Compliance Procedures*, cit., pp. 355, 359-362.

[45] ROSE, *Treaty Monitoring*, cit., pp. 43-45; ARNONE, BORLINI, *Corruption*, cit., pp. 447-448.

[46] Si registrano, peraltro, alcune significative eccezioni, come quella relativa al meccanismo di controllo della Convenzione ONU contro la corruzione, 31 ottobre 2003, 2349 *UNTS* 41: il relativo regolamento di procedura prevede che, qualora lo Stato interessato così determini, l'esito della relativa procedura sia pubblicato solo nella forma di un riassunto esecutivo.

[47] Per alcuni esempi v. FITZMAURICE, REDGWELL, *Environmental Non-compliance Procedures and International Law*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 2000, pp. 35 ss., 42.

[48] RODLEY, *op. cit.*, p. 627.

tational)[49]. A conclusione di tale sessione, invariabilmente, l'organo formula le proprie osservazioni e raccomandazioni sullo stato di attuazione degli impegni pattizi. Può seguire, infine, il c.d. *follow-up* delle raccomandazioni formulate, su cui mi soffermo brevemente a parte.

Le osservazioni contenute nei rapporti conclusivi fungono da guida per la corretta e ulteriore attuazione degli impegni contenuti nei trattati in materia di salvaguardia dell'ambiente, tutela dei diritti umani e diritto penale[50]. Tali documenti includono abitualmente il riconoscimento di quanto fatto dagli Stati esaminati per adempiere ai propri obblighi; l'identificazione delle aree problematiche che richiedono sforzi aggiuntivi e l'individuazione dei passi concreti che i medesimi Stati dovrebbero auspicabilmente compiere per una più completa e adeguata attuazione degli impegni pattizi[51]. Dunque, un elemento che spesso si ravvisa negli atti finali dei meccanismi in esame, da Cassese qualificato come "ottativo"[52], si concreta nella formulazione di raccomandazioni, inviti, sollecitazioni, tutte costituenti semplici manifestazioni di desiderio degli organi controllanti. Quanto alla natura giuridica, siamo evidentemente di fronte ad atti non vincolanti. Tuttavia, ammettere che gli atti finali dei meccanismi internazionali di controllo sono privi di per sé di effetti vincolanti non significa escludere per essi qualsiasi effetto giuridico. In particolare, tali atti possono contribuire a formare le aspettative della comunità internazionale circa il comportamento che lo Stato sottoposto al procedimento di controllo deve tenere ai sensi della rilevante disciplina. Inoltre, possono costituire il presupposto giuridico di altri atti internazionali, capaci di produrre effetti immediati sulla sfera giuridica degli Stati controllati: a valutazioni di adeguatezza delle misure poste in essere o alla constatazione dell'impossibilità di dare attuazione ad uno o più impegni da parte di uno Stato a causa, per esempio, di incapacità tecnica o economica, può seguire l'introduzione di *misure positive*, come incentivi di natura tecnologica o finanziaria ed iniziative di assistenza tecnica, coordinate

[49] L'opportunità di consentire la partecipazione degli Stati il cui comportamento è oggetto di verifica alla discussione finale da parte dell'organo di controllo deve ovviamente bilanciarsi con l'esigenza di prevenire indebite influenze sul processo decisionale che li riguarda. È pertanto auspicabile che le regole di procedura adottate dagli organi internazionali di controllo limitino allo stretto necessario tale coinvolgimento. Sul punto v. Assemblea generale, *Implementation of Human Rights Instruments*, UN doc. A/67/28442, par. 36, Annex 1 (Addis Abeba Guidelines).

[50] Ovviamente, avendo natura sostanzialmente diversa, le decisioni degli organi di controllo sui reclami individuali e interstatuali costituiscono un caso a sé stante.

[51] V., ad esempio, KLABBERS*, Compliance Procedures*, in BODANSKY, BRUNNÉE, HEY (eds), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, 2008, p. 997 ss., pp. 998-1000.

[52] CASSESE (A.), *Il controllo internazionale*, cit., p. 151.

dai rilevanti meccanismi internazionali di controllo e poste in essere dalle organizzazioni internazionali che hanno patrocinato l'adozione dei corrispondenti trattati o da altro ente donatore[53].

Una rilevante tendenza, sinora solo accennata, riguarda il progressivo sviluppo del c.d. *follow-up* (o *suivi*), fase non indefettibile nei moderni procedimenti internazionali di controllo, ma che molti autori ritengono di primaria rilevanza per l'attitudine a influire sulla corretta attuazione dei corrispondenti trattati[54]. Com'è risaputo, in un numero significativo di meccanismi internazionali di controllo, soprattutto nei campi della tutela dei diritti umani e del diritto internazionale penale[55], si sono sviluppate procedure di *follow-up* dirette a stimolare l'aderenza da parte degli Stati controllati alle raccomandazioni contenute nei rapporti che concludono le fasi periodiche di monitoraggio o, nel caso di meccanismi di controllo dotati di sistemi di reclamo individuali o interstatuali, alle indicazioni contenute nelle opinioni espresse sui singoli casi[56]. Nella maggior parte dei trattati considerati non v'è alcuna disposizione che contempla le attività di *follow-up.* Si tratta, quindi, di una prassi successiva sviluppatasi internamente ai meccanismi di controllo, che sembra potersi agevolmente spiegare con la teoria dei poteri impliciti[57].

Ragioni di sintesi impediscono una trattazione sistematica di questa fase, che si risolve invariabilmente in una o più *nuove* raccomandazioni dirette a ciascuno degli Stati controllati, ma i cui snodi variano da settore a settore, quando non da trattato a trattato. Mi interessa, invece, sottolineare che la progressiva articolazione del *follow-up* – che, come osservato, costituisce uno sviluppo abbastanza recente e comune almeno nel

[53] Cf., ad es., DANDURAND, CHIN, *Implementation of Transnational Criminal Law*, in BOISTER, CURRIE, *Transnational Criminal Law*, cit., p. 437 ss., pp. 447-448.

[54] Cf. CASSESE (A.), *Fostering Increased Conformity with International Standards and Institutional Fact-Finding*, in ID., *Realizing Utopia*, cit., p. 295 ss., pp. 300-301; FORLATI, *I meccanismi internazionali di controllo*, in ID. (a cura di), *La lotta alla tratta degli esseri umani fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, Napoli, 2013, p. 29 ss.; ULFSTEIN, *op. cit.*, pp. 441-442; RODLEY, *op. cit.*, pp. 638-639.

[55] Le attività di *follow-up* risultano essere relativamente meno diffuse nell'ambito dei meccanismi di controllo operativi nel diritto internazionale dell'ambiente. Vi sono, nondimeno, anche in questo settore sistemi di *follow-up* abbastanza penetranti, come quello che opera nel quadro della Convenzione di Aarhus (su cui si v. United Nations Economic Commission for Europe, Third draft of the revised Guide to the Aarhus Convention Compliance Committee, prepared for discussion in open session at the 56th meeting of the Compliance Committee, Geneva, 28 February – 3 March 2017).

[56] V., *ex multis*, RODLEY, *op. cit.*, p. 638: "As far as action on concluding observations is concerned, the stimulus is to avoid there being a vacuum between one set of concluding observations and the next report. As regards views, it is to encourage serious consideration of them, rather than letting them be forgotten".

[57] Così anche ULFSTEIN, *op. cit.*, pp. 440-441.

campo dei diritti umani e del diritto penale internazionale – consente, anzitutto, agli organi del controllo di sollecitare gli Stati controllati con maggiore tempismo ed efficacia in fasi successive, rispetto a questioni di volta in volta differenti (anche poiché talune problematiche, come quelle che originano dall'applicazione del diritto interno introdotto ai fini dell'attuazione degli impegni pattizi, emergono tipicamente solo in un secondo momento)[58]. Inoltre – ciò che, forse, è ancor più notevole – l'affinamento delle attività di *follow-up* può far sì che gli stessi organi si occupino di aspetti di crescente dettaglio rispetto alla complessiva disciplina stabilita dai trattati rilevanti. Un esempio stimolante è rappresentato dalla procedura di *follow-up* del meccanismo incentrato sul *Group d'États contre la corruption* (GRECO) del Consiglio d'Europa, che verifica l'attuazione della Convenzione penale sulla corruzione[59] e della Convenzione civile sulla corruzione[60], adottate sotto gli auspici dello stesso Consiglio. Ad oggi, la procedura consta di cinque round di valutazione; l'ultimo, lanciato il 20 maggio del 2017, ha ad oggetto i temi della prevenzione della corruzione e della promozione dell'integrità tra i funzionari di alto livello dell'esecutivo e i componenti della magistratura. La valutazione include, tra l'altro, aspetti molto specifici, cui il testo delle due convenzioni solo accennava o che neppure menzionava, ma che erano, talvolta, previsti in successive raccomandazioni del GRECO. Tra essi ricordo l'esistenza e l'adeguatezza di codici di condotta per i pubblici ufficiali; l'esistenza e applicazione di norme sul conflitto di interesse e gli obblighi di trasparenza sulla situazione patrimoniale, finanziaria ed economica dei pubblici funzionari e dei loro familiari più stretti[61]. Quindi, nell'indicare le riforme interne ritenute opportune per una puntuale e adeguata attuazione degli impegni pattizi, le attività di *follow-up* producono a loro volta *soft law* su temi a volte solo sfiorati dai trattati corrispondenti, che saranno oggetto di successiva verifica e valutazione. In questa fase, quindi, la commistione tra fonti *hard* (se così si può dire, "originarie") e fonti *soft* ("derivate") diventa particolarmente evidente.

Infine, la considerazione della più ampia prospettiva delle dinamiche sociali che si esprimono nell'ambito del controllo internazionale, suggerisce un ultimo rilievo sull'evoluzione e convergenza dei moderni

[58] Esempi di procedure di *follow-up* sviluppatesi nell'ambito dei comitati di controllo sull'attuazione di diversi trattati in materia di tutela dei diritti umani sono illustrati da TOMUSCHAT, *op. cit.*, pp. 233, 266-9.

[59] 27 gennaio 1999, in *European Treaty Series*, n. 173.

[60] 4 novembre 1999, in *European Treaty Series*, n.174.

[61] Maggiori informazioni sono disponibili sul sito internet www.coe.int/en/web/greco/evaluations.

meccanismi internazionali di monitoraggio: la maggiore complessità strutturale e funzionale, che generalmente li connota, provoca frequentemente una dialettica più serrata tra enti controllanti e Stati controllati. Si incoraggia così, rendendola altresì più evidente rispetto al passato, la manifestazione di quei fenomeni pregiuridici o metagiuridici a cui Cassese si riferiva nella parte conclusiva dello scritto del 1971. Infatti, le diverse fasi del procedimento, incluse quelle relative al c.d. *follow-up*, offrono oggi agli Stati estese vie per dare formalmente conto, per iscritto o oralmente, degli sforzi compiuti e delle modalità di attuazione degli impegni internazionali, nonché delle ragioni che, al contrario, l'hanno ostacolata o impedita. Tali momenti, assai più numerosi e articolati che in passato, costituiscono, sul piano giuridico-formale, occasioni in cui, in seno alla società internazionale, possono in effetti *emergere nuovi orientamenti* degli Stati – ad esempio, ciò si può dire dell'evidente enfasi posta da Stati ed organi del controllo sulle misure preventive alla fine del secolo scorso, in occasione del controllo sull'attuazione dei trattati in materia di contrasto a crimini come il traffico di stupefacenti, la pirateria, il contrabbando d'armi, il riciclaggio di denaro sporco, il finanziamento del terrorismo, la tratta degli esseri umani, la corruzione, ecc.[62]; *affiorano interessi ed esigenze prima sconosciuti* o *scarsamente avvertiti*, come l'opportunità di istituire forme di cooperazione dirette ad una buona e trasparente gestione *in loco* dei beni confiscati e restituiti ai Paesi di provenienza, ai sensi del capitolo V della citata Convenzione ONU contro la corruzione[63]; *si delineano finalità* che precedentemente *gli Stati non avevano mai perseguito* o a cui si erano ispirati di rado quale, nell'ambito della Convenzione del 2003 l'assistenza tecnica in tema di prevenzione della corruzione nel settore privato e di protezione dei c.d. *whistle-blowers*[64].

Resta solo da notare che, nonostante l'esistenza di significative similitudini fra le varie forme di controllo, vi sono comunque punti di forza e fragilità insiti in ciascuna di esse. In proposito, è stato attentamente

[62] SHEPTYCKI, *Transnational Crime: An Interdisciplinary Perspective*, in BOISTER, CURRIE, *op. cit.*, p. 41 ss.

[63] Tale esigenza non emerse durante la negoziazione del trattato, che, infatti, non contiene norme al riguardo, ma in sede di verifica dell'attuazione delle rilevanti disposizioni. Cfr., recentemente, Conference of the State Parties to the United Nations Convention against Corruption, resolution 7/1, "Strengthening mutual legal assistance for international cooperation and asset recovery", 10 novembre 2017, parr. 17-19.

[64] Cfr. Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption, "Analysis of technical assistance needs emerging from the country reviews", Sixth session St. Petersburg, Russian Federation, 2-6 November 2015, 25 agosto 2015, CAC/ COSP/ 2015/ 4, 2.

osservato che "[i] meccanismi di matrice intergovernativa, eventualmente svolti a livello riservato, possono rendere più facile il dialogo costruttivo con il Paese oggetto di esame (meccanismi c.d. "*non-confrontational*"); d'altro canto, la matrice politica dell'organismo di controllo rischia di portare all'applicazione di standard non uniformi a situazioni analoghe, per ragioni non strettamente giuridiche ma appunto, politiche"[65]. Diversamente, "[i] meccanismi affidati a gruppi di esperti, i quali siedono a titolo personale, operano […] secondo parametri propriamente giuridici, svolgendo una funzione autorevole nell'interpretazione delle norme contenute nelle convenzioni pertinenti e valutando nel contempo la conformità del comportamento degli Stati agli impegni assunti", senza, comunque, che le loro conclusioni vincolino lo Stato a cui sono indirizzate[66].

Di regola, dunque, l'unica forma di sanzione in caso di valutazioni negative resta quella "sociale", legata alla pubblicità degli esiti del processo di monitoraggio (ivi compresa la fase del *follow-up*)[67]. È vero che nulla vieta che agli organi internazionali di controllo siano attribuiti poteri sanzionatori tramite apposita clausola inserita nei trattati che li istituiscono. Tuttavia, gli Stati si sono dimostrati decisamente riluttanti al riguardo[68]: per citare solo un esempio, l'art. 19 del Protocollo di Kyoto stabilisce che i meccanismi "entailing binding consequences shall be adopted by means of an amendment of this Protocol". Non è del tutto chiaro quale tipo di misure possano considerarsi comportare "conseguenze vincolanti", ma, alla luce della disposizione citata, è difficile, ad esempio, sostenere la legittimità di deduzioni di quote di emissioni a tasso di penalizzazione, come stabilito dalla Conferenza delle parti nell'ambito degli Accordi di Marrakech, senza una precisa base giuridica in forma di emendamento ai trattati[69].

4. Coordinamento tra meccanismi di controllo

Come l'aumento di organizzazioni e corti internazionali, la proliferazione dei meccanismi internazionali di controllo può costituire un fat-

[65] FORLATI, *I meccanismi*, cit., p. 31. V. anche FITZMAURICE, REDGWELL, *op. cit*., p. 47.

[66] FORLATI, *I meccanismi*, cit., p. 31.

[67] CASSESE (A.), *op. ult. cit*., p. 299.

[68] V. KLABBERS, *op. cit.*, pp. 997 ss.

[69] Così anche ULFSTEIN, WERKSMAN, *The Kyoto Compliance System: Towards Hard Enforcement*, in STOKKE, HOVI, ULFSTEIN (eds), *Implementing the Climate Regime, International Compliance*, London, 2005, pp. 57-58.

tore di frammentazione della società internazionale[70]. L'esistenza di differenti regimi pattizi e dei corrispondenti meccanismi di controllo nel medesimo settore del diritto internazionale può favorire la possibilità di calibrare l'apparato istituzionale alle specifiche esigenze in gioco; consentire di prestare maggior attenzione a esigenze marginalizzate e accrescere l'impianto di conoscenze tecniche ed esperienza per la supervisione e l'eventuale revisione della disciplina rilevante. Tuttavia, da più parti si sono sottolineati i limiti dell'assenza di coordinamento tra i meccanismi di controllo istituiti da trattati che disciplinano la stessa materia o materie affini[71]. I procedimenti di controllo, infatti, implicano notevoli costi, non solo per gli Stati controllati, ma anche per gli enti internazionali coinvolti[72]. Ma la duplicazione di costi e sforzi non è l'unico problema: non deve dimenticarsi che, spesso, lo stesso Stato è parte di trattati diversi che disciplinano la medesima materia (alcuni, ad esempio, di carattere regionale e altri a vocazione universale), le cui disposizioni possono sovrapporsi. Esiste pertanto il rischio di sindacati divergenti dei relativi meccanismi di controllo e di interpretazioni difformi di dettati normativi largamente coincidenti. In tali circostanze, possono quindi risultare di più incerta individuazione le stesse condotte che il controllato è tenuto a porre in essere per ottemperare alle raccomandazioni degli organi del controllo, ciò che può, in ultimo, causare difficoltà e rendere difficilmente criticabili situazioni di incertezza o, finanche, paralisi nell'attuazione degli impegni pattizi. Ai problemi derivanti dalla proliferazione dei meccanismi internazionali di controllo può porsi rimedio attraverso strumenti formali e informali di cooperazione o tramite l'attenta considerazione da parte dei diversi organi degli atti finali promananti da-

[70] Rilevo incidentalmente che, dopo la pubblicazione dello studio di Cassese del 1971, a fronte di un assai consistente aumento dei meccanismi internazionali di controllo e del loro progressivo affinamento, i numerosi contributi della dottrina in materia si concentrano su singoli organi, sui loro conseguimenti e deficienze, ovvero sull'esame di quelli operanti in settori specifici del diritto internazionale, trascurando l'analisi dell'istituto nel quadro sistemico generale delle funzioni di organizzazione dell'ordinamento internazionale. Tra le poche eccezioni v. BUTLER (ed.), *Control over Compliance with International Law*, Dordrecht, 1991; BLOKKER, MULLER (eds), *Essays in Honour of Henry G. Schermers. Volume 1. Towards More Effective Supervision by International Organizations*, Dordrecht, 1994; CHAYES, HANDLER CHAYES, *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, Cambridge, MA, 1995; SZASZ (ed.), *Administrative and Expert Monitoring of International Treaties*, New York, 1999.

[71] V., autorevolmente, ULFSTEIN, op. cit., p. 444 e DECAUX, *Les formes contemporaines de l'esclavage*, in *Collected Courses*, 2008, vol. 336, p. 9 ss., p. 195.

[72] CRAWFORD, *The UN Human Rights Treaty System: A System in Crisis?*, in ALSTON, CRAWFORD (eds), *The Future of Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge, 2000, p. 1 ss., pp. 6-7.

gli altri procedimenti rilevanti per la materia in questione (oltre che degli atti delle rilevanti organizzazioni intergovernative e delle decisioni dei tribunali internazionali).

La prassi recente mostra che le iniziative di cooperazione e coordinamento sono frequenti e ciò negli ambiti più disparati. Accade sovente, ad esempio, che gli organi internazionali di controllo di un determinato trattato partecipino come osservatori ai procedimenti di monitoraggio istituiti da altri accordi internazionali che disciplinano la stessa materia o altra affine[73]. È altresì comune che si instaurino forme di cooperazione tra gli organi coinvolti in procedimenti differenti, istituzionalizzate tramite la conclusione di appositi intese o memorandum[74]. Possono, invece, avere luogo anche informalmente riunioni periodiche *ad hoc* su temi specifici, disposte quando le circostanze lo rendano opportuno, in settori come il diritto internazionale dell'ambiente, ove esse sono foriere di forme di coordinamento più stabili e formalizzate[75], ma anche in ambiti, come quello della non proliferazione degli armamenti, dove lo sviluppo o la convergenza dei rispettivi meccanismi di controllo sono scarsamente significativi[76].

[73] Ciò avviene, ad esempio, per i meccanismi di controllo delle principali convenzioni internazionali anti-corruzione, cfr. "Performance of the Mechanism for the Review of Implementation of the United Nations Convention against Corruption Implementation of resolution 7/4 of the Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption: Enhancing synergies between relevant multilateral organizations responsible for review mechanisms in the field of anti-corruption", report prepared by the Secretariat, CAC/COSP/IRG/2018/CRP.1, 28 maggio 2018.

[74] In materia ambientale, la Convenzione sulla diversità biologica, 5 giugno 1992, 1760 *UNTS* 6, prevede che la Conferenza delle parti contatti gli organi esecutivi delle altre rilevanti convenzioni così da avviare "appropriate forme di collaborazione" (art. 23, par. 4, lett. *h*). Tale disposizione è stata la base per successivi memorandum e intese di cooperazione con i segretariati della Convenzione sulle zone umide di importanza internazionale, 2 febbraio 1971, 996 *UNTS* 245, nota come Convenzione di Ramsar; la Convenzione sulla conservazione delle specie migratrici degli animali selvatici, 1° novembre 1983, 1651 *UNTS* 333; la Convenzione sul commercio internazionale delle specie minacciate di estinzione, 3 marzo 1973, 993 *UNTS* 243. Si noti che l'intesa firmata con il segretariato della Convenzione di Ramsar richiede un anno di preavviso per la sua cessazione, ciò che suggerirebbe che la stessa intesa abbia carattere vincolante. Per una trattazione più esaustiva rinvio a SCOTT, *International Environmental Governance: Managing Fragmentation through Institutional Connection*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2011, p. 1 ss.; YOUNG, *Trading Fish, Saving Fish: The Interaction between Regimes in International Law*, Cambridge, 2011, p. 154 ss.

[75] Sul punto v. estensivamente ROMANIN JACUR, *The Dynamics of Multilateral Environmental Agreements. Institutional Architectures and Law-Making Processes*, Napoli, 2013, pp. 70-71.

[76] In risposta a quesiti formulati dall'autore, lo *United Nations Office for Disarmament Affairs* rende noto che vi sono riunioni tra i funzionari dell'AIAE, della Commissione preparatoria per il Trattato sulla messa al bando totale degli esperimenti nucleari,

Nel settore del diritto penale internazionale un'interessante novità è data dalla formalizzazione molto recente del coordinamento tra i meccanismi di controllo istituiti dalle convenzioni di contrasto alla corruzione promosse nell'ambito dell'Organizzazione degli Stati americani[77], dell'OCSE, del Consiglio d'Europa e dell'ONU. Precedentemente i diversi procedimenti si coordinavano (e si contaminavano) in forza dello *status* di osservatore riconosciuto agli organi del controllo istituiti dai singoli trattati nell'ambito delle rispettive procedure di supervisione, tramite riunioni annuali e, occasionalmente, iniziative congiunte *ad hoc*[78]. La recente istituzionalizzazione del coordinamento è diretta a consentire sinergie più organiche tra i meccanismi in questione e alleviare tanto gli organi controllanti che gli Stati sottoposti al controllo di parte degli sforzi dovuti alla pluralità delle procedure. Con particolare riguardo alla fase di *follow-up*, l'intesa sul coordinamento raggiunta dai meccanismi di controllo dei principali trattati anti-corruzione susciterà verosimilmente – soprattutto attraverso il regolare confronto sulle rispettive risultanze e la più agevole divulgazione delle c.d. *best practices* rilevate – rinnovata attenzione alle deficienze più critiche che, nei vari Stati, affliggono il contrasto al crimine in esame.

Il diritto penale internazionale offre altri interessanti esempi di cooperazione tra meccanismi di controllo. Alcuni informali, più sfuggenti, ma non per questo meno significativi. È il caso dei procedimenti istituiti per la verifica dell'attuazione dei trattati in materia di contrasto al traffico di essere umani. A livello universale, la Conferenza degli Stati parti della Convenzione ONU contro il crimine organizzato transnazionale[79],

dell'Organizzazione per la proibizione delle armi chimiche e delle Nazioni Unite. A tali riunioni partecipano sovente anche rappresentanti degli Stati parti dei relativi trattati. Tali enti partecipano in particolare alle riunioni dei comitati preparatori e alla Conferenze per la revisione del Trattato di non proliferazione nucleare. L'AIAE elenca le numerose intese di cooperazione tecnica con organizzazioni, anche di carattere regionale, attive nei settori del disarmo e della non proliferazione degli armamenti. Tralascio, per ragioni di brevità, di riprodurre l'elencazione, notando solo che tutte le intese di cooperazione sono formalizzate.

[77] Convenzione interamericana contro la corruzione, 29 marzo 1996, in *ILM*, 1996, p. 724 ss.

[78] Cfr. Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption, resolution 7/4 "Enhancing synergies between relevant multilateral organizations responsible for review mechanisms in the field of anti-corruption", adopted at its seventh session, held in Vienna, from 6 to 10 November 2017, documento disponibile sul sito internet: http://www.unodc.org/unodc/en/corruption/COSP/session7-resolutions.html; e GRECO, 80th GRECO Plenary Meeting, Decisions, Greco(2018)11, Strasbourg, 22 June 2018, para. 35-36, disponibile sul sito internet: https://rm.coe.int/decisions-80th-greco-plenary-meeting-strasbourg-18-22-june-2018-/16808b655f.

[79] 15 novembre 2000, 2225 *UNTS* 209, nota come Convenzione di Palermo.

incaricata di supervisionare l'attuazione dell'accordo e dei suoi protocolli incluso quello sulla prevenzione, soppressione e persecuzione della tratta di esseri umani, in particolar modo donne e bambini, è riuscita a istituire un meccanismo di revisione solo nell'ottobre del 2018, dopo lungo tempo e vari tentativi[80]. Nondimeno, l'esistenza di sistemi concorrenti sembra essere nei fatti complementare al ruolo della Conferenza, poiché, sebbene istituiti per la verifica di trattati diversi, essi stimolano anche l'attuazione delle rilevanti disposizioni del Protocollo[81]. Ad esempio, si è sostenuto che l'art. 6 della Convenzione sull'eliminazione della discriminazione contro le donne possa funzionare "like an individual enforcement mechanism for the Palermo Protocol"[82]. Simili considerazioni sono avanzate in relazione al meccanismo istituito dalla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani[83], il *Groupe d'experts sur la lutte contre la traite des êtres humains* (GRETA), alla luce della formulazione dell'art. 39 della medesima Convenzione (una classica norma di coordinamento tra regimi convenzionali distinti)[84] e della flessibilità delle regole di procedura del GRETA[85]. Si potrebbe quasi dire che, nelle ipotesi appena illustrate, i meccanismi internazionali di controllo esistenti sono *prestati* per la supervisione di trattati diversi che ne sono privi: essi, per tale via informale e indiretta, permettono di ottenere informazioni sul comportamento degli Stati contraenti di tali ultimi accordi rispetto ad impegni analoghi, così stimolandone indirettamente anche l'attuazione. Invece che risolversi nelle difficoltà sopra accennate, la pluralità dei procedimenti funziona in questo caso in via, se così si può dire, "suppletiva"[86].

[80] Così si è disposto nella nona sessione della Conferenza, tenutasi a Vienna tra il 15 e il 19 ottobre 2018, con risolzione 9/1, il cui testo non è ancora stato pubblicato. Tuttavia, le competenze affidate al nuovo organo possono ragionevolmente desumersi dalla bozza di risoluzione disponibile sul sito internet: http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/CTOC-COP-session9/draft-resolutions-and-decisions.html.

[81] FORLATI, *Monitoring*, cit., 629.

[82] O'BRIEN, *CEDAW Emphasises Its Concern over Trafficking in Women and Girls*, in *Opinio Juris, Blog Archive*, 21 September 2012.

[83] 3 maggio 2005, in *European Treaty Series*, n. 197.

[84] L'articolo richiamato prevede che la Convenzione del 2005 "shall not affect the rights and obligations derived from the provisions of the [UN] Protocol to prevent, suppress and punish trafficking in persons, especially women and children […] and is intended to enhance the protection afforded by it and develop the standards contained therein".

[85] FORLATI, *Monitoring*, cit., p. 631.

[86] Ciò può evidentemente accadere unicamente poichè, oltre alla sovrapposizione di elementi della disciplina sostanziale, vi è almeno parziale coincidenza delle parti contranti dei trattati internazionali rilevanti. Anche il meccanismo di supervisione istituito ad esito della terza sessione della Conferenza degli Stati parte della Convenzione

Abbiamo altri notevoli casi di prestito *de iure* (ad esempio, attraverso apposite clausole nei corrispondenti trattati) e *de facto* (tramite intese tacite poi eventualmente formalizzate tra gli enti internazionali interessati). Per restare nel medesimo settore, ricorderei il caso dell'*International Narcotics Control Board*, creato nel 1961 dalla Convenzione unica sugli stupefacenti[87]. A tale organo tutte e tre i trattati conclusi in materia di sostanze stupefacenti nel secondo dopo-guerra sotto l'egida dell'ONU[88] attribuiscono espressamente competenze in materia di assistenza tecnica e controllo[89]. Ancora più intrigante è il caso del contrasto al finanziamento del terrorismo. L'assenza di meccanismi di monitoraggio è particolarmente evidente in questo campo: ad oggi, nessuno dei 14 trattati universali in materia è assistito da specifiche procedure di controllo. Tuttavia, gli obblighi specifici di contrasto al finanziamento del terrorismo sono oggetto di una minuziosa procedura di verifica in sede della *Financial Action Task Force* (FATF), un ente intergovernativo che si è fatto promotore di raccomandazioni in materia di prevenzione e repressione del riciclaggio di proventi da reato, finanziamento della proliferazione delle armi di distruzione di massa e, appunto, finanziamento del terrorismo, impostesi come standard di riferimento a livello mondiale[90]. Il punto richiede un sintetico chiarimento: il FATF verifica, ovviamente, l'aderenza degli Stati alle *sue* raccomandazioni. Nondimeno, poiché la disciplina che le raccomandazioni del FAFT stabiliscono in materia di finanziamento del terrorismo si sovrappone agli obblighi stabiliti dai trattati sopra menzionati per il contrasto alla medesima condotta criminosa, il controllo effettuato dall'ente – particolarmente incisivo per le conseguenze che ne possono derivare – opera anche "a favore" della realizzazione degli impegni giuridici che discendono da quei trattati, che,

ONU contro la corruzione con risoluzione 3/1 tenutasi a Doha nel 2009 ha per lungo tempo consentito l'acquisizione di informazioni più accurate sul comportamento degli Stati parti della medesima Convenzione e di quella di Palermo del 2000, rispetto ad impegni coincidenti dei due regimi pattizi.

[87] 30 marzo 1961, 520 *UNTS* 151.

[88] Oltre alla citata Convenzione del 1961, la Convenzione sulle sostanze psicotrope, 21 febbraio 1971, 1019 *UNTS* 175; la Convenzione ONU contro il traffico illecito di droghe narcotiche e sostanze stupefacenti, 20 dicembre 1988, 1582 *UNTS* 95.

[89] Cfr. International Narcotics Control Board, "Treaty Compliance", disponibile sul sito internet: https://www.incb.org/incb/en/treaty-compliance/index.html; International Narcotics Control Board, Report of the International Narcotics Control Board for 2015, New York, 2016, par. 129.

[90] Già CASSESE (A.), *Il controllo internazionale*, cit., pp. 139-141, osservava che anche norme prive di valore giuridico obbligatorio nell'ordinamento internazionale possono essere oggetto di procedimenti di controllo altrettanto articolati di quelli istituiti da numerosi trattati internazionali.

come osservato, sono privi di meccanismi internazionali di controllo. Il complesso meccanismo di supervisione che fa capo al FAFT, inoltre, si avvale a sua volta di organi di altre organizzazioni internazionali[91] (ad es., il MONEYVAL del Consiglio d'Europa)[92]. Nell'ambito del relativo procedimento di controllo, operano come valutatori anche il FMI e la Banca Mondiale[93]: l'interazione materiale tra norme ed enti *soft*, da un lato, e diritto e istituzioni di tipo classico, dall'altro, è qui massima.

Infine, il più radicale approccio per il coordinamento tra meccanismi internazionali di controllo istituiti da trattati che disciplinano materie identiche o affini è rappresentato dalla loro fusione. Non si tratta, invero, di un sentiero del tutto inesplorato. Nel 2005, l'allora Alto commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani, Louise Arbour, propose l'unificazione dei vari comitati sui diritti umani in un unico organo, elaborando la proposta in forma di un *concept paper* pubblicato nel marzo dell'anno seguente[94]. Tuttavia, il progetto incontrò la decisa resistenza di Stati, delle ONG e degli stessi comitati sui diritti umani[95], indicando che approcci meno ambiziosi rimangono probabilmente più realistici, tanto che sembra altamente improbabile che un simile disegno possa essere seriamente riproposto nell'ambito della discussione in corso sulla riforma dei medesimi organi[96].

5. "Contaminazione"

Un ulteriore strumento per far fronte al rischio di sindacati difformi o interpretazioni divergenti da parte di meccanismi internazionali che supervisionano trattati su materie identiche o affini può aversi, nei fatti, attraverso un'adeguata ponderazione del "precedente" da parte dei medesimi organi internazionali di controllo. Utilizzo tale sostantivo in mo-

[91] La natura del FAFT è invero assai dibattuta in dottrina. Rinvio sul punto a BORLINI, Soft law*,* soft organizations *e regolamentazione "tecnica" di problemi di sicurezza pubblica e integrità finanziaria*, in *Riv. dir. int.*, 2017, p. 356 ss., pp. 374-86.

[92] Cfr.: https://www.coe.int/fr/web/moneyval.

[93] Cfr.: http://www.fatf-gafi.org/documents/documents/4th-round-procedures.html.

[94] "Concept Paper on the High Commissioner's Proposal for a Unified Standing Treaty Body", 14 marzo 2006, HRI/MC/2006/CRP.1.

[95] Cf. *e.g.*, Committee on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Annual Report, 19 August 2005, UN doc. A/60/18, parr. 475-85; NGO Group for the Convention on the Rights of the Child, Statement to the Fifth Inter-Committee Meeting, 20 giugno 2006, disponibile sul sito internet: www.crin.org/resources/infodetail .asp?id=10875#reactions.

[96] Cf. Assemblea generale, risoluzione A/RES/68/268, "Strengthening and enhancing the effective functioning of the human rights treaty body system", 9 aprile 2014.

do a-tecnico, alludendo, quando rilevanti, sia agli atti finali dei meccanismi internazionali di controllo sia, eventualmente, agli atti delle organizzazioni intergovernative e alle decisioni dei tribunali internazionali che incidono sulla stessa materia[97]. La prassi dimostra ampiamente che gli organi controllanti non si sono limitati ad applicare i precetti stabiliti dai trattati internazionali corrispondenti, ma sono spesso andati oltre, svolgendo e precisando il contenuto di regole e principi sanciti solo implicitamente o in termini generici nei predetti atti ovvero, come visto trattando del *follow-up*, addirittura enunciando principi che in precedenza non erano ancora accolti in strumenti internazionali giuridicamente vincolanti e verificandone poi il rispetto da parte degli Stati assoggettati al controllo. Nel precisare la portata degli impegni oggetto di verifica, non di rado, gli organi internazionali considerano l'esito di altri procedimenti internazionali di controllo, nonché, sempre più frequentemente se pertinenti, le pronunce dei tribunali internazionali. Un'appropriata considerazione del "precedente" è, inoltre, facilitata, avvenendo quasi per osmosi, quando tra gli organi dei diversi meccanismi esistono strumenti formali o informali di coordinamento. Per una via o per l'altra è, dunque, più probabile rispetto al passato, la reciproca contaminazione tra procedimenti internazionali di controllo differenti e la conseguente diffusione di interpretazioni condivise dai rispettivi organi delle norme e dei principi dei trattati corrispondenti. L'influenza reciproca tra organi internazionali di controllo diversi può pertanto, nei fatti, divenire un'importante via di coordinamento informale e d'interazione materiale tra gli stessi strumenti pattizi oggetto di supervisione.

Esempi significativi possono rinvenirsi nel settore dei diritti umani e in quello del diritto penale internazionale. Iniziando dal secondo, ricordo che elemento comune di molti accordi internazionali è la richiesta che le sanzioni previste negli ordinamenti degli Stati contraenti per le fattispecie oggetto dell'obbligo internazionale di penalizzazione siano "effettive, proporzionate e dissuasive". Si tratta di requisiti alquanto generici, che lasciano flessibilità agli Stati purché questi prevedano un livello minimo sanzionatorio, non necessariamente di natura penale quando il reato non è commesso da persone fisiche. Ho altrove analizzato il significato della formula stereotipata che si ritrova nella maggior parte dei testi convenzionali: mentre il canone della proporzionalità non pone problemi inter-

[97] Per un esame critico del valore delle pronunce degli organi giudiziali e "quasi giudiziali" nella giurisprudenza della CIG v. PALCHETTI, *The Authority of the Decisions of International Judicial or Quasi-judicial Bodies in the Case Law of the International Court of Justice: Dialogue or Competition?* in *Gaetano Morelli Lectures Series*, 2018, p. 107 ss.

pretativi di rilievo[98], il testo dei trattati in esame non sembra specificare in modo sufficientemente chiaro la differenza tra "sanzione dissuasiva" ed "effettiva". Nel valutare il seguito dato dalle parti agli impegni stabiliti da alcuni trattati in materia di contrasto alla corruzione, i relativi meccanismi di controllo, pur riconoscendo la stretta connessione tra i due canoni, hanno permesso di chiarire che il parametro dell'effettività, più che con riferimento alla misura della pena in astratto comminata, deve valutarsi alla luce delle norme procedurali che, rapportate alla complessità delle indagini necessarie per accertare i crimini in questione, permettono (o meno) l'irrogazione concreta della pena[99]. Il dato forse più sorprendente è che, una volta delineatesi questa interpretazione nell'ambito del controllo sull'attuazione della Convenzione in materia dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) del 1997, essa si è diffusa tra i rilevanti organi internazionali di controllo pressoché immediatamente, anche in relazione a condotte criminose diverse (*e.g.* riciclaggio di proventi da reato; crimine organizzato).

L'ambito dei diritti umani è particolarmente prolifico di episodi di "contaminazione" tra gli atti di organi internazionali di controllo differenti. Per limitare l'attenzione a casi di stringente attualità, riporto due esempi[100]. È, anzitutto, interessante – anche perché consente di collegare il settore in esame con le problematiche ambientali – esporre la recente

[98] Tale criterio è normalmente interpretato in modo analogo a quanto stabilito dalla Corte di giustizia dell'Unione europea a proposito delle sanzioni previste per condotte lesive degli interessi finanziari dell'Unione. Cfr. CGCE, sentenza 20 febbraio1979, *SA Buitoni* c. *Fonds d'orientation et de régulation des marchés agricoles,* causa 122/78, punto 16: "Per quanto riguarda il problema della proporzionalità, si deve accertare se la sanzione comminata dall'art. 3 del regolamento n. 499/76 per l'inosservanza del termine di presentazione delle prove prescritte dalla stessa disposizione vada al di là dei limiti di quanto è adeguato e necessario per raggiungere lo scopo perseguito".

[99] V. BORLINI, *The Achievements and Limits of Italian Anti-Corruption Legislation in Light of the International Legal Framework*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2015, p. 275 ss., pp. 292-294. Tentando di attribuire un valore autonomo a ciascuno dei termini, si è sostenuto, *in primis*, che proporzionalità e deterrenza, si riflettono, soprattutto, sul carico sanzionatorio e sulle tecniche di costruzione della fattispecie penale. In tale prospettiva, esse introducono, rispettivamente, un limite verso il basso e, un altro, verso l'alto, per i legislatori dei singoli contraenti, allorché questi ultimi debbano valutare la risposta politico-criminale per i reati di corruzione introdotti in attuazione della Convenzione. Il requisito dell'effettività, invece, connoterebbe più specificatamente il momento esecutivo della pena.

[100] Un altro caso è dato dalla ricognizione degli atti finali dei comitati ONU sui diritti umani in materia di diritto alla riproduzione e dalla precisazione di corollari come i principi relativi all'adeguata informazione su contraccezione, assistenza sanitaria alla maternità e aborto. Per una ricognizione aggiornata di tali pronunce, che ben ne documenta la convergenza, v. Centre for Reproductive Rights, *Breaking Ground 2018. Treaty Monitoring Bodies on Reproductive Rights*, New York, 2018, p. 3 ss.

tendenza degli organi di alcuni trattati internazionali sui diritti umani a configurare i corrispondenti obblighi con riferimento al problema del cambiamento climatico. Partendo dal presupposto che il "climate change threatens the full enjoyment of a wide range of rights, including the rights to life, health, water, food, housing, development and self-determination"[101], e pur non essendo il tema esplicitamente menzionato in alcuno dei testi convenzionali rilevanti, il Comitato per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti della donna (CEDCD), il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali (CDESC) e quello sui diritti del fanciullo (CDF) hanno tutti recentemente precisato, nell'ambito delle relative procedure di monitoraggio, le condotte ritenute opportune ai fini di una più effettiva salvaguardia dei diritti umani oggetto di specifica tutela *in relazione al* problema del cambiamento climatico. Così facendo essi hanno chiarito, *inter alia*, che gli obblighi in materia di diritti umani che discendono dai corrispondenti trattati riguardano anche il contributo dei singoli contraenti alla gestione del cambiamento climatico, in particolare, in relazione alle emissioni domestiche e alle esportazioni di carburanti fossili[102], alla riduzione delle emissioni di gas a effetto serra e conservazione dei bacini carboniferi[103] e all'attenuazione dei rischi per le fasce di popolazione particolarmente vulnerabili come i bambini, a seconda delle condizioni congiunturali le donne, e le minoranze etniche[104].

Un altro significativo esempio di "contaminazione", progressiva e reciproca, è dato dai Comitati delle Nazioni Unite sui diritti umani e dalla Corte europea dei diritti umani: con le loro pronunce, tali organi han-

[101] Assemblea generale, "Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment", UN doc. A/HRC/31/52, 1° febbraio 2016, par. 23.

[102] Cfr., *e.g.*, CDESC, Osservazioni conclusive sull'Australia (2017), rapporto disponibile all'indirizzo: https://www.ohchr.org/en/hrbodies/cescr/pages/cescrindex.aspx; CEDCD, Osservazioni conclusive sulla Norvegia (2017), disponibile sul sito internet: https://www.ohchr.org/en/hrbodies/cedaw/pages/cedawindex.aspx.

[103] Cfr., *e.g.*, CDF, Osservazioni conclusive su Haiti (2016); CDF, Osservazioni conclusive sul Regno Unito (2016), entrambi disponibili all'indirizzo: https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx; CDESC, Osservazioni conclusive sulla Federazione russa (2017), disponibile all'indirizzo: https://www.ohchr.org/en/hrbodies/cescr/pages/cescrindex.aspx.

[104] Cfr., *e.g.*, rispettivamente, CDF, Osservazioni conclusive sulla Jamaica (2015); CDF, Osservazioni conclusive sul Regno Unito (2016), entrambi disponibili sul sito internet: https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx; CEDCD, Osservazioni conclusive sulla Jamaica (2012), disponibile sul sito internet: https://www.ohchr.org/en/hrbodies/cedaw/pages/cedawindex.aspx; CDESC, Osservazioni conclusive sulla Finlandia (2014), disponibile su: https://www.ohchr.org/en /hrbodies/cescr/pages/cescrindex.aspx.

no concorso a stabilire che il principio del *non-refoulement*[105] costituisce parte integrante della protezione degli individui contro la tortura o altre forme di trattamenti o punizioni crudeli, disumani o degradanti, ovvero arbitrarie privazione della vita, anche quando non previsto *expressis verbis* nel relativo trattato[106]. Inoltre, precisando quanto disposto da alcuni trattati internazionali, la Corte e i suddetti comitati hanno chiarito che il divieto di respingere, estradare o espellere si estende a situazioni distinte dal rischio di tortura, inclusi i rischi di sparizione forzata[107], pena di morte[108], diniego di giustizia[109] e reclutamento e partecipazione a ostilità militari in minore età[110]. In ultima analisi, i meccanismi internazionali di controllo hanno contribuito in modo decisivo a delineare i contorni che sembra oggi assumere l'obbligo internazionale del *non-refoulement*.

6. Segue: *funzione quasi-giudiziaria?*

Un'ultima questione attiene al valore che, secondo il diritto internazionale, assume l'interpretazione che gli organi internazionali rendono delle norme la cui attuazione è oggetto di verifica, *al di fuori* del

[105] Come noto, il principio in esame vieta l'espulsione, il respingimento o l'estradizione verso Paesi in cui la persona espulsa o estradata rischia di subire gravi violazioni dei diritti umani, in particolare, atti di tortura o trattamenti disumani o degradanti. Per una trattazione approfondita v., *ex multis*, LAUTERPACHT (E.), BETHLEHEM, *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion*, in FELLER, TÜRK, NICHOLSON (eds), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, 2003, p. 87 ss.; SALERNO, *L'obbligo internazionale di* non-refoulement *del richiedente asilo,* in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, pp. 487 ss.; International Committee of the Red Cross*, Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, 2nd ed., Geneva, 2016, par. 709.

[106] CDF, Commento generale n. 20 sull'articolo 7, 10 marzo 1992, par. 9; Commento generale n. 31, UN doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 maggio 2004, par. 12; Corte EDU, sentenza 7 luglio 1989, *Soering c. United Kingdom*, App. No. 14038/88, parr. 88-91.

[107] Cf. Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata, art. 16, par. 1; HRC, *Grioua v. Algeria*, comunicazione n. 1327/2004, UN doc. CCPR/C/90/D/1327/2004, 16 agosto 2007, parr. 7.6-7.7, e i riferimenti ivi contenuti.

[108] HRC, *Kwok Yin Fong v. Australia*, UN doc. CCPR/C/97/D/1442/2005, 23 novembre 2009, parr. 9.4, 9.7. V. anche Corte EDU, sentenza 2 marzo 2010, *Al-Saadoon c. United Kingdom*, App. No. 61498/08, par. 137.

[109] Corte EDU, sentenza 17 gennaio 2012, *Othman (Abu Qatada) v. United Kingdom*, App. No. 8139/09, par. 258, e i riferimenti ivi contenuti. Cf. anche UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, resolution 2005/12, "Transfer of Persons", UN doc. E/CN.4/2006/2, 12 agosto 2005, p. 25, p. 26, par. 8.

[110] CDF, Commento generale n. 6 (2005), UN doc. CRC/GC/2005/6, 1° settembre 2005, par. 28.

ristretto rapporto dialettico insito nel controllo. Mi chiedo, più precisamente, quale peso prescrittivo abbiano le pronunce di tali organi; se gli organi giurisdizionali interni, chiamati a pronunciarsi su una questione che è oggetto di disciplina del corrispondente trattato internazionale, siano tenuti, ad esempio, a motivare le ragioni di un'intepretazione divergente rispetto a quella restituita dall'organo internazionale. Il problema è recentemente riemerso, quando, a distanza di pochi mesi, due massimi organi giurisdizionali nazionali si sono espressi sul valore interpretativo da attribuire alle pronunce dell'organo di controllo previsto da un trattato internazionale di protezione dei diritti umani, giungendo, anche a ragione delle diverse considerazioni effettuate in relazione all'interpretazione dei rispettivi principi costituzionali, a conclusioni differenti[111].

Dapprima, la Corte costituzionale italiana, con sentenza n. 120 dell'11 aprile 2018, ha esaminato l'efficacia delle pronunce del Comitato europeo dei diritti sociali (CEDS) della Carta sociale europea (CSE)[112] per gli Stati parti, anche quando non destinatari della pronuncia medesima, ai fini della definizione del parametro interposto della Costituzione italiana, escludendo che le pronunce del CEDS vincolino i giudici interni nell'interpretazione della Carta[113]. Successivamente, la Quarta Sezione

[111] Cfr., rispettivamente, in Italia, Corte cost., sentenza 11 aprile 2018, n. 120, *Considerato in diritto*, parr. 13.3-15, e, in Spagna, Tribunal supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, 17 luglio 2018, Sentencia núm. 1263/2018, 23-28. Noto, incidentalmente, che il tema del valore degli atti degli organi di controllo internazionali "di fronte" ai giudici interni è oggetto di crescente attenzione. V., recentemente, KANETAKE, *UN Human Rights Treaty Monitoring Bodies before Domestic Courts*, in *International and Comparative Law Qaurterly*, 2018, p. 201 ss.

[112] Carta sociale europea riveduta con annesso, 3 maggio 1996, in *European Treaty Series*, n. 163. Il CEDS è stato istituito allo scopo di determinare se la normativa e la pratica degli Stati parti sia in conformità con le norme della Carta sociale europea, dei suoi Protocolli e della Carta sociale europea (riveduta) del 1996. Il Comitato è composto da 15 esperti indipendenti eletti dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa per un periodo di sei anni rinnovabili una sola volta. La funzione di controllo del Comitato consta di due attività essenziali. Una prima di supervisione generale sull'attuazione interna della Carta da parte degli Stati contraenti. Una seconda, più specifica, rivolta a rispondere ai reclami collettivi presentati da alcuni soggetti a tal fine legittimati avverso specifici provvedimenti dei singoli Stati.

[113] Più precisamente, la Consulta da un lato, ha espressamente affermato che la CSE è "fonte internazionale", o parametro interposto di costituzionalità ai sensi dell'art. 117, 1° comma, della Costituzione; dall'altro, ha statuito che le pronunce del Comitato EDS, pur autorevoli, non vincolano i giudici interni nell'interpretazione della Carta, "tanto più se […] l'interpretazione estensiva proposta non trova conferma nei nostri princìpi costituzionali". Corte cost., sentenza 11 aprile 2018, n. 120, *Considerato in diritto*, parr. 13.3-15. La stessa conclusione è stata ribadita dalla Consulta, sempre con riferimento alla CSE

sul contenzioso amministrativo del Tribunale Supremo di Madrid, con sentenza del 17 luglio 2018, muovendo dalla superiorità che la Costituzione spagnola attribuisce alle fonti internazionali[114] e dal dovere di interpretazione conforme dei diritti fondamentali previsti dalla Costituzione spagnola "alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e ai trattati e accordi internazionali nelle stesse materie ratificate dalla Spagna"[115], ha riconosciuto che il parere del CEDCD, relativo alla situazione in Spagna, "può essere, in senso generale, il presupposto che consente di fondare [una] richiesta di responsabilità patrimoniale".[116]

Si tratta evidentemente di fattispecie differenti: la pronuncia della Corte costituzionale riguarda il valore delle interpretazioni di un comitato di controllo in casi non riguardanti l'Italia; il caso spagnolo quello di una pronuncia di un organo di controllo riguardante lo stesso Stato iberico. Tuttavia, sollevano una problematica analoga, ovvero se e in che misura uno Stato debba uniformarsi all'interpretazione o al *decisum* di un organo internazionale di controllo, ovvero sia almeno obbligato a motivare le ragioni per cui decide di discostarsene. La questione è evidentemente troppo complessa per essere affrontata compiutamente nello spazio di queste brevi note. Ciò richiederebbe, tra l'altro, di: distinguere tra procedimenti su casi concreti e pareri generali resi ad esito della procedura di controllo; guardare alla composizione dell'organo internazionale di controllo interessato ed esaminare le competenze che espressamente o implicitamente gli sono attribuite; ragionare sui rapporti tra diritto internazionale e singolo ordinamento giuridico nazionale interessato; insomma, calarsi maggiormente nelle singole esperienze[117].

e alle pronunce del CEDS, in Corte cost., sentenza 25 settembre 2018, n. 194, *Considerato in diritto*, par. 14.

[114] Art. 96 della Costituzione spagnola: "1. I trattati internazionali validamente stipulati, una volta pubblicati ufficialmente in Spagna, formeranno parte dell'ordinamento interno. Le loro disposizioni potranno essere derogate, modificate o sospese soltanto nella forma prevista negli stessi trattati o conformemente alle norme generali del diritto internazionale".

[115] Costituzione spagnola, art. 10, par. 2.

[116] Tribunal supremo spagnolo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, 17 luglio 2018, Sentencia núm. 1263/2018, pp. 23-28.

[117] Rilevanza, non solo ai fini interpretativi, ma financo modificativi, hanno, ad esempio, le pronunce degli organi di composizione intergovernativa, in cui tutti gli Stati parti sono rappresentati, ed in cui può riprodursi il consenso necessario non solo a fissare il contenuto di un trattato attraverso un atto di interpretazione autentica, ma anche a modificarlo, talvolta anche senza rispettare le regole e le procedure prestabilite per l'emendamento dell'accordo. Evidentemente, in una situazione come quella appena descritta, la volontà successiva delle parti, manifestata attraverso l'organo di controllo, assume massima rilevanza. In effetti, la conseguenza dell'atto dell'organo di controllo non

Mi pare, nondimeno, opportuno riflettere sulle differenze tra le filosofie che sembrano ispirare le due principali impostazioni riscontrabili in dottrina. Pur nella loro diametrale differenza, le due tesi si sviluppano su percorsi che non confondono il dato fenomenologico con il diritto e sembrano basarsi su una lucida comprensione della funzione del controllo internazionale. La prima è ben compendiata da alcune riflessioni del giudice della Corte internazionale di giustizia, James Crawford. Secondo il giurista australiano, il fatto che, assolvendo alla funzione di controllo, i comitati internazionali sui diritti umani – i cui membri sono perlopiù funzionari o, comunque, espressione dell'esecutivo delle parti contraenti dei relativi trattati – si trovino, ad esempio, a sindacare anche le decisioni di corti nazionali è sintomo di un problema più generale, che egli individua nella tecnica redazionale scadente e improvvisata con cui sono redatti molto accordi internazionali; in ultima analisi, nella circostanza che nuovi testi convenzionali sono sviluppati da esperienze precedenti e poi adattati, in modo non sistematico e spesso frettolosamente, a nuovi utilizzi[118]. Considerazioni come quelle appena esposte sono espressione di un rigoroso positivismo e sembrano sottendere al mantenimento di una rigida distinzione tra funzione di garanzia (degli organi di controllo) e funzione di accertamento del diritto internazionale (propria delle corti internazionali).

Accanto a questa posizione, ritrovo quella di coloro esaminano la questione in termini di maggiore o minore apertura degli ordinamenti giuridici interni rispetto all'ordinamento internazionale complessivamente inteso. Ponendo l'accento sulle molte affinità tra alcuni organi di supervisione dei trattati in materia di protezione dei diritti umani e meccanismi propriamente giurisdizionali di controllo[119], questi autori muovono dalla preoccupazione che nell'ordinamento interno si abbia una piena valorizzazione della portata degli impegni internazionali gravanti sullo Sta-

investe solo l'interpretazione del trattato. Piuttosto, essa modifica una parte dell'accordo; il dato normativo da interpretare, sarà, conseguentemente e necessariamente, un *altro*. V., ampiamente, CREMA, *La prassi successiva e l'interpretazione del diritto internazionale scritto*, Milano, 2017, pp. 298-305.

[118] CRAWFORD, *Chance, Order, Change. The Course of International Law*, The Hague, 2014, p. 351.

[119] Cf., *e.g.*, CHURCHILL, KHALIQ, *The Collective Complaints System of the European Social Charter: An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights?*, in *European Journal of International Law*, 2004, p. 417 ss., p. 437 ss.; CULLEN, *The Collective Complaints System of the European Social Charter: Interpretative Methods of the European Committee of Social Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2009, p. 61 ss.; LA HOVARY, *The ILO's supervisory bodies' "soft law jurisprudence"*, in BLACKETT, TREBILCOCK (eds), *Research Handbook on Transnational Labour Law*, London, 2015, p. 316 ss.

to interessato. La conclusione a cui arrivano è che, ove gli organi giurisdizionali interni ritenessero di non potersi conformare alla lettura delle norme internazionali proposte dagli organi di controllo c.d. "quasi giudiziari", dovrebbero quantomeno spiegarne compiutamente le ragioni[120]. In tale lettura, maggiormente "attivista", l'enfasi solitamente posta sul ruolo delle corti internazionali come strumento promotore del diritto internazionale si allarga anche a quegli organi che, seppur non operanti con le stimmate (e, talvolta, le garanzie procedurali) tipiche di quelli giurisdizionali[121], contribuiscono ad orientare l'interpretazione degli obblighi internazionali in materia di tutela dei diritti umani. La distinzione tra funzioni di garanzia e accertamento del diritto sfuma, pertanto, decisamente.

[120] FORLATI, *Corte costituzionale e controllo internazionale: quale ruolo per la "giurisprudenza" del Comitato europeo per i Diritti sociali nel giudizio di costituzionalità delle leggi?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali. La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea? Atti del seminario in previsione dell'udienza pubblica della Corte Costituzionale del 25 settembre 2018 sulla questione di costituzionalità sul d. lgs. n. 23/2015*, 67 ss., disponibile all'indirizzo: www.forumcostituzionale.it.

[121] Il punto merita una considerazione a parte. Deve, infatti, riconoscersi che, in generale, i procedimenti e gli organi di controllo sopra richiamati sono divenuti più complessi, proprio a ragione di avvicinarne il funzionamento a quello delle corti, assicurando il rispetto di principi quali la neutralità dell'organo che si pronuncia e un sufficiente rispetto del contradditorio. Tuttavia, anche in questo caso è imprescindibile il confronto con la singola fattispecie concreta per comprendere l'effettiva prossimità degli organi di controllo a quelli "puri" di accertamento del diritto. In alcuni commenti, è frequente trovare ripetuta la formula di "organi quasi-giudiziari" e, così, data per acquisita la quasi completa affinità con gli organi propriamente giudiziari, soprattutto, nel caso di effettiva assenza di questi ultimi (così che i primi fungerebbero quasi da "supplenti"). Ma l'osservazione del dato fenomenologico (ad esempio, la similarità dei procedimenti e l'autorevolezza e competenza dei componenti dell'organo di controllo) non può sostituire l'attento esame del dato normativo rispetto al singolo sistema di controllo rilevante. Rilevo, ad esempio, che spesso si tralascia di verificare se e in che misura tali organi rispettino le regole generali di interpretazione nell'esegesi dei trattati oggetto di supervisione, pur non essendo tenuti ad osservare regole diverse e particolari dai trattati che li istituiscono. Un autore, del resto assai favorevole alla piena valorizzazione degli orientamenti espressi da questi organi, ha, nondimeno, sottolineato che lo stesso CDESC, nello specificare il contenuto degli obblighi discendenti dal Patto del 1966 rispetto alle organizzazioni internazionali, la portata extraterritoriale di quelli gravanti sugli Stati parte e le c.d. *core obligations*, ha mancato di applicare in modo sistematico e rigoroso le regole di interpretazione codificate dall'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, trascurando l'uno o l'altro dei tre elementi (senso ordinario dei termini; contesto; oggetto e scopo del trattato) indicati nel par. 1 del medesimo articolo, con il risultato – quasi paradossale – di pervenire a orientamenti meno "garantisti" dei diritti umani oggetto di tutela. V. MECHLEM, *Treaty Bodies and Interpretation of Human Rights*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2009, p. 405 ss., 430-445.

Al di là delle notevoli resistenze manifestate da alcuni Stati rispetto al riconoscimento di qualunque valore prescrittivo degli orientamenti resi dagli organi in questione[122], e con il *caveat* sopra espresso circa l'irrinunciabile necessità di confrontarsi con la questione alla luce delle peculiari caratteristiche dei singoli organi e dei loro atti, ritengo, comunque, che la chiave più corretta (e utile) per risolverla sia, nella prospettiva del diritto internazionale, quella delle regole sull'interpretazione dei trattati. Mi pare che la stessa Corte internazionale di giustizia abbia inquadrato il problema in questi termini[123]. Valorizzare, nell'operazione esegetica, l'una o l'altra parte delle celebri conclusioni formulate in *Diallo* – la proposizione concessiva "Although the Court *is in no way obliged*, in the exercise of its judicial functions, to model its own interpretation of the Covenant on that of the Committee", o la principale "it believes that it should *ascribe great weight* to the interpretation adopted by this independent body that was established specifically to supervise the application of that treaty"[124] – si traduce, in definitiva nel dare minore o maggiore peso ad un approccio teleologico[125] e/o ad argomenti di carattere sistemico[126]. D'altra parte, anche per il più rigoroso positivista tra gli interpreti, poco incline a riconoscere qualunque valore prescrittivo agli orientamenti di organi non giurisdizionali, può essere assai utile far ricorso alle pronunce degli organi internazionali di controllo (non solo quelli istituiti dai trattati sulla tutela e promozione dei diritti umani) quali mezzi sussidiari di interpretazione ai sensi dell'art. 32 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969[127], come recentemente prospettato dallo *Special Rapporteur* della Commissione del diritto internazionale, Georg Nolte[128].

Tale articolo, infatti, nell'affermare che "[s]i può fare ricorso ai mezzi complementari di interpretazione, e *in particolare* ai lavori preparatori e alle circostanze nelle quali il trattato è stato concluso", apre a considerare qualsiasi altro elemento di aiuto nell'interpretazione di un

[122] V. KANETAKE, *op. cit.*, pp. 205-206.

[123] Cf. CIG, sentenza 30 novembre 2010, *Ahmadou Sadio Diallo (Guinea* v. *Congo)*, in *I.C.J. Reports 2010*, p. 639; sentenza 20 luglio 2012, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium* v. *Senegal)*, in *I.C.J. Reports 2012*, p. 422, par. 101.

[124] CIG, *Diallo*, cit., par. 66, corsivo aggiunto.

[125] ULFSTEIN, *op. cit.*, p. 441.

[126] La stessa CIG, *Diallo*, cit., par. 66, sottolinea l'opportunità "to achieve the necessary clarity and the essential consistency of international law, as well as legal security".

[127] 23 maggio 1969, 1155 *UNTS* 331.

[128] Cfr. NOLTE, *Fourth report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties*, UN doc. A/CN.4/694, par. 53.

trattato, *a partire da* (ma *non esclusivamente*) i lavori preparatori e le circostanze della conclusione. La giurisprudenza internazionale più autorevole ha, perciò, da sempre incluso, sotto l'art. 32, ogni altro elemento che contribuisca anche solo a *confermare* l'interpretazione raggiunta applicando le regole previste dall'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati [129].

7. Note conclusive

I meccanismi del controllo internazionale sono "espressione di una nuova relazione tra i singoli Stati e la *società internazionale* nel suo insieme", che fa sì che i primi "non siano più padroni assoluti di sé stessi, ma dipendano significativamente dalle relazioni multilaterali e siano soggetti alla pressione e al peso della *collettività*"[130]. Muovendo dall'osservazione della loro proliferazione e delle dinamiche sociali che in essi si realizzano, il presente contributo cerca di rispondere ad alcune domande piuttosto semplici; cioè se anche il controllo internazionale si sia standardizzato, attraverso una sorta di codificazione *de facto*, e quali siano le più significative conseguenze e i più notevoli fenomeni associati all'emergere di un modello unico, qualora, in effetti, ciò venga accertato.

Quanto al primo quesito, l'esame della prassi nei settori del diritto internazionale dove il controllo si è maggiormente diffuso fa propendere per una risposta certamente affermativa. Non solo: nel diritto internazionale dell'ambiente, in quello penale e in quello dei diritti umani, la convergenza verso modelli unitari si è accompagnata ad ulteriori tendenze (maggiore articolazione istituzionale dei meccanismi di controllo; affinamento delle procedure; affermazione di minime garanzie procedurali e, soprattutto, sviluppo delle c.d. attività di *follow-up* con collegata produzione di ulteriore *soft law* anche su aspetti solo accennati dalla disciplina pattizia rilevante), che vanno nel senso di una maggiore complessità del controllo internazionale. Tutto ciò ha reso più probabile ed evidente l'emergere, nell'ambito delle procedure internazionali di controllo, di quei fenomeni pregiuridici e metagiuridici che già venivano individuati quando l'istituto fu inizialmente teorizzato.

Si è avuta evoluzione anche nel senso di un maggiore coordinamento, formale e informale, tra meccanismi diversi che operano nei medesi-

[129] *Inter multa*, per la chiarezza sul punto, si v. CIG, sentenza 17 dicembre 2002, *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia* v. *Malaysia)*, in *I.C.J. Reports 2002*, p. 625.

[130] CASSESE (A.), *Fostering,* cit., p. 295, corsivo aggiunto.

mi settori, una tendenza che, prevedibilmente, continuerà in futuro riducendo i costi di una dispendiosa competizione "intra-specifica". L'osservazione della prassi dimostra, inoltre, che diversi meccanismi internazionali di controllo tesi a verificare l'attuazione di trattati disciplinanti materie affini si influenzano vicendevolmente, contribuendo a svolgere e precisare il contenuto di regole e principi sanciti solo implicitamente o in termini generici in tali strumenti. La contaminazione tra meccanismi diversi concorre, quindi, all'emergere di interpretazioni condivise dai rispettivi organi e, spesso, anche accettate dagli Stati interessati, rappresentando così, nei fatti, una via di interazione materiale tra gli stessi strumenti pattizi. Strettamente collegata allo sviluppo appena menzionato è la questione del valore prescrittivo delle interpretazioni rese dalle pronunce e dagli orientamenti di questi organi. In definitiva, tale problematica – particolarmente avvertita con riferimento alle norme internazionali in materia di diritti umani, la cui attuazione da parte degli ordinamenti interni costituisce garanzia essenziale di effettività – sembra doversi correttamente risolvere, oltre che attraverso l'irrinunciabile esame della singola fattispecie concreta, alla luce delle regole generali sull'interpretazione dei trattati internazionali: la maggiore o minore valorizzazione degli orientamenti degli organi internazionali di controllo dipende in larga misura dalla scelta dei canoni e delle tecniche esegetiche.

Infine, alla luce dell'attuale crisi del multilateralismo, ogni previsione su traiettorie future nel senso della continuità o, viceversa, discontinuità rispetto alle tendenze generali qui ricostruite sembra ardua. Difficilissimo, ad esempio, è prevedere se un istituto che, nei fatti, si basa sul bisogno di onorabilità avvertito dagli Stati possa progredire, rimediando ad alcune delle note problematiche che lo affliggono[131], in una fase di "uscita" degli Stati da molte istituzioni multilaterali tra cui alcune corti internazionali[132]. Altrettanto complicato è anticipare se il patrimonio conoscitivo rappresentato dal sindacato esercitato dai meccanismi internazionali di controllo oggi operativi sarà utilizzato per affinare la disciplina sostanziale di nuovi strumenti pattizi o, emendandoli, di quelli esistenti. Mi sembrano domande che, nel tempo, meritano ulteriore riflessione.

[131] V., per tutti, CRAWFORD, *The UN Human Rights Treaty System*, cit., pp. 4-11.

[132] Cf., recentemente, PAUWELYN, HAMILTON, *Exit from International Tribunals*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2018, p. 1 ss.; CRAWFORD, *The Current Political Discourse Concerning International Law*, in *Modern Law Review*, 2018, p. 1 ss., pp. 1-2, 12-22.

APPENDICE

SOCIETÀ ITALIANA DI DIRITTO INTERNAZIONALE E DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

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

· Con l'emendamento all'art. 4 dello Statuto approvato dall'Assemblea straordinaria.

Presidente per il 2002-2003: Prof. Nerina Boschiero, eletta dall'Assemblea di 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
Dott. Francesco Costamagna
Prof. Pasquale De Sena
Prof. Roberto Mastroianni
Prof.ssa Laura Pineschi

Segretario Generale: Prof. Edoardo Greppi

Consiglio direttivo per il 2015-2018 eletto dall'Assemblea di Macerata del 5 giugno 2015

Presidente: Prof. Ugo Villani

Vicepresidente per il 2015-2016: Prof.ssa Laura Pineschi, eletta dall'Assemblea di Macerata il 5 giugno 2015

Vicepresidente per il 2016-2017: Prof. Giuseppe Nesi, eletto dall'Assemblea di Parma del 9 giugno 2016

Vicepresidente per il 2017-2018: Prof. Francesco Salerno, eletto dall'Assemblea di Trento dell'8 giugno 2017

Componenti:

Prof.ssa Marina Castellaneta
Prof. Federico Casolari
Prof.ssa Angela Di Stasi
Prof.ssa Alessandra Gianelli
Prof. Paolo Palchetti

Segretario Generale: Prof. Pasquale De Sena

Finito di stampare presso la *Vulcanica Print* Nola (Na)
nel mese di maggio 2018