SIDI

Società Italiana di Diritto Internazionale
e di Diritto dell'Unione Europea
20

L'INCIDENZA DEL DIRITTO NON SCRITTO SUL DIRITTO INTERNAZIONALE ED EUROPEO

XX Convegno
Macerata
5-6 giugno 2015

a cura di

Paolo Palchetti

SIDI
20

EDITORIALE SCIENTIFICA

es

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 quarti centenario della morte di Alberico Gentili* (XIII Convegno Roma – 2008), Napoli, 2009
14. *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata,* (XIV Convegno – Bari 2009), Napoli, 2010
15. *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei diritti UE e standards internazionali,* (XV Convegno – Bologna 2010), Napoli, 2011
16. *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*, (XVI Convegno – Catania 2011) Napoli, 2012
17. *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht: verso nuove regole*, (XVII Convegno – Genova 2012), Napoli, 2013
18. *Diritto internazionale e pluralità delle culture*, (XVIII Convegno - Napoli 2103), Napoli 2014
19. *Il futuro delle organizzazioni internazionali. Prospettive giuridiche*, (XIX Convegno Cormayeur - 2014), Napoli 2015

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

L'INCIDENZA DEL DIRITTO NON SCRITTO SUL DIRITTO INTERNAZIONALE ED EUROPEO

XX Convegno
Macerata
5-6 giugno 2015

a cura di
Paolo Palchetti

EDITORIALE SCIENTIFICA

Volume pubblicato con il contributo dell'Università di Macerata

Proprietà letteraria riservata

© Copyright maggio 2016

Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napol
ISBN 978-88-6342-899-5

INDICE-SOMMARIO

Presentazione 9
PASQUALE DE SENA

Introduzione 11
PAOLO PALCHETTI

PRIMA SESSIONE PLENARIA

Il diritto non scritto nel diritto internazionale pubblico

Presidenza
MARIA LAURA PICCHIO FORLATI 17

Relazioni
ENZO CANNIZZARO
Unità e pluralità dei metodi di accertamento del diritto consuetudinario 23
LUIGI CONDORELLI
Diritto non scritto: erosione degli spazi o continua vitalità? 43

PRIMA SESSIONE PARALLELA

Diritto internazionale dell'economia

Presidenza
ELENA SCISO
Introduzione 67

Relazioni
GIOVANNA ADINOLFI
Il diritto non scritto nel sistema OMC 75

HERVÉ ASCENSIO
Le droit non-écrit dans la jurisprudence des tribunaux d'investissement 115

SECONDA SESSIONE PARALLELA

Diritti umani e diritto internazionale penale

Presidenza
FLAVIA LATTANZI

Relazioni
MASSIMO STARITA
Il diritto non scritto nel sistema della Convenzione europea dei diritti umani 133

BEATRICE I. BONAFÈ
Il diritto non scritto nel sistema della Corte penale internazionale 161

SECONDA SESSIONE PLENARIA

Il diritto internazionale non scritto nell'ordinamento costituzionale italiano

Presidenza
EDOARDO GREPPI
Introduzione 189

Relazione
ROBERTO BIN
L'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale non scritto dopo la sent. 238/2014 191

TERZA SESSIONE PLENARIA

Il diritto non scritto nel diritto internazionale privato

Presidenza
ANGELO DAVÌ
I principi generali nel diritto internazionale privato europeo. Introduzione 207

Relazioni
RAINER HAUSMANN
Le questioni generali nel diritto internazionale privato europeo 215

ROBERTA CLERICI
I principi del diritto internazionale privato europeo delle successioni 241

ANTONIO LEANDRO
L'equo processo nel diritto processuale civile internazionale europeo 257

QUARTA SESSIONE PLENARIA

Il diritto non scritto nel diritto dell'Unione europea

Presidenza
GIROLAMO STROZZI

Relazioni
FRANCESCO MUNARI
Sui limiti internazionali all'applicazione extraterritoriale del diritto europeo della concorrenza 311

ORNELLA PORCHIA
Il diritto non scritto nel funzionamento delle istituzioni dell'Unione europea 349

CHIARA AMALFITANO
Il diritto non scritto nell'accertamento dei diritti fondamentali dopo la riforma di Lisbona 373

CONCLUSIONI GENERALI

GIORGIO GAJA 435

APPENDICE

Organi direttivi della SIDI 439

PRESENTAZIONE

Pasquale DE SENA*

Il XX Convegno della Società italiana di Diritto internazionale (SIDI), svoltosi presso l'Università degli Studi di Macerata il 5 e il 6 giugno 2015, ha rappresentato, per più aspetti, un evento del tutto particolare. Anzitutto, esso ha segnato il ventennale della vita della Società stessa, fondata nel 1995; venti anni, nel corso dei quali quest'ultima è cresciuta, non solo in numero di soci (in proporzione all'aumento del numero di cultori delle sue discipline di riferimento), ma anche per la molteplicità dei compiti e delle iniziative via, via assunti, soprattutto negli ultimi tempi.

A ciò deve aggiungersi che, su proposta dei Consiglio direttivo, l'Assemblea dei Soci ha deliberato, proprio nel quadro del Convegno di Macerata la sostituzione dell'originaria "ragione sociale" della SIDI con la denominazione "Società italiana di Diritto internazionale e di Diritto dell'Unione europea", in omaggio all'autonomia del settore scientifico-disciplinare del Diritto dell'Unione europea. Questo significativo cambiamento costituisce un primo esito del dibattito sulla fisionomia della comunità scientifica degli internazionalisti ed europeisti italiani, manifestatosi già nell'ambito del Convegno di Courmayer, poi proseguito in varie forme. Della vivace dialettica che ha animato tale dibattito all'interno della Società può d'altronde considerarsi positiva espressione la pluralità di posizioni emerse nel quadro delle procedura di rinnovo dei membri del Consiglio direttivo per il triennio 2015-2018.

La dialettica in questione non sembra, peraltro, perlomeno per ora, aver pregiudicato la tradizionale propensione all'unitarietà degli studi internazionalistici nel nostro Paese, sia pure nella distinzione delle tre discipline che ne costituiscono l'ossatura. Una riprova particolarmente indicativa di questa circostanza, è fornita, sul piano scientifico-culturale, dalla felice scelta dell'oggetto del convegno, concernente "L'incidenza del diritto non scritto sul Diritto internazionale ed europeo", di cui i contributi qui raccolti sono il frutto. Una simile scelta, che è parsa rilevante anzitutto dal punto di vista del Diritto internazionale pubblico, a vent'anni dalla fondazione della SIDI e alla luce delle note discus-

* Segretario generale della Società italiana di Diritto internazionale e di Diritto dell'Unione europea.

sioni sul fenomeno della "frammentazione" dell'ordinamento internazionale, ha consentito infatti di tentare una riflessione generale sul rilievo effettivo del diritto non scritto, anche con riferimento al Diritto dell'Unione europea e al Diritto internazionale privato. L'esigenza di pre-determinare le linee generali di un incontro di così ampio respiro, la delicatezza e la complessità dei problemi trattati, nonché l'opportunità di lasciare spazio al confronto fra i relatori e i partecipanti ai lavori, spiegano e, a mio parere, giustificano la scelta di rinunciare, per l'occasione, alla prassi della "call for papers", seguita nei convegni annuali sin dal 2010.

Nel chiudere queste brevi note, un caloroso ringraziamento va rivolto a tutti i Colleghi dell'Università di Macerata, in particolare ai più giovani e al Prof. Paolo Palchetti (Vice Presidente della SIDI nel 2014-2015), per il notevolissimo sforzo profuso al fine di superare non poche difficoltà logistiche, e per gli ottimi esiti dell'incontro. Nella mia duplice qualità di nuovo Segretario generale della Società, e, al tempo stesso, di … veterano del Consiglio direttivo della SIDI, mi sia consentito infine di sottolineare, ancora una volta, l'impegno costante, discreto ed efficace, di tutti i membri del Consiglio uscente, del Dr. Roberto Storchi, ed in particolare della Presidente e del Segretario generale, Laura Picchio Forlati ed Edoardo Greppi: a loro molto si deve anche per la riuscita di questa pagina della vita della Società.

INTRODUZIONE

Paolo PALCHETTI*

Lo studio delle fonti del diritto non scritto costituisce un tema classico del diritto internazionale ed europeo. Questa attenzione riflette l'importanza che è tradizionalmente assegnata al diritto non scritto – si tratti di consuetudini, di principi generali o altro – nel sistema delle fonti di questi ordinamenti. Ci si può chiedere, tuttavia, se questa valorizzazione del diritto non scritto continui a trovare effettivo riscontro nelle concrete dinamiche delle relazioni internazionali.

L'importanza comparativa del diritto scritto e del diritto non scritto varia inevitabilmente a seconda dei contesti e delle epoche. Se a livello di ordinamenti nazionali si assiste da tempo ad una rivalutazione del ruolo del diritto non scritto rispetto alla legge, sul piano dell'ordinamento giuridico internazionale sembrerebbe essere in atto, quanto meno a prima vista, un processo in senso opposto. Per quanto l'interesse nei confronti delle fonti del diritto non scritto non sia mai venuto meno – ne sono conferma gli attuali lavori della Commissione del diritto internazionale delle Nazioni Unite sulla identificazione del diritto internazionale consuetudinario – vi sarebbero secondo alcuni segnali che dimostrerebbero una "obsolescenza" del diritto non scritto, conseguenza in particolare del progressivo restringimento dello spazio da questo occupato. Pur con forme e modalità differenti, questo fenomeno appare investire anche il diritto dell'Unione europea e il diritto internazionale privato.

Si può allora parlare di un declino del diritto non scritto? Oppure, dietro l'apparente valorizzazione del diritto scritto, si può ravvisare una continua vitalità ed attualità delle fonti non scritte di produzione del diritto?

È a partire da questi interrogativi che il convegno annuale SIDI di Macerata, il ventesimo nella storia della Società, ha inteso esaminare l'incidenza del diritto non scritto sul diritto internazionale ed europeo. Si tratta di un tema classico – le fonti del diritto non scritto internazionale

* Ordinario di diritto internazionale, Università di Macerata; Vicepresidente della Società italiana di Diritto Internazionale (2014-15).

ed europeo – ma rivisitato da un'angolazione particolare. I problemi affrontati sono molteplici.

Nella prospettiva del diritto internazionale pubblico, il problema dell'incidenza del diritto non scritto può essere esaminato focalizzando l'attenzione, da un lato, sull'ordinamento giuridico internazionale nel suo complesso e, dall'altro, su singoli ambiti settoriali di quell'ordinamento. Quanto al primo profilo, due sono le questioni generali affrontate: la prima, di ordine metodologico, riguarda l'unità o la pluralità dei modi di rilevazione del diritto non scritto, in particolare di natura consuetudinaria; l'altra ha invece ad oggetto il rapporto tra diritto non scritto e diritto scritto ed è volta più direttamente ad accertare se, e in che misura, sia giustificato parlare di una obsolescenza del diritto non scritto a livello di diritto internazionale.

Notevole spazio è poi dedicato al ruolo del diritto non scritto in seno a regimi convenzionali operanti in vari settori. Qui il diritto non scritto può svolgere una pluralità di funzioni, da quella di ausilio all'interpretazione del testo scritto a quella di integrazione del dato normativo. Si tratta peraltro non solo di cogliere se, e in che misura, sia dato ancora spazio al diritto non scritto in questi contesti ma anche di vedere se il metodo di accertamento non tenda a differenziarsi a secondo del diverso ambito normativo. Inevitabilmente si è dovuto operare una scelta, data la pluralità di sistemi speciali rispetto ai quali il problema potrebbe essere esaminato. La scelta è ricaduta su due regimi operanti nel quadro del diritto internazionale economico (sistema dell'Organizzazione mondiale del commercio e regime in tema di tutela degli investimenti) e due regimi in tema di tutela dei diritti fondamentali (il sistema della Convenzione europea dei diritti umani e quello in tema di repressione dei crimini internazionali facente capo alla Corte penale internazionale).

Il diritto internazionale non scritto ha un impatto anche nell'ordinamento interno degli Stati. Essendo ancora vivi gli echi dell'importante sentenza n. 238/14 della Corte Costituzionale, si è ritenuto opportuno dedicare una sessione del convegno all'esame del valore attribuito al diritto internazionale non scritto nell'ordinamento italiano. Qui peraltro le questioni che si pongono sono parzialmente diverse, trattandosi soprattutto di vedere come il sindacato di costituzionalità possa incidere sull'operatività della regola internazionale non scritta nell'ordinamento interno.

Nel campo del diritto internazionale privato, l'indagine si è concentrata principalmente sulla dimensione europea. La questione centrale è quella di vedere se, a fronte del sempre più ampio esercizio della competenza legislativa dell'Unione europea nei più diversi settori della materia,

si possano identificare, dietro la pluralità di atti settoriali, principi generali del diritto internazionale privato dell'Unione europea. Si tratta infatti di un ambito nel quale permane una rilevanza del diritto non scritto, tali principi generali presentando allo stato il carattere di regole non scritte, in attesa eventualmente di essere trasfusi in un ipotetico regolamento "Roma 0". I tre profili selezionati riguardano un tema generale – l'individuazione dei principi con riferimento alle questioni generali della materia – e due ambiti specifici di particolare complessità: il diritto internazionale privato delle successioni e il diritto processuale civile internazionale europeo.

All'influenza del diritto non scritto nel processo di integrazione europea è dedicata la sessione europea del convegno. Anche qui è stato inevitabile compiere una selezione dei temi, data l'ampiezza della questione. La scelta è ricaduta su temi che affrontano da diverse prospettive, interne ed esterne, il valore delle regole non scritte nella vita istituzionale, i limiti imposti dal diritto internazionale consuetudinario all'*emprise* del diritto della concorrenza e, infine, il ruolo dei principi generali nella protezione dei diritti fondamentali. L'incidenza di tali fonti sull'integrazione europea, nonché le modalità di formazione e di rilevazione del *jus non scriptum*, costituiscono dunque i principali nodi teorici posti dalla sessione europea, contribuendo così al filo conduttore unitario che vuole qualificare il convegno "maceratese" della SIDI.

L'organizzazione scientifica del convegno è il risultato di numerosi incontri e lunghi confronti all'interno della piccola comunità dei docenti di diritto internazionale e di diritto dell'Unione europea dell'Università di Macerata. Se l'impostazione complessiva dell'intero convegno è stata condivisa da tutti, mi preme segnalare che il contributo principale per la sessione di diritto dell'Unione europea è stato di Roberto Baratta, mentre l'organizzazione e la presentazione della sessione internazionalprivatistica è merito principalmente di Gianluca Contaldi e di Fabrizio Marongiu Buonaiuti. Eugenia Bartoloni, Andrea Caligiuri, Benedetta Ubertazzi ed io abbiamo avuto la responsabilità principale nel definire i temi delle sessioni di diritto internazionale pubblico.

Il convegno di Macerata non sarebbe stato possibile senza l'attenzione che gli organi universitari dell'Università di Macerata hanno prestato a questo evento. Ringrazio quindi il Magnifico Rettore, prof. Luigi Lacché, la Scuola di dottorato, il Dipartimento di Giurisprudenza e il Dipartimento di Scienze politiche, della comunicazione e delle relazioni internazionali.

Un ringraziamento particolare va poi al Centro Studi Gentiliani. Il Centro non poteva non avere una collocazione speciale nell'organiz-

zazione di questo convegno, costituendo da anni un partner privilegiato per l'Università di Macerata ma avendo anche un forte legame con la SIDI, in particolare per il contributo che ogni anno dà all'organizzazione dell'incontro annuale dei dottorandi a San Ginesio. Nel menzionare il Centro Studi, un ricordo affettuoso va al prof. Diego Panizza, che del Centro è stato per decenni l'anima culturale.

Infine un ringraziamento particolare a chi ha lavorato alacremente per la riuscita del convegno e/o per la messa a punto del testo finale degli atti: Serena Bolognese, Alessandro Bufalini, Giulia D'Agnone, Francesca De Vittor, Cristina Grieco, Lucas C. Lima, Loris Marotti, Claudia Pennacchietti, Cristina Renghini.

PRIMA SESSIONE PLENARIA

IL DIRITTO NON SCRITTO NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PUBBLICO

Presidenza
MARIA LAURA PICCHIO FORLATI

Maria Laura PICCHIO FORLATI*

1. Aprire i lavori della sessione introduttiva al XX Convegno della Società italiana di diritto internazionale e dell'Unione europea si è rivelata per me esperienza coinvolgente per tanti motivi. Si tratta di motivi connessi alla storia e alle vicende della Società, e alla sua collocazione nel panorama scientifico e accademico italiano, ma pure al momento che l'esperienza giuridica internazionale attraversa: rappresentata come questa è – non solo simbolicamente ma, si direbbe, in carne viva – dalle incontenibili migrazioni umane che, attraversando Stati e confini, scuotono le certezze e paratie create dal diritto, e dalla scienza del diritto, internazionale e, prima ancora, dai sistemi giuridici – originari e non – che a questo si rapportano.

Quanto la pubblicazione degli Atti permette di sottolineare è dunque la tempestività con cui i colleghi della benemerita sede maceratese intercettarono a suo tempo il tema del diritto non scritto per proporlo alla SIDI: tema accolto dall'Assemblea di Courmayeur con un dibattito appassionato, a riprova delle attualizzazioni che il tema stesso già nel 2014 aveva lasciato intravedere. La sfida per il convegno del ventennale era infatti riuscire a far emergere nei contenuti una dimensione dell'area scientifica di competenza che, accanto al ruolo cruciale delle materie ad essa afferenti tra le altre del diritto, potesse evidenziare la sua rilevanza nel contesto di una situazione storico-politica incandescente. Di converso: come immaginare di raggiungere l'obiettivo di un coinvolgimento generalizzato con un tema che – per quanto riguarda la sessione introduttiva, dedicata al diritto internazionale non scritto – più classico non poteva essere?

2. In realtà, la tematica del diritto internazionale non scritto si rivela oggi vitale più che mai per il suo imporsi innanzitutto con riguardo a quel diritto generale che solo può, ad esempio, produrre norme imperative: donde l'individuazione delle conseguenze che questa categoria di norme ha in tema certo di validità (o opponibilità) di accordi internazionali in contrasto con esse, ma pure di responsabilità "aggravata" degli Stati (e di altri soggetti di diritto internazionale), Per non dire delle conseguenze che la vigenza di norme generali imperative ha sull'ammis-

* Già Presidente della Società Italiana di Diritto Internazionale.

sibilità o meno di contromisure. A questo titolo – sotto il profilo, cioè, delle garanzie di attuazione – il diritto non scritto serpeggia così, ineluttabilmente, anche tra le pieghe del diritto internazionale pattizio.

Più in generale, in quest'ultimo ambito la prassi sfida il ricorso generalizzato alla conclusione in forma scritta degli accordi internazionali richiesto dall'obbligo di registrazione dei medesimi e la stessa opera di codificazione delle norme primarie di diritto internazionale. La libertà delle forme in cui le Potenze e gli apparati indipendenti possono manifestare la loro volontà sopravvive in particolare al moltiplicarsi delle sedi negoziali strutturate offerte da organizzazioni internazionali permanenti, e alla configurazione di queste come depositarie di accordi scritti, e delle manifestazioni di volontà che scandiscono la vita di tali accordi. La relativa procedimentalizzazione che tale tendenza imprime alla conclusione di accordi non impedisce invero che comunque la volontà giuridicamente rilevante continui a poter essere espressa nei rapporti internazionali anche per meri fatti concludenti.

E' d'altra parte non scritto il contributo che all'operatività di accordi internazionali pur conclusi in forma scritta dà la regola prima di interpretazione enunciata dalla Convenzione di Vienna 1969 sul diritto dei trattati: quell'art. 31, cioè, par. 3, lett. b), che individua come criterio decisivo per interpretare gli accordi internazionali la prassi successiva delle Parti contraenti.

Non solo: la libertà "originaria" delle forme di conclusione degli accordi internazionali – come delle manifestazioni di volontà rilevanti per il diritto internazionale – sopravvive anche, nella sua radicalità, alla pressione che lo stesso diritto costituzionale esercita in favore della forma scritta, e spesso solenne, degli strumenti da cui sortiscono – nelle materie considerate più cruciali dallo Stato volta a volta interessato – impegni internazionali, o modificazioni di questi, per gli Stati medesimi. In quelle stesse materie gli Stati ed altri enti possono invero realizzare ancor oggi nei rapporti internazionali (art. 46 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati permettendo) i risultati giuridici voluti attraverso comportamenti concludenti: con accordi, cioè, conclusi in forma tacita.

Di più: non solo anche il trattato concluso nella forma più solenne, e a più ampia partecipazione, vive poi – lo si è visto – di un'interpretazione affidata alla prassi successiva delle Parti contraenti; sicuramente a comportamenti concludenti sono affidate le contromisure che, come sanzioni privative, modificano temporaneamente il diritto, non solo generale ma anche pattizio, vigente fra chi le adotta e chi le subisce.

3. Il diritto internazionale non scritto si candida tradizionalmente a fornire parametri di soluzione vincolante delle controversie internazionali attraverso l'arbitrato e le istanze giudiziarie di soluzione delle controversie internazionali. Valga innanzittutto al riguardo la rilevanza attribuita o riconosciuta dall'art. 38, par. 2, dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, lett. b), alla "consuetudine internazionale come prassi accettata come diritto"; ma valga pure a tale riguardo – alla stregua della lett. c) dello stesso articolo – il riferimento ai principi generali degli ordinamenti interni. A tali principi la Corte attinge quando non riscontri, nella materia del contendere, la vigenza tra le parti di regole specifiche del diritto internazionale. Resta che i principi generali applicabili alla soluzione delle controversie internazionali fra Stati sulla scia dell'art. 38, par. 2, lett. c) dello Statuto della CIG, o alla stregua di previsioni simili, sono solo i principi che, quand'anche ricorrenti negli ordinamenti interni, siano compatibili con la struttura giuridicamente paritaria della società internazionale. Trattasi di principi limitati quindi, secondo la lezione di Gaetano Morelli, a: principi di carattere procedimentale; principi sulle fonti del diritto, i contratti fra queste, e in materia d'interpretazione; per determinati profili, principi in materia di responsabilità.

Diversamente accade quando il rinvio ai principi generali degli ordinamenti interni serva ad integrare la sfera dei parametri applicabili alla soluzione dei casi e/o quesiti sottoposti a Corti o organi *ad hoc* investiti, in esecuzione di norme di diritto internazionale pattizio, di ruoli sovranazionali – con poteri diretti cioè, e in posizione sovraordinata, su singoli e enti substatali – e ciò in corrispondenza a limitazioni di sovranità accettate da Stati membri di organizzazioni internazionali, e/o subite da singoli Stati come effetto di contromisure.

Seppur costituiti in osservanza al diritto internazionale, questi tribunali e organi sono chiamati infatti ad operare in un contesto normativo – il loro ordinamento – che, per quanto rarefatto ed embrionale, è di tipo interno. Così accade per i tribunali penali o gli organi amministrativi che, previsti da norme internazionali, sono sovraordinati temporaneamente, o alla stregua di compiti limitati, ad individui e persone giuridiche. Per tali tribunali e organi, la rilevazione di principi non scritti degli ordinamenti interni (in particolare degli Stati che li hanno costituiti) in materia di diritto pubblico, o anche di diritto privato a rilevanza pubblicistica applicabile alle persone fisiche e giuridiche, è allora scelta praticamente obbligata: che di diritto sostanziale o di diritto processuale si tratti. Difficilmente infatti gli atti giuridici internazionali posti alla base dell'esistenza di tali organi riescono a esplicitare tutte le disposizioni necessarie all'espletamento dei compiti ad essi assegnati, né il mini-ordinamento

che si sviluppa a tal fine per auto-costituzione corrisponde necessariamente a tali disposizioni. È quanto vale in qualche misura ancor oggi per la dimensione sovranazionale, pur di ben altra consistenza, dell'ordinamento dell'Unione europea. In tale dimensione il rinvio ai principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri è anzi, seppur solo in parte, espressamente codificato.

Con riguardo infine a quelle materie per le quali i principi generali degli ordinamenti degli Stati civili si prestano ad applicazione nei rapporti internazionali fra Stati (in materia di fonti cioè, come sopra si è visto, e rispetto a tematiche quali contratti, procedimento, interpretazione, responsabilità), lo sviluppo raggiunto dalla *lex mercatoria* attraverso la giurisprudenza di organi transnazionali istituzionalizzati in materia commerciale offre alle Corti internazionali in senso proprio una scorciatoia nella rilevazione di principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati "civili". Un sublimato di tali principi, e della civiltà che li ha generati, è spesso condensato infatti in quella giurisprudenza: portato a sua volta di un ordinamento dei privati che al diritto internazionale in senso proprio somiglia quanto a carattere autonomo delle fonti, posizione paritaria dei soggetti, natura delle garanzie tanto di accertamento che di attuazione.

4. Nei contenuti, lo anticipavo in premessa, la sfida più attuale al ruolo del diritto internazionale non scritto è costituita dalla risposta che le migrazioni di massa, provocate dalla ricerca di sopravvivenza di chi fugge dai conflitti armati e dalla fame, esigono. Dal diritto non scritto sono retti invero, a tutt'oggi, la funzione dei confini fra Stati, la possibilità di discriminazione tra cittadini e non cittadini, e fra individui ed enti substatali di diversa cittadinanza straniera. E sempre dal diritto internazionale non scritto resta consacrata quella differenza, nelle opportunità di accesso degli individui alle risorse indispensabili al progresso ma anche alla sopravvivenza, che esiste fra uno Stato e l'altro. Al fine, è dal diritto internazionale non scritto, come da scelte di politica estera degli Stati, che dipendono ancora in larga parte la qualità dei rapporti internazionali e, di riflesso, la vita di ampie porzioni di umanità.

Orbene: proprio in sede di approfondimento del diritto internazionale non scritto compete ad organismi come la SIDI indagare circa la vigenza o meno e, in caso di risposta positiva, lo spessore di un obbligo internazionale di accoglienza di massa a carico degli Stati richiesti. Più in generale, l'urgenza di interpretazioni nuove del diritto internazionale non scritto – nel rapporto fra libertà di delimitazione della propria sfera di sovranità da parte degli Stati e rispetto del principio di effettività, fra

diritto internazionale, generale e pattizio, di salvaguardia della vita umana in mare e difesa della possibilità di sopravvivenza economica da parte degli Stati su cui preme la richiesta di accoglienza – mette in gioco a tutto campo i saperi specifici dei giuristi internazionalisti.

Con riguardo alle migrazioni di massa, il terreno di impegno nella SIDI potrebbe articolarsi in una direzione duplice: da un lato, il collegamento di tale tema al diritto – scritto e non – della responsabilità internazionale (con la ricostruzione, ad esempio, di un obbligo di riparazione a carico degli Stati che, a valle della caduta del muro di Berlino, hanno concorso a creare alcune delle situazioni proibitive da cui provengono a tutt'oggi, e sempre più massicciamente, le migrazioni di massa verso l'Europa); dall'altro lato, la sfida consistente nel provare a ricostruire il fondamento, alla luce del diritto internazionale, di un obbligo di accoglienza da parte di Stati "innocenti".

Il rischio, in un percorso del tipo evocato, di lasciarsi prendere la mano dall'utopia trova un antidoto nel *caveat* che viene forte e chiaro dal breve folgorante scritto di Jan Brownlie, *The Unity of International Law*, incluso negli Studi in onore di Roberto Ago. L'illustre autore inglese prematuramente scomparso denunciava allora (1987) come molti studiosi che si occupano di argomenti quali sviluppo, ambiente, commercio internazionale, diritti umani, si pronuncino sugli aspetti del diritto internazionale sottesi a tali temi senza avere conoscenze adeguate circa i tratti caratteristici di tale sistema giuridico, specie nella sua componente non scritta, e come sia tale inadeguata conoscenza a costituire l'unico vero attentato all'unità del diritto internazionale.

L'auspicio è dunque che né l'apertura a 360° della SIDI nel reclutamento di nuovi soci specie fra i giovani, né la consapevolezza sempre più matura delle diverse anime della Società, le facciano dimenticare quel monito che l'autore purtroppo non è più qui a rilanciare.

UNITÀ E PLURALITÀ DEI METODI DI ACCERTAMENTO DEL DIRITTO CONSUETUDINARIO

Enzo CANNIZZARO*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Formazione e identificazione del diritto consuetudinario. – 3. L'accertamento del diritto consuetudinario attraverso procedimenti deduttivi: i modelli di riferimento. – 4. Identificazione del diritto consuetudinario e sviluppo progressivo del diritto internazionale. – 5. Interazioni e conflitti fra norme consuetudinarie. – 6. Il modello dell'accertamento "anticipato" del diritto consuetudinario. – 7. Considerazioni conclusive.

1. *Considerazioni introduttive*

Il titolo del presente studio ne determina l'oggetto e ne limita la portata. Esso concerne le procedure per l'identificazione di norme consuetudinarie, ma non anche i loro processi di formazione.

La possibilità di distinguere i processi di formazione rispetto a quelli di identificazione del diritto consuetudinario consente quindi di non trattare dell'intenso e perenne dibattito sugli elementi costitutivi della consuetudine come fonte del diritto internazionale: se essa si formi sulla base di una combinazione fra i due noti elementi della prassi e dell'*opinio iuris*, secondo la opinione prevalente; se essa, di converso, possa scaturire anche dalla generale convinzione dell'esistenza di una regola, pur se mai attuata con condotte fattuali[1].

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

[1] Per qualche indicazione sui termini di tale dibattito, nelle sue articolazioni più recenti, v. D. LEPARD, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications*, Cambridge, 2010; A. E. ROBERTS, *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation*, in *American Journal of International Law*, 2011, p. 757 ss.; M. P. SCHARF, *Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments*, Cambridge, 2013; N. ARAJÄRVI, *The Changing Nature of Customary International Law*, New York 2014; W. T. WORSTER, *The Inductive and Deductive Methods in Customary International Law Analysis: Traditional and Modern Approaches*, in *Georgetown Journal of International Law,* 2014, p. 445 ss.; S. TALMON, *Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology Between Induction, Deduction and Assertion*, in *European Journal of International Law*, 2015, p. 417 ss.

Questi due approcci non sono solo diversi. Essi riflettono altresì antitetiche concezioni del ruolo del diritto consuetudinario nella moderna comunità internazionale.

Il primo recepisce la tradizionale concezione della consuetudine come fonte fattuale di produzione di regole giuridiche, che si conformano quindi a modelli comportamentali considerati generalmente come necessari al fine di governare i rapporti sociali di una determinata comunità. Tale fonte assicura quindi, ad un tempo, stabilità e certezza giuridica. Essa scaturisce, infatti, dalla più o meno spontanea convergenza dei soggetti della comunità internazionale verso modelli comportamentali condivisi e realizza, in maniera massima, la logica inclusiva della comunità internazionale e la sua struttura paritaria. D'altra parte, proprio in ragione di tali caratteristiche strutturali, questo schema normativo appare scarsamente idoneo a definire i rapporti giuridici internazionali in tempi di crisi, in presenza, cioè, di un rapido mutamento degli assetti normativi e del loro adeguamento ai mutati equilibri politici e ai cambiamenti sociali.

Il secondo modello, al contrario, assicura un rapidissimo ricambio della norma generale, pronta a seguire con immediatezza l'evoluzione del costume sociale, fin quasi, paradossalmente, a precederlo. Ma lo fa a costo di una notevole incertezza giuridica e di un rafforzamento del ruolo degli Stati leader della comunità internazionale[2].

2. *Formazione e identificazione del diritto consuetudinario*

È peraltro noto come l'opinione prevalente, in dottrina e nella giurisprudenza internazionale, tenda ad assimilare le procedure di formazione e quelle di identificazione del diritto consuetudinario, ritenendo che la loro distinzione abbia carattere prevalentemente classificatorio. In virtù della natura fattuale della consuetudine come fonte del diritto, infatti, l'accertamento del contenuto di una norma consuetudinaria andrebbe compiuta attraverso una indagine condotta sui medesimi elementi costitutivi che ad essa danno vita.

[2] Né si tratta di un dibattito recente. Per interessanti indicazioni storiche, v. E. KADENS e E.A. YOUNG, *How Customary Is Customary International Law?* , in *William & Mary Law Review*, 2013, p. 885 ss. Ivi, un interessante resoconto sulle varie posizioni sostenute dai glossatori sulla natura del diritto consuetudinario e sul misterioso processo di trasformazione del fatto in diritto.

Questa concezione sembra aver ispirato la Corte internazionale di giustizia pressoché in tutti i casi in cui essa ha fornito qualche indicazione circa la metodologia da utilizzare per rilevare norme consuetudinarie. Si legge nella recente sentenza relativa al caso delle *immunità giurisdizionali*:[3] "the Court must determine … the existence of international custom, …. To do so, it must apply the criteria which it has repeatedly laid down for identifying a rule of customary international law"[4]. In tale brano la Corte non solo sembra cumulare in un unico processo logico l'accertamento della esistenza di una norma consuetudinaria con quello relativo al suo contenuto e alla sua portata; essa sembra anzi considerare i due aspetti come indistinguibili.

La tendenziale identità fra formazione e accertamento del diritto consuetudinario emerge altresì dai lavori della Commissione del diritto internazionale. Nel 2011, la Commissione ha deciso di includere ambedue tali aspetti nel proprio programma di lavoro, intitolato "*Formation and evidence of customary international law*"[5]. Successivamente, su impulso del Relatore Speciale, il titolo venne trasformato e, in suo luogo, venne adottato quello, meno impegnativo, "*Identification of customary international law*". Tuttavia, nelle intenzioni della Commissione tale mutamento non sembra affatto implicare il riconoscimento della diversità fra i due procedimenti. In proposito, il Relatore speciale indicava come "(t)he change in title was made on the understanding that matters relating both to what one Commission member referred to as the 'formative elements' and to evidence of proof of customary international law, remained within the scope of this topic"[6]. Inoltre, il Relatore speciale, invocando a sostegno di tale conclusione l'autorità di Jennings[7], indicava come l'accertamento di una regola consuetudinaria esiga necessariamente l'accertamento dei suoi fattori costitutivi: "It is worthwhile to recall in this context Jennings' observation that in international law the questions of whether a rule of customary law exists, and how customary law is made, tend in practice to coalesce"[8].

La difficoltà di tenere distinti i due momenti, della formazione e dell'accertamento della normativa consuetudinaria, non dovrebbe però dis-

[3] *Immunità giurisdizionali di uno Stato (Germania c. Italia: Grecia interveniente*), sentenza del 3 febbraio 2012, *I.C.J. Reports 2012*, p. 99.

[4] *Ibidem*, par. 55.

[5] A/66/10, par. 365 ss.

[6] V. il *Second Report on Identification of Customary Law*, dello *Special Rapporteur* Michael Wood, A/CN-4/672*, par. 2.

[7] *What is International Law and How Do We Tell It When We See It?*, in *Annuaire Suisse de Droit International*, 1981, p. 59 ss.

[8] A/CN-4/672, par. 2, nota 6.

suadere dall'intraprendere una linea di ricerca sull'uno o sull'altro di essi. A ben guardare, infatti, l'identità fra la fase della formazione e quella dell'accertamento si fonda su una premessa logica non irresistibile: che non sia possibile determinare il contenuto di una norma consuetudinaria se non attraverso la verifica della esistenza dei suoi elementi costitutivi.

Se tale premessa fosse corretta, evidentemente, i due processi, quello della formazione e quello dell'accertamento, finirebbero necessariamente per coincidere. Essa sembra quindi portare ad estreme conseguenze il carattere fattuale della consuetudine, al punto che risulterebbe difficile applicare ad essa la distinzione fra norma e fonte sulla quale si fonda la moderna dottrina della norma giuridica. È verosimilmente questo che si intende allorché si afferma che la norma consuetudinaria non è soggetta ad interpretazione ma va semplicemente rilevata. Tale constatazione riprodurrebbe quindi, a proposito della consuetudine, l'illusione illuminista del giudice come mero esecutore della volontà che si rispecchia nella legge; come *bouche de la loi*. Così come, il giudice non dovrebbe interpretare la norma legislativa, ma limitarsi ad applicarne i precetti, egli dovrebbe limitarsi ad interrogare gli elementi della consuetudine al fine di determinare la norma applicabile al caso di specie.

Dal punto di vista della logica giuridica, questa dottrina appare quindi assai penalizzante. Essa, infatti, esclude che le norme consuetudinarie possano soggiacere alle normali dinamiche normative che caratterizzano i moderni ordinamenti giuridici. In altri termini, rispetto alle norme consuetudinarie non potrebbero trovare applicazione quelle tecniche, proprie dell'interpretazione giuridica, atte a determinare il contenuto di una norma non solo di per sé, ma anche attraverso le sue interazioni con il restante corpo normativo al quale essa appartiene.

Da un punto di vista di politica del diritto, tuttavia, tale conseguenza appare particolarmente tranquillizzante per gli Stati. La necessità di rilevare il contenuto di una norma consuetudinaria esclusivamente attraverso gli elementi costitutivi della consuetudine ha infatti l'effetto di ridurre considerevolmente il margine di autonomia dell'interprete e assicurare agli Stati il controllo non solo sui processi di formazione del diritto consuetudinario, ma altresì su quelli che ne determinano l'evoluzione.

3. *L'accertamento del diritto consuetudinario attraverso procedimenti deduttivi: i modelli di riferimento*

Alla luce di tali considerazioni, conviene procedere oltre nell'analisi e sottoporre a vaglio critico il presupposto tradizionalmente accettato se-

condo il quale l'accertamento delle norme consuetudinarie esige una analisi compiuta sui medesimi elementi costitutivi della consuetudine come fonte normativa.

Come è noto, la giurisprudenza internazionale si è fondata prevalentemente, se non esclusivamente, sulla tradizionale dottrina dualista, secondo la quale la produzione di una norma consuetudinaria si fonda sulla combinazione dei due classici elementi della prassi e della *opinio iuris*. Questa procedura è quella più frequentemente utilizzata dalla giurisprudenza, pur se talvolta in maniera particolarmente sommaria, al fine di identificare il contenuto di una norma consuetudinaria. Non infrequentemente, tuttavia, la giurisprudenza ha utilizzato, ancorché implicitamente altre metodologie, le quali talora sono fondate sull'esistenza di uno solo dei due classici elementi sopra menzionati, e talaltra tendono a prescindere addirittura da ambedue tali elementi, per fondarsi su argomenti puramente logico-deduttivi.

Nelle pagine successive seguiremo quindi un itinerario concettuale teso ad evidenziare l'esistenza di tali metodologie e a delineare alcuni modelli generali all'interno dei quali essi possono essere ragionevolmente inquadrati. Una volta dimostrata la propensione dei giudici internazionali ad avvalersi di modelli alternativi per l'accertamento del diritto consuetudinario, si potrà quindi tornare, con maggiore consapevolezza, al problema dei rapporti fra accertamento e formazione della consuetudine, con qualche considerazione conclusiva.

Una analisi superficiale della giurisprudenza internazionale, svolta in particolare sulle pronunce della Corte internazionale di giustizia, consente di evidenziare tre diverse ipotesi nelle quali la normativa internazionale è stata identificata sulla base di procedimenti puramente deduttivi.

In una prima serie, sono raggruppati alcuni casi nei quali i giudici internazionali, partendo da una regola consuetudinaria esistente, hanno provveduto ad estenderne la portata, accertandone il contenuto "evolutivo" rispetto a fattispecie da essa non considerate. In una seconda serie, i giudici hanno accertato il contenuto di una norma generale attraverso l'analisi della interazione fra norme preesistenti. In una terza serie sono raggruppati taluni casi di accertamento "anticipato", nei quali i giudici internazionali hanno determinato il contenuto di una norma, prescindendo del tutto dalla dimostrazione della sua esistenza e fors'anche anticipandone la formazione.

I tre gruppi di situazioni costituiscono dei meri modelli teorici, privi di qualsiasi effetto normativo e caratterizzati, anzi, da sovrapposizioni e interferenze reciproche. La loro analisi potrà quindi, al più, offrire un

tentativo provvisorio di classificazione utile ad inquadrare un fenomeno complesso e sfuggente.

D'altronde, una analisi di tali situazioni non appare del tutto inutile. Essa può contribuire a verificare la varietà e la ricchezza delle dinamiche giuridiche alle quali sono soggette le norme consuetudinarie nell'ambito dell'ordinamento internazionale. Essa può, in ultima analisi, mettere in evidenza l'ineliminabile complessità del processo di accertamento del diritto consuetudinario.

4. *Identificazione del diritto consuetudinario e sviluppo progressivo del diritto internazionale*

Il primo modello concerne la possibilità di espandere la portata di una norma consuetudinaria ovvero di precisarne il contenuto, attraverso procedimenti logico deduttivi. Esso mette in luce come una norma consuetudinaria già venuta ad esistenza possa svilupparsi attraverso la sua applicazione a casi concreti non previsti al momento della sua formazione[9].

Questo modello appare molto interessante teoricamente in quanto pone in discussione uno dei profili assiomatici della tradizionale dottrina della consuetudine, dato dall'esistenza di un rapporto biunivoco fra la norma consuetudinaria e la propria fattispecie. Il carattere fattuale della norma consuetudinaria dovrebbe infatti impedire che essa venga applicata ad una fattispecie analoga ma diversa rispetto a quella che ad essa ha dato vita.

A un modello di questo tipo si possono richiamare una serie di situazioni che evidenziano la tendenza ad utilizzare procedimenti logici per determinare articolazioni normative di una regola consuetudinaria attraverso l'ampliamento della portata al fine di applicarla a casi simili ovvero a casi posti in un rapporto di "succedaneità logica", ovvero anche di strumentalità normativa, rispetto alla fattispecie regolata dalla norma consuetudinaria.

Un esempio paradigmatico di questo fenomeno viene dal caso *Nicaragua*, deciso nel merito dalla Corte internazionale di giustizia nel 1986[10]. La Corte era chiamata a determinare i presupposti per l'esercizio del diritto di legittima difesa collettiva, previsto espressamente nell'art.

[9] V. L. GRADONI, *Consuetudine internazionale e caso inconsueto*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 704 ss.

[10] Sentenza del 27 giugno 1986 nel caso *Attività militari e paramilitari in Nicaragua e contro il Nicaragua (Nicaragua c. Stati Uniti)*, *I.C.J. Reports 1986,* p. 14.

51 della Carta e corrispondente al diritto internazionale generale. In particolare, si trattava di vedere se tale diritto potesse essere senz'altro esercitato da uno Stato terzo a favore dello Stato aggredito ovvero se il suo esercizio fosse subordinato alla richiesta di questi.

La soluzione della Corte si è svolta in due momenti distinti.

Nel paragrafo 195 della sentenza, la Corte ha indicato l'esistenza di una competenza esclusiva dello Stato aggredito ad accertare l'esistenza di una aggressione, pur in assenza di una regola internazionale avente questo contenuto. Tale indicazione ha una struttura argomentativa ternaria. Nella prima frase, la Corte ha indicato, in termini assertivi, la soluzione del problema: "[i]t is also clear that it is the State which is the victim of an armed attack which must form and declare the view that it has been so attacked". Nella seconda frase, la Corte ha indicato come tale conclusione non si fondasse su di una regola consuetudinaria esistente: "There is no rule in customary international law permitting another State to exercise the right of collective self-defence on the basis of its own assessment of the situation". Nella terza e conclusiva frase, la Corte ha quindi dedotto dall'assenza di una regola permissiva la conseguenza dell'esistenza di una competenza esclusiva dello Stato aggredito "[w]here collective self-defence is invoked, it is to be expected that the State for whose benefit this right is used will have declared itself to be the victim of an armed attack".

Un apparato argomentativo analogo è stato utilizzato nel paragrafo successivo, nel quale si indica come il diritto internazionale generale subordini l'esercizio del diritto di legittima difesa collettiva ad una specifica richiesta da parte dello Stato aggredito. A tale conclusione, la Corte perviene sulla base di una struttura argomentativa binaria. In primo luogo "the Court finds that in customary international law, whether of a general kind or that particular to the inter-American legal system, there is no rule permitting the exercise of collective self-defence in the absence of a request by the State which regards itself as the victim of an armed attack". Dall'assenza di una regola specifica, la Corte ha tratto una conseguenza normativa: "that the requirement of a request by the State which is the victim of the alleged attack is additional to the requirement that such a State should have declared itself to have been attacked".

Come si vede, in ambedue le situazioni, la Corte ha constatato l'assenza di una regola consuetudinaria che consentisse, rispettivamente, l'accertamento unilaterale dell'aggressione da parte di uno Stato terzo e il potere di questi di intervenire in legittima difesa collettiva. Da tale constatazione, tuttavia, la Corte non ha tratto la conseguenza dell'esi-

stenza di una *lacuna iuris*, con un conseguente regime di libertà a favore degli Stati terzi. Al contrario, essa ha analizzato, ancorché sommariamente, la struttura normativa della regola consuetudinaria sulla legittima difesa collettiva, deducendo che essa è stabilita nell'interesse dello Stato attaccato. Da tale constatazione, la Corte ha quindi dedotto che il diritto internazionale subordina l'esercizio del diritto di legittima difesa collettivo ad uno specifico atto di accertamento e di volontà dello Stato attaccato.

Come si vede, anziché limitarsi ad accertare il diritto generale sulla base dei fattori produttivi di esso, la Corte ne ha ricostruito il contenuto e la portata sulla base di una analisi meramente logica circa la struttura e la funzione della normativa esistente.

Il caso *Nicaragua* non costituisce certo un precedente isolato. Vi sono, anzi, varie occasioni nelle quali la Corte internazionale di giustizia ha ricostruito articolazioni normative del diritto generale sulla base di una analisi logica della struttura e della funzione delle regole esistenti.

Un esempio in un certo senso analogo viene dalla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 24 maggio 1980, relativa al caso del *personale diplomatico e consolare degli Stati Uniti a Teheran*[11], concernente la definizione del divieto di violazione delle regole sulle immunità diplomatiche a titolo di contromisura. In quella occasione, la Corte ha tratto dal carattere "fondamentale" delle regole sull'inviolabilità diplomatica, e dall'esistenza, nel sistema del diritto diplomatico, di mezzi particolarmente efficienti atti a far cessare le interferenze negli affari interni dello Stato di sede, la conseguenza della insuscettibilità di tali regole di essere violate a titolo di contromisura.

Dopo aver indicato, nel par. 85, come la normativa sull'inviolabilità delle immunità personali dei diplomatici, nonché di quelle garantite alla sede diplomatica e agli archivi, non possa essere violata neanche al fine di far cessare eventuali abusi della funzione diplomatica, la Corte ha concluso, al par. 86, come "(t)he rules of diplomatic law, in short, constitute a self-contained regime …", precisando che "the principle of the inviolability of the persons of diplomatic agents and the premises of diplomatic missions is one of the very foundations of this long-established regime …"[12].

[11] Sentenza del 24 maggio 1980 nel caso *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, *Stati Uniti d'America c. Iran*, *I.C.J. Reports 1980,* p. *3.*

[12] Significativamente, la Corte ha aggiunto, al par. 86, che "(e)ven in the case of armed conflict or in the case of a breach in diplomatic relations those provisions require that both the inviolability of the members of a diplomatic mission and of the premises, property and archives of the mission must be respected by the receiving State". In questo

Conviene notare come sia l'analisi contenuta nel par. 85, sia le conclusioni formulate nel par. 86, fanno seguito ad una operazione interpretativa compiuta sulle disposizioni della Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche del 1961. È però evidente, dal tenore e dalla formulazione delle conclusioni, come esse valgano altresì rispetto al regime consuetudinario, codificato dalla Convenzione del 1961[13]. Significativamente quindi, la Corte internazionale di giustizia avrebbe tratto dal sistema del diritto diplomatico delle articolazioni normative attraverso forme di interpretazione contestuale e funzionale: una operazione che mal si concilia con la natura puramente fattuale della normativa consuetudinaria.

Un ulteriore distacco rispetto alle metodologie di accertamento classiche si verifica nei casi in cui i giudici sembrano indicare come, in relazione allo "sviluppo progressivo" del diritto consuetudinario, una regola potrebbe applicarsi a fattispecie diverse da quelle che ne hanno occasionato la formazione.

Non è forse irragionevole individuare un processo di questo tipo, di particolare raffinatezza concettuale, nel caso *Diallo*[14]. Nella giurisprudenza precedente, la Corte aveva, invero, accertato come la portata della norma consuetudinaria sulla protezione diplomatica, originariamente limitata ad assicurare il rispetto delle regole internazionali sullo *standard* minimo di trattamento degli stranieri, si fosse allargata in modo da coprire anche violazioni dei diritti individuali, pur se non qualificate come di-

punto, l'argomento seguito dalla Corte sembra procedere sulla base di un ragionamento meramente logico: quello per il quale una regola inviolabile in tempo di guerra debba risultare a più forte ragione inviolabile in tempo di pace. Appare evidente l'analogia fra tale argomento e quello utilizzato dalla Corte nel caso del *passaggio nello stretto di Corfù* (sentenza del 9 aprile 1949, *Regno Unito c. Albania*, *I.C.J . Reports* 1949, *p.* 4) al fine di trarre dalle *elementary considerations of humanity* l'obbligo per l'Albania di avvisare le navi in transito dell'esistenza nel proprio mare territoriale di un campo minato. Or bene, proprio tale analogia sembra rafforzare l'idea che, in ambedue i casi, la Corte abbia utilizzato un metodo puramente logico per estendere la portata di un obbligo convenzionale ad una fattispecie da esso non direttamente contemplata. Nel caso di specie, peraltro, l'obbligo convenzionale di assicurare anche in caso di conflitto armato l'inviolabilità dei membri della missione diplomatica, della sede e degli archivi corrisponde, come si è detto, ad un obbligo di natura consuetudinaria. Ne consegue che tale argomento, apparentemente svolto in punto di interpretazione della norma convenzionale, vale altresì a determinare la ricostruzione della corrispondente norma consuetudinaria.

[13] In vari passaggi della sentenza, e, in particolare, nel par. 45, la Corte ha dato atto della larga corrispondenza fra il regime convenzionale e il regime generale. V. inoltre, l'ordinanza del 15 dicembre 1979, par. 25.

[14] V. le due sentenze rese nel caso *Ahmadou Sadio Diallo* (*Repubblica di Guinea c. Repubblica democratica del Congo)*, del 24 maggio 2007, Eccezioni preliminari, *I.C.J. Reports 2007*, p. 582 , e 19 giugno 2012, indennizzo, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 324 .

ritti dell'uomo[15]. Nella sentenza relativa alle obiezioni preliminari, del 2007[16], la Corte ha confermato tale indicazione, fondandola sullo sviluppo del diritto internazionale occorso nel campo dei diritti individuali: "due to the substantive development of international law over recent decades in respect of the rights it accords to individuals, the scope *ratione materiae* of diplomatic protection, originally limited to alleged violations of the minimum standard of treatment of aliens, has subsequently widened to include, *inter alia*, internationally guaranteed human rights". Questa indicazione ben potrebbe essere giustificata con il carattere strumentale della regola sulla protezione diplomatica, rispetto alla normativa sostanziale, per modo che lo sviluppo di questa reca logicamente in sé anche uno sviluppo delle regole strumentali tese a garantirne l'effettività. Da tale sviluppo, la Corte potrebbe aver preso spunto, implicitamente, per trarre delle implicazioni particolarmente impegnative nella successiva sentenza relativa al risarcimento del danno, del 2012, secondo la quale "the sum awarded to Guinea in the exercise of diplomatic protection of Mr. Diallo is intended to provide reparation for the latter's injury"[17]. In questa conclusione si riflette, in qualche modo, l'idea di un dovere dello Stato, agente per conto dell'individuo in protezione diplomatica, di assicurare a questi i frutti della propria azione. Tale dovere non sembra avere altro fondamento giuridico che quello risultante dalla combinazione fra la normativa sostanziale relativa alla tutela dei diritti individuali e la normativa strumentale relativa al potere dello Stato di agire in protezione diplomatica.

L'utilizzazione di argomenti logici per determinare l'ambito di applicazione di una regola, ovvero per precisarne limiti o eccezioni, è d'altronde confermata anche nella sentenza recentemente resa nel caso delle *immunità giurisdizionali*[18]. È sintomatico che la Corte abbia utilizzato questo strumento di accertamento nell'ambito di una decisione tesa a ribadire con molta decisione la necessità di accertare il diritto consuetudinario sulla base dei medesimi elementi che ne consentano la formazione.

Il primo passaggio nel quale si può rinvenire l'utilizzazione di un procedimento logico di accertamento è contenuto nel par. 82. In tale paragrafo, la Corte ha rigettato la posizione italiana, tendente a limitare la portata della regola consuetudinaria sull'immunità qualora essa venisse

[15] V. soprattutto, la sentenza 27 giugno 2001 resa nel caso *LaGrand*, *Germania c. Stati Uniti d'America*, *I. C.J. Reports 2001,* p. 466.

[16] Sentenza del 24 maggio 2007, par. 39.

[17] Sentenza del 19 giugno 2012, par. 57.

[18] *Supra*, nota 3.

invocata da uno Stato in relazione ad una pretesa grave violazione di un obbligo fondamentale a tutela dei diritti dell'uomo. Secondo tale posizione, lo sviluppo di una sfera attinente ai diritti dell'uomo nell'ordinamento internazionale avrebbe avuto l'effetto di restringere la portata della norma consuetudinaria sull'immunità al fine di evitare che la sua applicazione potesse pregiudicare l'effettività del nuovo diritto.

Nel rigettare tale posizione, fondata su un argomento di carattere logico-sistematico, e nel ribadire la portata generale della norma consuetudinaria sull'immunità, la Corte ha sentito il bisogno di far ricorso ad un argomento del medesimo tipo: "the Court must observe that the proposition that the availability of immunity will be to some extent dependent upon the gravity of the unlawful act presents a logical problem". Secondo la Corte, la limitazione del campo di applicazione dell'immunità in caso di gravi violazioni di diritti dell'uomo avrebbe comportato, in alternativa, la necessità che un giudice nazionale esercitasse la propria giurisdizione al solo scopo di verificare l'esistenza stessa del presupposto di tale limitazione, dato da una grave violazione dei diritti dell'uomo[19], ovvero che la giurisdizione dipendesse unicamente dalla pretesa fatta valere dall'attore. Nel primo caso, sarebbe occorsa una valutazione di merito, vale a dire un esercizio di giurisdizione, al fine di accertare l'esistenza della giurisdizione. Nel secondo caso, si sarebbe consentito ad uno Stato di far venir meno, attraverso una accorta prospettazione di parte, la regola consuetudinaria sull'immunità.

L'argomento logico utilizzato dalla Corte non appare molto persuasivo. A tacer d'altro, esso renderebbe logicamente impossibile qualsiasi eccezione alla regola dell'immunità, ivi compresa quella più nota, e menzionata nella medesima sentenza dalla Corte, attinente alla tipologia, *iure imperii* ovvero *iure gestionis*, delle attività per le quali l'immunità venga invocata. È evidente, infatti, che rispetto a qualsiasi eccezione alla regola sull'immunità si presenterebbe il medesimo inconveniente logico notato dalla Corte, vale a dire la necessità che la giurisdizione venga esercitata al fine di accertarne l'esistenza. L'accertamento della sussistenza dell'immunità per attività *iure imperii*, ad esempio, costituirebbe,

[19] "If immunity were to be dependent upon the State actually having committed a serious violation of international human rights law or the law of armed conflict, then it would become necessary for the national court to hold an enquiry into the merits in order to determine whether it had jurisdiction. If, on the other hand, the mere allegation that the State had committed such wrongful acts were to be sufficient to deprive the State of its entitlement to immunity, immunity could, in effect be negated simply by skilful construction of the claim".

a propria volta, un esercizio di giurisdizione vietato dalla medesima regola sull'immunità.

In ogni caso, dopo aver indicato, al par. 83, la necessità di procedere, "nevertheless" ad un esame circa l'esistenza di un fondamento positivo alla presunta eccezione alla regola[20], la Corte ha proceduto, nel par. 84, a dimostrare, "in addition", l'inesistenza di una prassi atta a fondare tale eccezione[21].

Insomma, al di là della sua persuasività, l'argomento logico utilizzato sembra evidenziare la propensione della Corte ad accertare le articolazioni normative di una consuetudine derivanti, in particolare, dall'impatto esercitato su di essa da altre regole del medesimo sistema, attraverso un procedimento puramente logico-deduttivo.

Un ragionamento analogo, ma logicamente rovesciato, è sotteso all'accertamento, contenuto nei paragrafi da 93 a 95 della sentenza, relativo al conflitto fra immunità e diritto cogente. La Corte ha indicato come la natura cogente di una regola sostanziale non comporti l'insorgenza di un conflitto con una regola procedurale che interferisca con i suoi processi di esecuzione. Con riferimento al caso specifico, la norma cogente che vieta ad uno Stato di praticare trattamenti inumani non entra in conflitto con la regola processuale che stabilisce l'immunità di tale Stato dalla giurisdizione straniera. In altri termini, la Corte di giustizia ha ammesso, ancorché in via teorica, la possibilità di una collisione fra norme consuetudinarie, con la conseguente possibilità di ricostruirne l'esito sulla base di modelli logici, pur negando che tale conflitto insorgesse nel caso di specie, in virtù della diversa natura, sostanziale ovvero processuale, delle due regole. È sintomatico come la Corte abbia quindi sentito il bisogno, "in addition", di verificare la soluzione raggiunta sul piano meramente logico con un richiamo alla prassi internazionale[22].

[20] "That said, the Court must nevertheless inquire whether customary international law has developed to the point where a State is not entitled to immunity in the case of serious violations of human rights law or the law of armed conflict (par. 83)".

[21] "In addition, there is a substantial body of State practice from other countries which demonstrates that customary international law does not treat a State's entitlement to immunity as dependent upon the gravity of the act of which it is accused or the peremptory nature of the rule which it is alleged to have violated" (par. 84).

[22] Si legge, al paragrafo 95: "To the extent that it is argued that no rule which is not of the status of *jus cogens* may be applied if to do so would hinder the enforcement of a *jus cogens* rule, even in the absence of a direct conflict, the Court sees no basis for such a proposition. A *jus cogens* rule is one from which no derogation is permitted but the rules which determine the scope and extent of jurisdiction and when that jurisdiction may be exercised do not derogate from those substantive rules which possess *jus cogens* status, nor is there anything inherent in the concept of *jus cogens* which would require their modification or would displace their application". Al paragrafo seguente, la Corte ha

5. *Interazioni e conflitti fra norme consuetudinarie*

Una rigorosa concezione fattuale del diritto consuetudinario, come una serie disorganica di regole, ciascuna delle quali strettamente legata alla propria fattispecie, dovrebbe escludere, si è detto, che tali regole entrino in rapporti normativi con altre regole del sistema, di natura consuetudinaria o convenzionale per modo che da tale interazione possano scaturire nuove articolazioni normative, non previste dalla regola consuetudinaria pre-esistente. Il corpo di diritto consuetudinario costituirebbe, in altre parole, un insieme di regole isolate, che prendono vita laddove, in relazione alle esigenze concrete dei membri della comunità, si sia dato vita ad un costume sociale. In mancanza di esso, occorrerebbe quindi constatare l'assenza di normazione e, quindi, l'esistenza di una lacuna. In altri termini, la necessità di accertare il diritto unicamente attraverso l'esistenza di un costume sociale esclude la possibilità di determinarlo da rapporti di interazione fra norme preesistenti. L'utilizzazione delle dinamiche normative che si stabiliscono fra norme di un sistema sarebbe quindi precluso, nell'ordinamento internazionale, allorché in esse possa venire in considerazione una norma consuetudinaria.

Uno sguardo, anche superficiale, alla prassi giudiziaria evidenzia però un dato diverso: i giudici internazionali hanno fatto frequentemente ricorso a metodologie di questo tipo. La prassi giudiziaria in materia è davvero molto ampia, pur se mai particolarmente esplicita. Essa si è espressa, in particolare, nel campo dei poteri degli Stati nelle varie zone marittime nonché dei limiti alla sovranità territoriale.

È noto come varie norme, oggi consacrate da prassi secolare, sono state accertate, ai lori inizi, attraverso l'osservazione della composizione fra preesistenti norme consuetudinarie.

Nel campo dei limiti alla sovranità territoriale, l'accertamento del diritto consuetudinario ha spesso avuto luogo attraverso l'osservazione delle interazioni provocate da obblighi convenzionali dal contenuto vago rispetto alla norma, altrettanto vaga, della sovranità territoriale.

Questa metodologia di analisi, inizialmente elaborata in classiche pronunce della Corte permanente di giustizia internazionale[23], ha trovato una esemplare applicazione nel caso della *controversia relativa ai diritti*

quindi soggiunto: "In addition, this argument about the effect of *jus cogens* displacing the law of State immunity has been rejected by the national courts …".

[23] V., soprattutto, la sentenza del 17 agosto 1923 nel caso *S.S.* "*Wimbledon*", serie A, n. 1; la sentenza del 7 giugno 1932 nel caso delle *zone franche dell'Alta Savoia e del paese di Gex*, Serie A/B, n. 46; la sentenza del 12 dicembre 1934 nel caso *Oscar Chinn* (Series A/B 63).

di navigazione e diritti connessi[24] La Corte internazionale di giustizia ha tratto dalle interazioni fra il generale diritto di sovranità di uno Stato e i diritti convenzionali di libertà di navigazione fluviale di un altro, una serie di corollari normativi che non trovano altra fonte che la composizione fra norme del sistema. La premessa essenziale di tale operazione è stata enunciata con chiarezza dalla Corte:

"A simple reading of Article VI shows that the Parties did not intend to establish any hierarchy as between Nicaragua's sovereignty over the river and Costa Rica's right of free navigation, characterized as "perpetual", with each of these affirmations counter-balancing the other. Nicaragua's sovereignty is affirmed only to the extent that it does not prejudice the substance of Costa Rica's right of free navigation in its domain, the establishment of which is precisely the point at issue; the right of free navigation, albeit "perpetual", is granted only on condition that it does not prejudice the key prerogatives of territorial sovereignty"[25].

Sulla base questa tecnica, la Corte ha quindi proceduto alla identificazione di una serie di regole in tema di regolamentazione della navigazione, della documentazione per l'esercizio della libertà di navigazione, di tassazione sulla navigazione, di pesca fluviale, e così via.

Sia la possibilità di identificare il diritto attraverso l'osservazione delle interferenze fra norme preesistenti, sia i limiti di questa operazione logica, emergono con chiarezza dal parere della Corte internazionale di giustizia sulla *liceità della minaccia o dell'uso di armi nucleari*[26].

In un breve passaggio, la Corte ha esaminato la questione della applicabilità alle armi nucleari del diritto umanitario venuto in essere in un momento antecedente rispetto alla loro invenzione. "nuclear weapons were invented after most of the principles and rules of humanitarian law applicable in armed conflict had already come into existence; the Conferences of 1949 and 1974-1977 left these weapons aside, and there is a qualitative as well as quantitative difference between nuclear weapons and all conventional arms"[27].

La differenza "qualitative e quantitative" fra le armi convenzionali, che costituiscono la fattispecie sulla quale si sono formate le regole consuetudinarie di diritto umanitario, e le armi nucleari, dovrebbe impedire, secondo la dottrina fattuale della consuetudine, ogni possibilità di allargamento dell'ambito di applicazione di tali regole.

[24] Sentenza del 13 luglio 2009, *Costarica c. Nicaragua*, *I.C.J. Reports 2009*, p. 213.
[25] *Ibidem*, par. 48.
[26] Parere consultivo dell'8 luglio 1996, *C.I.J. Recueil 1996,* p. 226 .
[27] *Ibidem*, par. 86.

A tale argomento, tuttavia, la Corte ha opposto un argomento di carattere funzionale: "However, it cannot be concluded from this that the established principles and rules of humanitarian law applicable in armed conflict did not apply to nuclear weapons. Such a conclusion would be incompatible with the intrinsically humanitarian character of the legal principles in question which permeates the entire law of armed conflict and applies to all forms of warfare and to all kinds of weapons, those of the past, those of the present and those of the future. In this respect it seems significant that the thesis that the rules of humanitarian law do not apply to the new weaponry, because of the newness of the latter, has not been advocated in the present proceedings"[28].

Insomma, attraverso un argomento di carattere logico e funzionale, la Corte è arrivata ad allargare l'ambito di applicazione del diritto umanitario sì da includervi fattispecie "qualitativamente e quantitativamente" diverse rispetto a quelle sulla cui base tale diritto si è formato.

Ma l'applicabilità del diritto umanitario alle armi nucleari non è stato del tutto sufficiente a risolvere la questione giuridica posta alla Corte: quella della liceità della minaccia o dell'uso delle armi nucleari in qualsiasi circostanza. La Corte ha infatti evidenziato l'esistenza di un principio consuetudinario che sembrerebbe realizzare esigenze in un certo senso opposte a quelle realizzate dal corpo di regole consuetudinarie: "the Court cannot lose sight of the fundamental right of every State to survival, and thus its right to resort to self-defence, in accordance with Article 51 of the Charter, when its survival is at stake"[29].

La conclusione del parere, divenuta ormai celebre, si basa quindi interamente sul rapporto fra regola e eccezione. La regola è la contrarietà delle armi nucleari al diritto umanitario: "(i)t follows from the abovementioned requirements that the threat or use of nuclear weapons would generally be contrary to the rules of international law applicable in armed conflict, and in particular the principles and rules of humanitarian law". In via di eccezione, la Corte ha però precisato che "(h)owever, in view of the current state of international law, and of the elements of fact at its disposal, the Court cannot conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake".

Ben si potrebbe essere tentati di identificare in quest'ultima frase un esempio di *lacuna iuris*. Dalla premessa della Corte è però evidente co-

[28] *Ibidem*.
[29] *Ibidem*, par. 96.

me non sia questa la conclusione da trarre. L'incapacità della Corte di definire con esattezza la situazione giuridica in casi di estrema urgenza non deriva dall'assenza di una regola. Al contrario, essa deriva dalla esistenza di più regole consuetudinarie che insistono simultaneamente su una fattispecie a propria volta indefinita. In altri termini, la situazione di estrema urgenza, tale da porre a repentaglio la stessa sopravvivenza dello Stato attaccato, non è priva di regolamentazione normativa. Essa è disciplinata da più regole, le quali, tutte, insistono simultaneamente sulla medesima fattispecie pur se nessuna è stata prodotta in riferimento ad essa. La determinazione del contenuto normativo che emerge dalla collisione fra più norme non può, quindi, essere effettuata in via generale, ma solo in relazione alle circostanze specifiche nelle quali esse trovano applicazione. Lungi dal costituire il riconoscimento di una *lacuna iuris*, il parere sulle armi nucleari ci fornisce invece l'esempio migliore di una regola giuridica il cui contenuto va determinato da una attività logica di composizione fra norme collidenti, da effettuare volta a volta, sulla base delle circostanze fattuali del caso concreto.

6. *Il modello dell'accertamento "anticipato" del diritto consuetudinario*

Conviene considerare, da ultima, la possibilità di concepire un modello di determinazione "anticipata" del diritto consuetudinario, che viene definito nel suo contenuto e nella sua portata prima che si pongano in essere le condotte fattuali dalle quali esso, secondo la dottrina classica, trarrebbe origine.

In proposito, il relatore special Wood si è espresso nei seguenti termini:

"Of course, *opinio juris*, as strictly defined, cannot precede the practice which it is meant to accompany: rather, there may be a view that a rule should exist (or a mistaken view that it exists). If thereafter practice is observed consistent with this view, it will be easily referable to it. In that sense the *opinio* can, as it were, be backdated; but when it was expressed it was only *opinio*, not *opinio juris*"[30].

Pur se riferito ai procedimenti di formazione, questo brano non è privo di interesse in una analisi dedicata all'accertamento del diritto consuetudinario, soprattutto se considerato alla luce della più generale visione fattuale del diritto consuetudinario che ispira i rapporti del Relatore speciale. In esso non si esclude, infatti, la possibilità che un osservatore

[30] *Third Report on Identification of Customary International Law*, par. 53, nota 135.

possa accertare l'esistenza di una norma consuetudinaria prima che essa sia condensata in condotte fattuali. Espressamente, si indica che "there may be a view that a rule should exist", evidentemente sulla base di una indagine riferita alla *opinio iuris*, e non alla prassi. Tuttavia, precisa il Relatore speciale, tale accertamento sarebbe viziato da un errore; esso costituirebbe "a mistaken view that it exists".

Riecheggia, in tale posizione, il celebre argomento kelseniano dell'errore nell'*opinio iuris*, che, inteso in senso assoluto, renderebbe addirittura impossibile l'esistenza stessa di regole consuetudinarie. È noto come tale argomento sia stato superato dalla dottrina attraverso una sorta di "aggiustamento" dell'elemento dell'*opinio*, che non costituirebbe tanto la convinzione dell'esistenza di una norma consuetudinaria, quanto piuttosto la volontà o quanto meno la necessità che essa venga ad esistenza. È altresì noto come tale "aggiustamento" abbia l'effetto di contaminare la dottrina della consuetudine, inserendo in essa un evidente elemento di imperativismo o, quanto meno, di volontarismo nella formazione del diritto consuetudinario.

Questo elemento non è, invero, del tutto assente nei procedimenti di formazione di talune regole consuetudinarie. Ne è esempio classico la celebre dichiarazione di Truman sulla piattaforma continentale, che, al momento della sua adozione, non costituiva forse una regola ma esprimeva solo l'esigenza che una regola vi fosse, ovvero la volontà degli Stati Uniti di crearla.

Anche al di là delle suggestioni volontaristiche, peraltro, l'accertamento "anticipato" del diritto consuetudinario rispetto alle condotte che di esso dovrebbero costituire il fattore produttivo, non è del tutto infrequente nella prassi giudiziaria. Di un vero e proprio accertamento anticipato del diritto si può parlare, ad esempio, nel caso del parere del 1950 sulle *riserve alla Convenzione sulla prevenzione e sulla repressione del genocidio*[31]. I fatti che hanno determinato tale parere sono noti e non fa conto soffermarvisi oltre. Nell'indicare come la mutata struttura dell'ordinamento internazionale esigesse una attenuazione del principio dell'integrità dei trattati, la Corte indica: "it is proper to refer to a variety of circumstances which would lead to a more flexible application of this principle. Among these circumstances may be noted the clearly universal character of the United Nations under whose auspices the Convention was concluded, and the very wide degree of participation envisaged by Article XI of the Convention. Extensive participation in conventions of

[31] Parere consultivo del 28 maggio 1951, *I.C.J. Reports* 1951, p. 15.

this type has already given rise to greater flexibility in the international practice concerning multilateral conventions"[32].

Nel processo logico seguito dalla Corte di giustizia non v'è traccia di volontarismo; né vi è la pretesa di uno o più Stati di plasmare il diritto internazionale secondo il proprio assetto di interessi. Vi è invece la constatazione da parte di un autorevole interprete della coscienza giuridica internazionale che il mutamento della struttura e dell'assetto dei valori fondamentali della comunità internazionale recasse con sé, inevitabilmente, il mutamento del regime giuridico delle riserve, che su tale assetto era fondato.

Tale indicazione metodologica ha quindi ispirato l'opinione separata dei giudici Higgins, Kooijmans, Elaraby, Owada e Simma nel caso delle *attività armate nel territorio del Congo*[33]. Si legge nell'opinione, ai paragrafi 22 e 23: "Human Rights courts and tribunals have not regarded themselves as precluded by this Court's 1951 Advisory Opinion from doing other than noting whether a particular State has objected to a reservation. This development does not create a "schism" between general international law as represented by the Court's 1951 Advisory Opinion, a 'deviation' there from by these various courts and tribunals. Rather, it is to be regarded as developing the law to meet contemporary realities, nothing in the specific findings of the Court in 1951 prohibiting this".

6. *Considerazioni conclusive*

Nelle considerazioni introduttive, l'ambito della ricerca è stato ristretto alla sola fase dell'accertamento del diritto consuetudinario. La ricerca ha quindi confermato, pur nella sua sommarietà, l'esistenza di una pluralità di tecniche di accertamento, sovente fondate sulle dinamiche normative che le norme consuetudinarie instaurano con altre norme dell'ordinamento, nonché, nei suoi sviluppi più estremi, sull'adeguamento della portata e del contenuto delle norme consuetudinarie alle mutate esigenze della comunità internazionale.

Apparentemente, tali conclusioni non hanno una implicazione diretta sulle procedure di formazione del diritto consuetudinario. Non sarebbe certo appropriato trarre dall'esistenza di tecniche di accertamento di tipo

[32] *Ibidem*, p. 21.

[33] *Attività armate nel territorio del Congo (nuova richiesta, 2002)*, sentenza del 3 febbraio 2006, *I.C.J. Reports 2006*, p. 6.

logico-deduttivo la conseguenza che il diritto consuetudinario si formi sulla base di fattori della medesima natura.

Tutto quel che si può dire, al termine di questa analisi, è, semmai, che l'accertamento potrebbe costituire parte del processo di formazione del diritto consuetudinario. L'accertamento giudiziale della esistenza di una determinata norma, infatti, è sovente considerato, anche nella prassi diplomatica, come una prova, talvolta univoca, della esistenza di una regola. In tal modo, pur se tale regola fosse venuta in considerazione in relazione a propri fattori produttivi, questi ben potrebbero non emergere mai nella determinazione del suo contenuto e della sua portata.

Si verificherebbe, allora, anche nell'ambito del processo di formazione e di determinazione del diritto consuetudinario, un fenomeno che caratterizza anche altri settori della ricerca scientifica, dato dalla esistenza di un margine di indeterminatezza dei risultati di una osservazione scientifica prodotto dall'inevitabile interferenza che l'esperimento produce sul risultato. Lo studio dei processi di accertamento avrebbe allora uno spiccato valore epistemologico e potrebbe rivelare ulteriori profili problematici della controversa questione relativa alla formazione del diritto consuetudinario.

DIRITTO NON SCRITTO: EROSIONE DEGLI SPAZI O CONTINUA VITALITÀ?

Luigi CONDORELLI*

SOMMARIO: 1. Introduzione: che diritto non scritto nell'ordinamento internazionale? – 1.1. Diritto muto, diritto non scritto, diritto descritto, diritto trascritto, diritto scritto. – 1.2. Diritto non scritto e *consuetudines scriptae* nella giurisprudenza internazionale recente: una sommaria verifica. – 2. Consuetudini generali scritte in vari settori dell'ordinamento internazionale. – 2.1. I principi della Carta ONU. – 2.2. Il diritto internazionale umanitario; la Convenzione del 1948 sulla prevenzione e la repressione del crimine di genocidio. – 2.3. Il diritto consuetudinario scritto in altri settori dell'ordinamento internazionale, ed in diritto del mare in particolare. – 2.4. Il diritto dei trattati. – 3. Conclusione.

1. *Introduzione: che diritto non scritto nell'ordinamento internazionale?*

1.1. Diritto muto, diritto non scritto, diritto descritto, diritto trascritto, diritto scritto

Per riflettere sugli spazi che il diritto non scritto occupa nell'ordinamento internazionale (ampi o ridotti? che man mano si contraggono, oppure no? che riescono a resistere entro dati confini all'invasione del diritto scritto o che si apprestano invece ad una inevitabile resa?), occorre anzitutto cercare di intendersi sulle parole: che intendiamo quando parliamo di "diritto non scritto" e, rispettivamente, di "diritto scritto"?

Può essere utile prendere spunto in proposito dal magistrale, piccolo libro di Rodolfo Sacco, appena uscito in libreria, che raccoglie e sintetizza armoniosamente le riflessioni condotte dall'insigne autore durante tutta una vita sul tema del "diritto muto"[1]. Sacco nota che, nella gran parte dei casi, le norme sono espresse tramite enunciati linguistici ed ancorate a questi, nel senso che a tali enunciati deve necessariamente farsi riferimento, tanto per conoscerne l'esistenza che per comprenderle, interpre-

* Ordinario di diritto internazionale, Università degli studi di Firenze; Professore onorario, Università di Ginevra.

[1] R. SACCO, *Diritto muto*, Bologna, 2015.

tarle ed applicarle. Qui l'ormeggio linguistico è essenziale e per così dire consustanziale: non è consentito affermare che la norma c'è se non è fissata in segni linguistici, cioè indissolubilmente legata ad una data formulazione, comprensibile per coloro ai quali la norma è rivolta. La scrittura non è una opzione[2], ma è – esprimiamoci così – necessaria "*ad substantiam*".

Tuttavia, la linguisticità delle norme non è una necessità: le norme – ci ricorda Sacco – possono essere "mute" e seguite più o meno consapevolmente dai consociati. È il caso principalmente delle consuetudini, che si identificano con (o dall') osservanza ed in essa si esauriscono: osservanza di norme non "poste", non "espresse" né "visibili" di per sé, ma espresse e visibili proprio (e soltanto) attraverso i "gesti" degli osservanti. Norme, insomma, la cui esistenza è rilevabile attraverso comportamenti esteriorizzati, non necessariamente accompagnati dalla volontà di comunicare, e pur tuttavia "parlanti" perché "leggibili", e quindi rivelatori. Diritto non scritto, dunque, più che diritto muto, dato che non è consegnato in segni linguistici, ma "parla" – potremmo dire – attraverso la gestualità.

Innegabilmente, questo modo suggestivo di cogliere le differenze tra diritto non scritto (muto) e diritto scritto appare pertinente, *in radice*, anche con riferimento al diritto internazionale, pur se la contrapposizione tra i due appare senza dubbio troppo accentuata, se non addirittura esasperata, segnatamente con riferimento al ruolo della scrittura. Davvero questa, essenziale quanto alle norme scritte, non entrerebbe invece in gioco (salvo che accidentalmente e – diciamo così – *ad probationem*) riguardo alle norme non scritte? Si enuncia una palmare ovvietà se si nota che, nelle società contemporanee, e comunque nei gruppi sociali complessi quanto a dimensione personale e spaziale (ivi compresa la società internazionale, alla quale qui dobbiamo riferirci), appare addirittura inconcepibile che la scrittura non intervenga anche con riferimento al diritto non scritto. Ammettere che la vigenza e la validità della norma non scritta non dipendono dalla sua scrittura non equivale ad escludere la necessità della scrittura stessa, tanto ai fini della presa di conoscenza della norma stessa da parte degli operatori e degli osservatori (più o meno esterni alla società di riferimento) che della sua operatività. Come potrebbero i "gesti" degli Stati (la "prassi") essere visti e valutati in qualità

[2] Va certo riservata per scrupolo di mera memoria ("storica") l'eventualità che, in certi contesti (certo non attuali) l'enunciato linguistico di una norma non sia sempre ancorato alla scrittura, ma venga affidato all'oralità: l'ordine verbale del sovrano, il bando proclamato dall'araldo nella piazza del paese, *et similia*. Si noterà tuttavia che in tali situazioni l'oralità attiene alla comunicazione della norma e non esclude certo in radice la sua scrittura. Ai fini del nostro discorso, comunque, non è ovviamente il caso di insistere su marginali eventualità del genere.

di atti di osservanza (o inosservanza) della norma non scritta se non venissero scritti (descritti, trascritti) e, attraverso la scrittura, presi in conto (letti) dagli altri? E come potrebbe trarsi se non mediante la scrittura la valutazione circa l'esistenza e la consistenza della norma non scritta, da far valere nei rapporti con gli altri? Insomma, Il diritto non scritto non può non essere formulato per iscritto anche lui, cioè conosciuto, rappresentato e fatto valere attraverso la sua scrittura.

Tuttavia, a differenza della norma scritta (la cui enunciazione mediante determinati segni linguistici, e non altri, è un dato insuperabile che attiene all'essenza), la norma non scritta non si identifica con la sua (con ogni sua) trascrizione. Qualunque pretesa di rappresentare (o descrivere) la norma non scritta mediante una data formula scritta va giudicata nella sua correttezza e può essere contestata da chi ritiene che una migliore, o comunque diversa formulazione debba invece essere accolta. Occorrerà allora, se c'è controversia, che appropriati meccanismi risolutivi intervengano per decidere (col grado di autorità di cui risultino provvisti) quale scrittura della norma non scritta sia quella giusta, quale trascrizione sia da considerare esatta.

Quando e per chi una data formulazione scritta della norma non scritta è vincolante? La risposta al quesito dipende ovviamente dall'autorità e/o dall'autorevolezza che è riconosciuta al trascrittore. Facciamo astrazione dalla questione relativa all'autorevolezza delle formulazioni delle norme non scritte figuranti ad esempio nei manuali universitari di diritto internazionale (oppure nelle codificazioni "private"), cioè le norme non scritte quali vengono descritte o trascritte dalla dottrina (per la quale vien fatto di pensare agli "autori più qualificati" di cui all'articolo 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia). Facciamo altrettanto riguardo alla formulazione fatta valere dal singolo soggetto di diritto internazionale (il singolo Stato), che ovviamente non si impone di per sé a nessun altro: gli altri potranno, se del caso, sostenere la piena validità di una diversa rappresentazione scritta della medesima norma non scritta. A titolo di esempio, pensiamo invece anzitutto al giudice, e poi all'accordo internazionale (ma ci sono ovviamente molte altre ipotesi che, per semplificare, non evochiamo ora, come quella della formulazione scritta della norma non scritta ad opera di risoluzioni dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, o di altre "autorità" internazionali, come la Commissione del diritto internazionale delle Nazioni Unite).

Il giudice internazionale provvisto di competenza per il regolamento di una data controversia tra Stati dovrà necessariamente, se questa si incentra sull'esistenza e sul significato precettivo di una norma di diritto non scritto, identificare la norma, formularla (per iscritto) ed applicarla

per risolvere la lite. Qui l'inevitabile scrittura della norma non scritta ad opera del giudice si imporrà senza dubbio alle parti in controversia, epperò soltanto ad esse ed in stretto rapporto col caso deciso (prescindendo adesso dagli effetti "*erga omnes*" che pronunce giudiziarie "autorevoli" sono suscettibili di esplicare in qualità di precedenti). In altre parole, l'ancoraggio della norma non scritta ai segni linguistici scritti identificati da una Corte internazionale non esclude la legittimità di ancoraggi di segno diverso, di altre scritture della medesima norma, le quali potranno poi risultare perfettamente valide e vincolanti con riferimento a casi e situazioni diverse da quelli su cui la sentenza di quel giudice verté.

È scontato tuttavia che anche un accordo internazionale tra Stati può provvedere con sue disposizioni a scrivere il diritto non scritto, lasciando intendere che quanto in esse previsto rappresenta la formulazione esatta di quello. Qui chi dall'accordo è legato non potrà invocare la validità di una diversa formulazione della norma non scritta nei rapporti con le altre parti dell'accordo stesso, ma non potrà ovviamente pretendere che la scrittura pattizia della norma non scritta si imponga a Stati terzi: questi resteranno liberi di far valere che una formulazione differente della norma non scritta si impone e, in caso di controversia, non è da escludere *a priori* che possano vedersi riconoscere (da un giudice, se del caso) la correttezza della scrittura diversa da essi sostenuta della norma in questione.

A meno che… A meno che non sia possibile constatare una sorta di larghissima adesione a quell'accordo, o piuttosto, un generale riconoscimento (anche, quindi, da parte dei terzi rispetto all'accordo) della validità della trascrizione del diritto non scritto contenuta nell'accordo stesso. Laddove un'ipotesi di questo genere si verifichi, sarebbe sbagliato (e miope) pretendere che la norma consuetudinaria non scritta ha cessato di esistere perché ormai un'unica sua formulazione scritta si impone a tutti. Occorrerà invece riconoscere che si ha a che fare in questo caso con un "diritto non scritto-scritto", cioè con norme "mute" (visto che si identificano pur sempre con l'osservanza) le quali valgono per tutti in veste (in una sola veste) scritta: la formula metaforica di "*consuetudo (generalis) scripta*", che da tempo ho avuto occasione di proporre, continua a sembrarmi singolarmente appropriata per etichettare questo fenomeno.

Diritto non scritto-scritto: formula illogica, intimamente contraddittoria? Eppure essa appare singolarmente appropriata per cogliere le caratteristiche di un fenomeno che la Corte internazionale di giustizia ha avuto l'occasione di mettere in luce in modo puntuale: ed è singolare che fin qui la cosa non sia stata notata. Nella sentenza sulla piattaforma continentale del Mare del Nord del 1969 la Corte si è in effetti riferita proprio all'ipotesi della disposizione "normativa" (*ayant un caractère fon-*

damentalement normatif) di un trattato che, "*while only conventional or contractual in its origin, has since passed into the general corpus of international law, and is now accepted as such by the* opinio juris*, so as to have become binding even for countries which have never, and do not, become parties to the Convention*"[3]. Come è evidente, l'ipotesi formulata dalla Corte è quella della norma convenzionale (scritta) che, da vincolante solo per le parti della convenzione che la contiene, diviene – scritta come è – vincolante per tutti gli Stati. Un'ipotesi astratta? Nient'affatto, sottolinea il giudice: "*[t]here is no doubt that this process is a perfectly possible one and does from time to time occur*". Anzi, sottolinea, si tratta di "*one of the recognized methods by which new rules of customary international law may be formed*"[4]. Regole di diritto internazionale consuetudinario, dunque, che si "cristallizzano" divenendo scritte: una metafora, quella della "cristallizzazione" che al pari della "consacrazione" (parola che la Corte riserva al caso della consuetudine già vigente la quale viene poi trascritta – consacrata – in una convenzione), è entrata a far parte del linguaggio corrente dell'internazionalista.

Certo, nella fattispecie analizzata nella sentenza del 1969 la Corte, come è noto, ha ritenuto che il processo atto a permettere ad una norma convenzionale di "passare" nel *corpus* del diritto internazionale generale per via di "consacrazione" o "cristallizzazione" (o ancora per la "terza via": quella della norma convenzionale che viene successivamente riconosciuta come corrispondente al diritto internazionale generale) non si era realizzato con riguardo all'art. 6 della Convenzione di Ginevra del 1958 sulla piattaforma continentale, visto che quella disposizione a suo avviso non era stata "accepted as such by the *opinio juris*". Ma è notevole – ed è singolare che la cosa non sia spesso segnalata – come la Corte dia atto *en passant* che quel processo si era invece compiuto per gli articoli da 1 a 3 della medesima convenzione, per i quali è esclusa dalla Convenzione stessa la possibilità di formulare riserve: "*ces trois articles sont ceux que l'on a alors manifestement considérés comme consacrant ou cristallisant des règles de droit international coutumier*"[5]. Anzi, quanto all'art. 2 in particolare, la Corte vi legge "*la règle qui constitue sans aucun doute possible… la règle la plus fondamentale de toutes les règles de droit relatives au plateau continental*"; e tiene a sottolineare che tale regola "*…est consacrée par l'article 2 de la Convention de Genève, bien qu'elle en soit tout à fait indépendante*"[6].

[3] *Plateau continental de la mer du Nord*, *arrêt*, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 41, par. 71.
[4] *Ibidem.*
[5] *Ibidem*, par. 63.
[6] *Ibidem*, par. 19.

1.2. Diritto non scritto e consuetudines scriptae *nella giurisprudenza internazionale recente: una sommaria verifica*

Consegue da quanto osservato che per condurre adeguatamente una operazione di verifica dello spazio (limitato o no? declinante o meno?) occupato oggi nell'ordinamento internazionale dal diritto non scritto non bisogna dimenticare di prendere in debita considerazione le *consuetudines scriptae*. Anzi va sottolineato il dato della crescita considerevolissima di queste, che può essere colto anche limitandosi a raccogliere una serie di testimonianze offerte dalla giurisprudenza internazionale pertinente, specie della Corte internazionale di giustizia. È facile constatare, in effetti, quanto – a fronte di uno sviluppo incessante del numero dei trattati tanto multilaterali che bilaterali – sia divenuto frequente il fenomeno di norme scritte in accordi internazionali (o anche in strumenti internazionali d'altro tipo, come date Dichiarazioni di principi dell'Assemblea Generale o dei Progetti di articoli della Commissione del diritto internazionale) per le quali il giudice è condotto ad rilevare che esse sono (anche) norme scritte di diritto internazionale generale.

Vale la pena di evocare in proposito, per il loro carattere esemplare, un gruppetto di casi attualmente pendenti davanti alla Corte internazionale di giustizia: quelli portati avanti dalla Repubblica delle Isole Marshall (RIM) contro le nove potenze nucleari, accusate di violare l'obbligo internazionale di condurre in buona fede negoziati volti a metter fine alla corsa agli armamenti nucleari, negoziati i quali debbono sfociare in un disarmo nucleare generale e completo sotto appropriato controllo internazionale. Per ragioni attinenti ai profili di competenza della Corte, tre sole di queste istanze (depositate il 24 aprile 2014) sono state iscritte a ruolo: quelle contro la Gran Bretagna, l'India ed il Pakistan, trattandosi di Stati che, a differenza delle altre sei potenze nucleari (USA, Francia, Federazione Russa, Cina, Israele e Corea del Nord), hanno come RIM accettato con dichiarazioni unilaterali di sottoporsi alla giurisdizione obbligatoria della Corte *ex* art. 36, par. 2 del suo Statuto. Ora, di questi tre Stati uno soltanto, la Gran Bretagna, è parte al pari di RIM del Trattato di Non Proliferazione Nucleare del 1968, il cui articolo VI sancisce il citato obbligo "finalizzato" di negoziare[7]: in questo caso, quindi, l'attore

[7] Ricordo che l'articolo VI del TNP è così formulato: «Chacune des parties au Traité s'engage à poursuivre de bonne foi des négociations sur des mesures efficaces relatives à la cessation de la course aux armements nucléaires à une date rapprochée et au désarmement nucléaire, et sur un traité de désarmement général et complet sous un contrôle international strict et efficace». È noto che nel suo parere *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* dell'8 luglio 1996 la CIG ha interpretato questo articolo co-

invoca anzitutto la (pretesa) violazione da parte del convenuto del suo obbligo convenzionale. Invece con riguardo all'India ed al Pakistan, che sono tra i pochissimi Stati non partecipanti al Trattato sulla non-proliferazione delle armi nucleari (TNP), RIM chiama in causa il diritto internazionale generale, esponendo la pretesa secondo cui in esso si ritroverebbe la medesima norma: in altre parole, quanto è scritto nell'art. VI del TNP sarebbe anche "scritto" nella consuetudine internazionale.

Non è certo il caso di avventurarsi in previsioni circa le conclusioni cui potrà pervenire la Corte sul tema, se giungerà all'esame di merito superando le obbiezioni preliminari sollevate nella specie quanto alla sua competenza. Importa invece insistere sulla individuazione del problema sollevato. In sostanza, si chiede al giudice di constatare che esisterebbero, in materia di negoziati volti al disarmo nucleare, una norma pattizia che prescrive l'obbligo di condurli e di concluderli, nonché una norma consuetudinaria di identico contenuto, anche se di più ampia portata soggettiva: il contenuto precettivo di ambedue si identificherebbe, in effetti, mediante i medesimi segni linguistici, quelli figuranti per iscritto nella disposizione pattizia.

In attesa di vedere cosa dirà la Corte riguardo all'obbligo di negoziare e condurre a termine il disarmo nucleare, è tempo ora di passare in rassegna taluni tra i principali casi in cui – ovviamente, su temi diversi – il giudice internazionale ha già avuto modo di rilevare l'esistenza di "*consuetudines scriptae*", beninteso senza chiamarle così.

2. *Consuetudini generali scritte in vari settori dell'ordinamento internazionale*

2.1. I principi della Carta ONU

Celebre è la considerazione della Corte internazionale di giustizia secondo cui "*fort loin d'avoir pris ses distances avec un droit international coutumier qui subsisterait tel quel, la Charte a, dans ce domaine* (quello del regime dell'uso della forza nei rapporti internazionali), *consacré des principes qui se trouvaient déjà dans le droit international coutumier, et celui-ci s'est développé dans les quarante années suivantes*

me istitutivo di "*une obligation de poursuivre de bonne foi et de mener à terme des négociations conduisant au désarmement nucléaire dans tous ses aspects, sous un contrôle international strict et efficace*". Un "obbligo di risultato", dunque, e non (secondo la Corte) "*de simples obligations de moyen*".

sous l'influence de la Charte, au point que bien des règles énoncées dans la Charte ont maintenant acquis un statut indépendant de celle-ci"[8].

Si sa che, per note ragioni di specie che non serve evocare qui, la Corte si era considerata costretta, per risolvere la controversia che le era stata sottoposta, a non fare applicazione di norme di convenzioni multilaterali, quale è la Carta di San Francisco, bensì esclusivamente di principi e regole di diritto internazionale generale o di trattati bilaterali. Sennonché in materia di uso della forza ha notoriamente rilevato che le regole consuetudinarie vigenti hanno per l'essenziale lo stesso contenuto di quelle scritte nella Carta, dalle quali non sono state "soppiantate". Per la Corte si può dire, in altre parole, che nella Carta sono enunciate norme (scritte, ovviamente) che sono anche diritto internazionale generale.

Una precisazione – che può essere formulata utilizzando le parole del giudice – s'impone: "*[l]a Cour ne considère pas que, dans les domaines juridiques intéressant le présent différend, il soit possible de soutenir que toutes les règles coutumières susceptibles d'être invoquées ont un contenu exactement identique à celui des règles figurant dans les conventions dont le jeu de la réserve des Etats-Unis interdit l'applicabilité. Sur plusieurs points, les domaines réglementés par les deux sources de droit ne se recouvrent pas exactement et les règles substantielles qui les expriment n'ont pas un contenu identique*"[9]. Ma attenzione: la Corte non sta in nessun modo escludendo che le norme scritte nella Carta (essenzialmente, gli articoli 2, par. 4, e 51) siano ascrivibili (anche) al diritto consuetudinario: sta invece mettendo in luce che esse non esauriscono il regime della minaccia e dell'uso della forza, dato che ad esempio "*la définition de l'agression armée dont la constatation autorise la mise en œuvre du 'droit naturel' de légitime défense n'est pas énoncée par la Charte et ne fait pas partie du droit conventionnel*"[10]. Ancora, la Carta – altro esempio – "*... ne comporte pas la règle spécifique – pourtant bien établie en droit international coutumier – selon laquelle la légitime défense ne justifierait que des mesures proportionnées à l'agression armée subie, et nécessaires pour y riposter*"[11]. È dunque nel diritto consuetudinario non enunciato dalla Carta che va cercato quello che nella Carta manca. Insomma, se le norme scritte in essa, che sono anche diritto consuetudinario, non hanno lo stesso contenuto del diritto consuetudinario in materia, è perché non codificano quest'ultimo completamente. E tuttavia

[8] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt. C.I.J. Recueil 1986*, p. 96, par. 181.
[9] *Ibidem*, par. 175.
[10] *Ibidem*, par. 177.
[11] *Ibidem.*

– tiene a precisare la Corte – quand'anche le norme convenzionali e consuetudinarie pertinenti avessero "*exactement le même contenu*", ciò non implicherebbe in nessun modo che "… *l'incorporation de la norme coutumière au droit conventionnel doive lui faire perdre son applicabilité distincte*"[12].

Quella dell'identità di contenuto è con ogni evidenza un'ipotesi implicante che tutto quanto figura per iscritto nella norma convenzionale riflette "esattamente" il diritto consuetudinario. Sappiamo già peraltro che non si tratta affatto di un'ipotesi astratta: la Corte ricorda con enfasi di avere ammesso essa stessa (come visto in precedenza) l'esistenza di regole dal contenuto identico in diritto internazionale convenzionale e consuetudinario nello specifico settore del regime giuridico della piattaforma continentale[13]. Ed insiste, ma – si noti – in chiave generale, sulla conclusione secondo cui laddove, in qualsiasi settore dell'ordinamento internazionale, venga in luce una identità magari completa tra i contenuti del diritto convenzionale e di quello consuetudinario pertinente, ciò non esclude in nessun modo che ognuno dei due mantenga una sua distinta esistenza ed applicabilità. Conclusione ribadita più volte: "*[i]l est donc clair que les règles du droit international coutumier conservent une existence et une applicabilité autonomes par rapport a celles du droit international conventionnel lors même que les deux catégories de droit ont un contenu identique*"[14].

Distinta esistenza, dunque, ma "contenuto identico". È chiaro quanto ciò significhi: in tutti questi casi leggendo quanto è scritto nella norma convenzionale si legge anche il contenuto della norma consuetudinaria, di cui non ha dunque senso negare che sia "scritta" anch'essa. Chiosa ulteriore: laddove risulti che il contenuto della norma convenzionale non è "esattamente" identico a quello della norma consuetudinaria perché parziale rispetto a questa ma non divergente (che è quanto la Corte ha rilevato con riguardo al regime dell'uso della forza nella Carta ONU), resta pur sempre vero che la formulazione scritta della norma convenzionale racchiude e rivela il contenuto – anche se qui non tutto il contenuto – della norma consuetudinaria.

[12] *Ibidem.*

[13] *Plateau continental de la mer du Nord*, cit., par. 63.

[14] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, cit., p. 96, par. 179.

2.2. Il diritto internazionale umanitario; la Convenzione del 1948 sulla prevenzione e la repressione del crimine di genocidio

Quello del diritto internazionale umanitario è senza dubbio il primo terreno in cui si è manifestata ampiamente la tendenza odierna del diritto internazionale consuetudinario ad assumere la veste di *jus scriptum*. In due notissimi pareri la Corte ha registrato questo fenomeno, riferendosi specialmente alla IV Convenzione dell'Aja del 1907 (ed al regolamento ivi annesso relativo alle leggi e agli usi di guerra), nonché alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949.

Nel parere del 1996 sulla liceità della minaccia e dell'uso di armi nucleari la Corte nota: "*La large codification du droit humanitaire et l'étendue de l'adhésion aux traités qui en ont résulté, ainsi que le fait que les clauses de dénonciation contenues dans les instruments de codification n'ont jamais été utilisées, ont permis à la communauté internationale de disposer d'un corps de règles conventionnelles qui étaient déjà devenues coutumières dans leur grande majorité et qui correspondaient aux principes humanitaires les plus universellement reconnus. Ces règles indiquent ce que sont les conduites et comportements normalement attendus des Etats*"[15]. E poche righe prima aveva già sottolineato: "*C'est sans doute parce qu'un grand nombre de règles du droit humanitaire applicable dans les conflits armés sont si fondamentales pour le respect de la personne humaine et pour des «considérations élémentaires d'humanité"... que la convention IV de La Haye et les conventions de Genève ont bénéficié d'une large adhésion des Etats. Ces règles fondamentales s'imposent d'ailleurs à tous les Etats, qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment, parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier*"[16]. Con specifico riferimento alla IV Convenzione di Ginevra del 1907 ed al suo Regolamento, la Corte non dimentica peraltro di citare la sentenza del Tribunale militare internazionale di Norimberga (30 settembre e 1 ottobre 1946), secondo il quale le "*règles définies dans la convention étaient reconnues par toutes les nations civilisées et étaient considérées comme une formulation des lois et coutumes de guerre*"[17].

Anche se soltanto riguardo alla IV Convenzione dell'Aja del 1907 la Corte è poi tornata a confermare queste conclusioni nel parere del 2004 sul muro in territorio palestinese: "*La Cour estime que les dispositions*

[15] *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 258, par. 82.
[16] *Ibidem*, par. 79
[17] *Ibidem*, par. 80.

du règlement de La Haye de 1907 ont acquis un caractère coutumier comme d'ailleurs tous les participants a la procédure devant la Cour le réconnaissent"[18].

Lo *jus in bello* è il capitolo del diritto internazionale in cui la codificazione è stata realizzata, non solo prima che altrove, ma anche con pressoché costante successo, all'insegna dell'universalità e rifiutando la logica della "regionalizzazione" del diritto. E tale codificazione è sfociata regolarmente in strumenti convenzionali che, prima o poi, la comunità internazionale ha considerato fedeli rappresentazioni del diritto internazionale consuetudinario generale. Usando il linguaggio dei giudici appena citato, si può dunque dire che le "regole definite" in tali convenzioni vanno considerate come "formulazioni" del diritto consuetudinario, sono cioè regole convenzionali, ovviamente scritte, riconosciute come consuetudinarie: in altre parole, leggendole si legge appunto il diritto consuetudinario, che risulta dunque ancorato anch'esso a segni linguistici fissi. *Jus scriptum*, *consuetudo scripta*.

Considerazioni dello stesso genere si potrebbero fare, ad esempio, riguardo ai crimini di guerra o ai crimini contro l'umanità, pensando alle formulazioni relative, figuranti in strumenti internazionali (come lo Statuto di Roma della Corte penale internazionale), alle quali si riconosce – magari implicitamente – il valore di enunciazioni del diritto consuetudinario generale. Limitiamoci a ricordare puntualmente il più noto e consolidato di questi riconoscimenti, quello riguardante i principi in materia di genocidio, quali figurano nella Convenzione del 1948 sulla prevenzione e la repressione di questo crimine. Basterà qui citare la sentenza del 3 febbraio 2015 nel caso Croazia contro Serbia in cui la Corte, prendendo appoggio sui *dicta* figuranti nella propria giurisprudenza precedente (il parere del 1951 sulle riserve alla Convenzione, le sentenze del 1996 e del 2007 sul caso Bosnia Erzegovina contro Serbia, la sentenza del 2006 nel caso Congo contro Ruanda), sottolinea: "*... il est constant que la Convention consacre des principes qui font également partie du droit international coutumier",* per poi aggiungere: *"La Cour a elle-même rappelé maintes fois que la Convention énonçait des principes appartenant au droit international coutumier*" [19].

La Camera di prima istanza del Tribunale penale internazionale per il Ruanda, nel caso *Procuratore c. Akayesu*, ha espresso piena adesione in proposito, ma adoperando un linguaggio poco sorvegliato ed eccessi-

[18] *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C. I. J. Recueil 2004,* p. 172, par. 89.

[19] *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, *Arrêt*, par. 87.

vo che merita un commento critico perché permette una (ovvia) puntualizzazione: "*la Convention contre le génocide fait indéniablement partie du droit international coutumier, comme il ressort de l'opinion de la Cour internationale de Justice sur les dispositions de la Convention sur le génocide, et comme l'a rappelé le Secrétaire général des Nations Unies dans son rapport sur la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*"[20]. E appena il caso di precisare che non "la Convenzione", bensì esclusivamente le sue disposizioni a carattere normativo "fanno parte" del diritto consuetudinario generale, ne sono enunciazioni scritte: non certo le disposizioni finali (articoli XII-XIX), ma nemmeno la clausola compromissoria dell'articolo IX, la quale – non potendo avere che valore convenzionale – vincola ovviamente soltanto gli Stati parti alla Convenzione nelle loro relazioni.

2.3. Il diritto consuetudinario scritto in altri settori dell'ordinamento internazionale, ed in diritto del mare in particolare

Una adeguata ricerca, qui impossibile, consentirebbe senza dubbio di mettere in luce che in ogni settore del diritto internazionale (al di là di quelli che abbiamo chiamato fin qui, o chiameremo tra poco specificamente in causa) sono oggi copiosamente presenti norme scritte di diritto internazionale consuetudinario: cioè disposizioni "normative" formulate in strumenti convenzionali alle quali va riconosciuta valenza di consuetudini generali. Così, ad esempio, è facile pensare alle materie del diritto diplomatico e del diritto consolare, riferendosi a principi figuranti nelle rispettive Convenzioni di Vienna del 1961 e 1963[21], ma anche, ovviamente, al settore dei diritti umani (in cui peraltro l'identificazione puntuale delle formulazioni contenute nelle svariate convenzioni che possono dirsi "passate" nella consuetudine è sicuramente poco agevole). V'è da aggiungere, peraltro, che norme consuetudinarie scritte possono risul-

[20] *Le Procureur contre Jean-Paul Akayesu*, affaire n° ICTR-96-4-T, 2 settembre 1998, par. 495.

[21] Ad esempio, nella sentenza *Yerodia* del 2002 (*C.I.J. Recueil 2002,* p. 3) si legge (par. 52): "*Un certain nombre de textes conventionnels ont été évoqués par les Parties... Il en a été tout d'abord ainsi de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961. Dans son préambule, celle-ci précise que le but des privilèges et immunités diplomatiques est «d'assurer l'accomplissement efficace des fonctions des missions diplomatiques en tant que représentants des Etats. Elle dispose en son article 32 que seul 1'Etat accréditant peut renoncer à cette immunité. Sur ces points, la convention de Vienne sur les relations diplomatiques, à laquelle tant le Congo que la Belgique sont parties, reflète le droit International coutumier. Il en est de même des dispositions correspondantes de la convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963, à laquelle le Congo et la Belgique sont également parties*."

tare pure dal riconoscimento che talune formulazioni di principi contenute in documenti internazionali non convenzionali e privi di efficacia obbligatoria, ma di affermata autorevolezza, "enunciano" il diritto internazionale generale. Voglio alludere specialmente ai casi riguardanti certe risoluzioni dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite o dati progetti di articoli della Commissione del diritto internazionale.

Quanto alle risoluzioni dell'Assemblea generale, è notissima l'opinione espressa dalla Corte internazionale di giustizia secondo cui esse "*même si elles n'ont pas force obligatoire, peuvent parfois avoir une valeur normative. Elles peuvent, dans certaines circonstances, fournir des éléments de preuve importants pour établir l'existence d'une règle ou l'émergence d'une opinio juris*"[22]. È chiaro che il riconoscimento del loro "valore normativo" nel senso indicato dal giudice non implica in nessun modo, di per sé ed in generale, riconoscimento che i principi in esse formulati sono puntuale trascrizione del diritto consuetudinario. Ma niente esclude che tale riconoscimento risulti – anche se in casi particolari – meritato. Così – un solo esempio tra i tanti che si potrebbero raccogliere – nella sentenza del 19 dicembre 2005 nel caso *Congo c. Uganda*, a proposito di taluni principi iscritti nella Risoluzione 2625 (XXV) del 1970, la Corte non ha esitato ad affermare che "*ces dispositions revêtent un caractère déclaratoire du droit international coutumier*" [23].

Anche riguardo ai progetti di articoli della Commissione di diritto internazionale gli esempi potrebbero essere numerosi. Prendiamone due soltanto. Nella sentenza finale del 2007 sul caso *Bosnia Erzegovina c. Serbia* la Corte applica anzitutto "*la règle bien établie et qui constitue l'une des pierres angulaires du droit de la responsabilité internationale… qui relève du droit international coutumier, …énoncée à l'article 4 de la CDI sur la responsabilité de l'Etat*" [24]; e poi l'altra regola pertinente, "enunciata" all'art. 8, che pur'essa "*appartient au droit coutumier de la responsabilité internationale*"[25]. Più oltre dichiara di non considerarsi tenuta, ai fini del regolamento del caso di specie, a decidere se anche altri articoli del medesimo progetto "*…expriment l'état du droit coutumier*"[26], ma osserva poi *en passant* che tale è certo il caso per l'articolo

[22] *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, cit., par. 70.

[23] *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), arrêt, C.I.J. Recueil 2005*, p. 227, par. 162.

[24] *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro) arrêt, C.I.J. Recueil 2007,* p. 202, par. 385.

[25] *Ibidem*, par. 398.

[26] *Ibidem*, par. 414.

16[27], nonché per le regole e principi sulla riparazione e la cessazione[28]. Il secondo esempio è la sentenza del 2007 sul caso *Diallo*, in cui la Corte dà per scontato che l'articolo 1 del progetto della Commissione sulla protezione diplomatica del 2006, nel quale quest'ultima viene definita, "riflette" il diritto consuetudinario[29].

Ma torniamo al diritto consuetudinario scritto perché "cristallizzato" in norme convenzionali, riaprendo il dossier del diritto del mare. Al di là del caso già evocato delle disposizioni della Convenzione di Ginevra del 1958 sulla piattaforma continentale che enunciano il diritto consuetudinario, v'è da riflettere molto più ampiamente sullo stato del diritto del mare quale codificato nel suo insieme dalla Convenzione di Montego Bay del 1982. Innumerevolissime testimonianze – e non solo giurisprudenziali, sia chiaro – potrebbero essere citate per mettere in evidenza che le sue disposizioni trascrivono in gran maggioranza il diritto internazionale generale in vigore. Tra le tante sentenze della Corte internazionale di giustizia che lo rilevano a proposito di questa o quella disposizione, merita una citazione diffusa quella sulla *controversia territoriale e marittima (Nicaragua c. Colombia)* del 19 novembre 2012[30]: vi si può raccogliere tutta una serie di prese di posizione significative su svariati elementi normativi della Convenzione e la loro identità di contenuto con la consuetudine. Vale la pena di selezionare una piccola antologia di brani della sentenza:

"*L'argument du Nicaragua selon lequel elle* (sc.: la formazione QS.32) *ne peut être considérée comme une île au sens du droit international coutumier, parce qu'elle est composée de débris coralliens, est dépourvu de fondement. Le droit international définit une île comme une «étendue naturelle» qui reste «découverte à marée haute», et ce, indépendamment de tout critère géologique…Le fait que QS 32 soit minuscule n'a aucune importance du point de vue juridique, le droit international ne fixant pas de dimension minimale pour qu'une formation maritime puisse être considérée comme une île. Par conséquent, la Cour conclut que la formation dite QS 32 est susceptible d'appropriation*"[31] (la Corte sta qui facendo riferimento, senza citarlo, all'art. 121 della Convenzione).

[27] *Ibidem*, par. 420.
[28] *Ibidem*, paragrafi 459 ss.
[29] *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007,* p. 599, par. 39.
[30] *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie), arrêt, C.I.J. Recueil 2012*, p. 624.
[31] *Ibidem*, par. 37.

"*Les Parties conviennent que, la Colombie n'étant pas partie à la CNUDM, seul le droit international coutumier peut s'appliquer à l'égard de la délimitation maritime sollicitée par le Nicaragua. Elles conviennent également que le droit applicable en la présente affaire est le droit international coutumier tel qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour, du Tribunal international du droit de la mer (ci-après le «TIDM») et de juridictions arbitrales internationales. Elles conviennent en outre que les dispositions pertinentes de la CNUDM relatives aux lignes de base d'un Etat côtier et à son droit à des espaces maritimes, à la définition du plateau continental ainsi qu'à la délimitation de la zone économique exclusive et du plateau continental reflètent le droit international coutumier*"[32].

"*La Cour constate que la Colombie n'est pas partie à la CNUDM et que, par conséquent, le droit applicable en la présente affaire est le droit international coutumier. Elle considère que la définition du plateau continental énoncée au paragraphe 1 de l'article 76 de la CNUDM fait partie du droit international coutumier*"[33].

"*Les Parties s'accordent également sur le fait que plusieurs des dispositions les plus importantes de la CNUDM reflètent le droit international coutumier. Elles reconnaissent en particulier que les dispositions des articles 74 et 83, relatifs à la délimitation de la zone économique exclusive et du plateau continental, ainsi que l'article 121, relatif au régime juridique des îles, sont à considérer comme déclaratoires du droit international coutumier*"[34].

"*La Cour a reconnu que les principes relatifs à la délimitation maritime consacrés par les articles 74 et 83 reflétaient le droit international coutumier…Elle a également laissé entendre, à la même occasion, que la définition juridique d'une île, énoncée au paragraphe 1 de l'article 121, faisait partie du droit international coutumier. Elle est parvenue à la même conclusion s'agissant du paragraphe 2 de cet article (ibid., p. 97, par. 185). Bien que, dans son arrêt* Qatar c. Bahreïn*, elle n'ait pas spécifiquement examiné le paragraphe 3 de l'article 121, la Cour relève que les droits générés par une île au titre du paragraphe 2 sont expressément limités par le renvoi aux dispositions du paragraphe 3. En énonçant que les rochers qui ne se prêtent pas à l'habitation humaine ou à une vie économique propre n'ont ni zone économique exclusive ni plateau continental, le paragraphe crée un lien essentiel entre, d'une part, le principe*

[32] *Ibidem*, par. 114.
[33] *Ibidem*, par. 118.
[34] *Ibidem*, par. 138.

établi de longue date selon lequel «les îles, quelles que soient leurs dimensions, jouissent ... du même statut, et par conséquent engendrent les mêmes droits en mer que les autres territoires possédant la qualité de terre ferme» et, d'autre part, les droits à des espaces maritimes plus étendus consacrés par la CNUDM, droits déclarés par la Cour comme ayant acquis un caractère coutumier. Dès lors, la Cour considère que le régime juridique des îles défini à l'article 121 de la CNUDM forme un tout indivisible et que chacune de ses dispositions fait partie (comme l'admettent la Colombie et le Nicaragua) du droit international coutumier"[35].

"*Ce droit à une mer territoriale est le même que pour tout autre territoire terrestre. Quelle qu'ait pu être la règle dans le passé, le droit international fixe de nos jours à 12 milles marins la largeur de la mer territoriale dont peut se prévaloir l'Etat côtier, et l'article 3 de la CNUDM reflète l'état actuel du droit international coutumier sur ce point. La Cour constate que la Colombie s'est appropriée une mer territoriale d'une largeur de 12 milles marins autour de tous ses territoires (tout comme le Nicaragua). Or, si la mer territoriale d'un Etat peut être restreinte dans le cas où elle chevauche la mer territoriale d'un autre Etat, comme le prévoit l'article 15 de la CNUDM, tel n'est pas le cas en l'espèce. Il y a toutefois chevauchement de la mer territoriale revendiquée par la Colombie autour de chacune de ses îles avec le plateau continental et la zone économique exclusive auxquels peut prétendre le Nicaragua. Les droits en cause ici sont de nature différente: conformément à des principes bien établis en droit international coutumier, l'Etat côtier a la souveraineté sur le fond de la mer et la colonne d'eau surjacente dans les limites de sa mer Territoriale, tandis qu'il se voit reconnaître des droits spécifiques, et non la souveraineté, sur le plateau continental et la zone économique exclusive*"[36].

"*Pour les motifs déjà exposés, la Colombie peut prétendre à une mer territoriale de 12 milles marins autour de QS 32. Elle est par ailleurs en droit, afin de mesurer cette mer territoriale, de s'appuyer sur la règle énoncée à l'article 13 de la CNUDM ...La Cour a considéré que cette disposition reflétait le droit international coutumier*"[37].

Insomma, nella Convenzione di Montego Bay non solo figurano norme convenzionali: vi è scritto anche l'insieme del diritto internazio-

[35] *Ibidem*, par. 139.
[36] *Ibidem*, par. 177.
[37] *Ibidem*, par. 182.

nale consuetudinario del mare, anche se – va sicuramente ammesso – non in ogni dettaglio.

2.4. Il diritto dei trattati

Un settore in cui la Corte internazionale di giustizia ha fin qui rilevato con particolare dovizia nella sua giurisprudenza la sussistenza di norme di diritto internazionale generale qualificabili come vere e proprie sorelle gemelle di regole scritte di accordi internazionali è notoriamente quello del diritto dei trattati. Salvo le sparute eccezioni di cui si dirà, non v'è praticamente disposizione della Convenzione di Vienna del 1969 (sulla quale vale la pena di concentrarsi qui, lasciando da parte gli altri strumenti viennesi sui trattati) su cui la Corte è stata indotta a pronunciarsi che non le sia apparsa identica o quasi, per contenuto, alla corrispondente norma consuetudinaria generale. Specialmente all'inizio – quando la Convenzione di Vienna era stata da poco adottata e ben prima che essa entrasse in vigore – la Corte soleva scegliere per la verità delle formule prudenziali, evitando di dare per scontata una perfetta corrispondenza tra le due: così nel paragrafo 94 del parere del 1971 sulla *Namibia*[38] essa nota che "*Les règles de la convention de Vienne sur le droit des traités concernant la cessation d'un traité violé (qui ont été adoptées sans opposition), peuvent, à bien des égards, être considérées comme une codification du droit coutumier existant dans ce domaine*": non dunque *"à tous égards"*, ma "*à bien des égards*", anche se nessuna indicazione è poi fornita quanto agli "*égards*" rispetto ai quali l'articolo 60 della Convenzione potrebbe non avere valore codificatorio. Però si può dire che in fondo la Corte dimentica poi ogni prudenza quando, un po' più in là, finisce per riconoscere carattere consuetudinario all'insieme di quanto è scritto nell'art. 60, compreso il suo par. 5[39].

Due anni dopo la Corte manterrà la medesima cautela verbale

[38] *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971,* p. 16.

[39] *Ibidem*, par. 96: "*Pour que cette objection soit valable, il faudrait montrer que le système des mandats établi par la Société des Nations excluait l'application du principe juridique général selon lequel le droit de mettre fin à un traité comme conséquence de sa violation doit être présumé exister pour tous les traités, sauf en ce qui concerne les dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire (convention de Vienne, art. 60, par. 5). Le silence d'un traité à ce sujet ne saurait être interprété comme impliquant l'exclusion d'un droit dont la source se trouve en dehors du traité, dans le droit international général, et qui dépend de circonstances que l'on n'envisage normalement pas au moment de conclure le traité*".

quanto al principio *rebus sic stantibus*, proclamando che "*l'article 62 de la convention de Vienne sur le droit des traités ... peut, a bien des égards, être considéré comme une codification du droit coutumier existant en ce qui concerne la cessation des relations conventionnelles en raison d'un changement de circonstances*"[40]. Nessuna cautela invece quanto all'art. 52 ed alla causa di invalidità dei trattati in esso prevista: "*Il n'y a guère de doute que, comme cela ressort implicitement de la Charte des Nations Unies et comme le reconnaît l'article 52 de la convention de Vienne sur le droit des traités, un accord dont la conclusion a été obtenue par la menace ou l'emploi de la force est nul en droit international contemporain*"[41]. Sia detto per inciso, questa "indubbia" nullità non era affatto lampante nella Carta…

Nella sentenza *Gabčíkovo-Nagymaros* del 25 settembre 1997 sono in blocco le disposizioni della Convenzione di Vienna sull'estinzione e la sospensione dei trattati (articoli 61, 62 e 63) che la Corte non esita a qualificare *de plano* come corrispondenti *à bien des égards* al diritto internazionale generale: "*La Cour n'a pas à s'attarder sur la question de l'applicabilité en l'espèce de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. II lui suffira de rappeler qu'à plusieurs reprises déjà elle a eu l'occasion de dire que certaines des règles énoncées dans ladite convention pouvaient être considérées comme une codification du droit coutumier existant. La Cour est d'avis qu'à bien des égards tel est le cas des règles de la convention de Vienne afférentes à l'extinction et a la suspension de l'application des traités, énoncées a ses articles 60 à 62*"[42]. Più in là la Corte ripeterà che, visto che la Convenzione non è direttamente applicabile per quanto riguarda il trattato specifico del 1977 tra i due Stati in controversia, "*seules les règles de la convention qui sont déclaratoires du droit coutumier sont applicables au traité de 1977. Comme la Cour l'a indiqué ci-dessus, tel est le cas, à bien des égards, des articles 60 à 62 de la convention de Vienne relatifs à l'extinction et a la suspension de l'application des traités*"[43]. Lasciando indi da parte ogni cautela, la Corte nel prosieguo della sentenza applicherà pari pari al caso di specie (con risultati peraltro negativi) i tre articoli in questione nella loro interezza, sempre come "*déclaratoires du droit coutumier*"; e addirittura enfatizzerà, ai fini della interpretazione del principio (consuetudinario!)

[40] Sentenza del 2 febbraio 1973, *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1973*, par. 24.

[41] *Ibidem*, par. 36.

[42] *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt, C.I.J. Recueil 1997*, p. 38, par. 46.

[43] *Ibidem*, par. 99.

rebus sic stantibus, l'importanza della lettera della Convezione: "*Le fait que l'article 62 de la convention de Vienne sur le droit des traités soit libellé en termes négatifs et conditionnels indique d'ailleurs clairement que la stabilité des relations conventionnelles exige que le moyen tiré d'un changement fondamental de circonstances ne trouve à s'appliquer que dans des cas exceptionnels*"[44]. A conferma di questa corrispondenza letterale tra quanto è scritto in svariate disposizioni della Convenzione ed il diritto internazionale generale, conviene ancora ricordare quanto la Corte afferma circa la tassatività delle cause di estinzione e sospensione dei trattati: questo principio, esplicitato all'art. 42, par. 2, della Convenzione, entra in gioco quando il giudice, una volta constatato che il trattato di specie (non sottoposto "direttamente" alla Convenzione) non prevedeva disposizioni sulla sua estinzione e che "*rien n'indique non plus que les parties entendaient admettre la possibilité de dénoncer le traité ou de s'en retirer*" (che è un implicito riferimento all'art. 56), sottolinea: *"par conséquent, les parties n'en ayant pas convenu autrement, le traité ne pouvait prendre fin que pour les motifs énumérés limitativement dans la convention de Vienne*"[45], applicando con ciò appunto alla lettera – senza citarlo – l'art. 42, par. 2.

In materia di interpretazione di trattati internazionali si sa che la Corte – è una sorta di *locus classicus* della sua giurisprudenza dell'ultimo mezzo secolo – non adotta riserve per ripetere che il diritto internazionale consuetudinario relativo "*est réflété aux articles 31 et 32 de la CV*", per poi ricordare ogni volta una scelta di suoi precedenti *in terminis*. Tanto frequenti appaiono questi rilievi che non val la pena di attardarsi in citazioni, salvo una: quella della sentenza sull'*affare dei diritti di navigazione e dei diritti connessi* del 13 luglio 2009 (Costarica c. Nicaragua), in cui si sottolinea che, né il fatto che la Convenzione di Vienna non fosse applicabile nella specie, né tantomeno il fatto che il trattato da interpretare fosse di ben più di un secolo anteriore alla Convenzione, "*n'ont pour effet d'empêcher la Cour de se référer aux principes d'interprétation énoncés aux articles 31 et 32*"[46].

Varie altre disposizioni della Convenzione di Vienna sono citate anch'esse in queste o in altre sentenze come riflettenti il diritto consuetudinario. Così, ad esempio, nel caso della *frontiera tra Camerun e Nigeria*[47] si tratta della nozione di accordo internazionale (art. 2, par. 1 della

[44] *Ibidem*, par. 104.
[45] *Ibidem*, par. 100.
[46] *C.I.J. Recueil 2009,* p. 237, par.47.
[47] *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 2002*, p. 303.

Convenzione), dell'art. 7 (sui pieni poteri) e dell'art. 46 (sul *treaty-making power*). Nella sentenza *Belgio c. Senegal* del 20 luglio 2012[48] vengono indicati come riflettenti il diritto consuetudinario gli articoli 27 (diritto interno e rispetto dei trattati) e 28 (irretroattività). E così via.

Non c'è bisogno di procedere ad una raccolta completa dei dati giurisprudenziali per giustificare l'affermazione secondo cui chi consulta la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati vi trova scritto (anche) il diritto internazionale consuetudinario in materia. Naturalmente, come si è del resto già segnalato a proposito della Convenzione del 1948 sul genocidio, questo non significa che tutta la Convenzione faccia integralmente parte del diritto consuetudinario: è ovvio che gli articoli sprovvisti di carattere "normativo", come le disposizioni finali (art. 81 ss.) restano fuori. Ma non soltanto questi. Nel parere del 1980 sull'interpretazione di un accordo tra OMS ed Egitto[49] la Corte ha escluso che prescrizioni di termini precisi da rispettare (ad esempio, scadenziari riguardo ad obblighi di negoziato o di consultazione, o a preavvisi ai fini della denuncia, etc.) possano avere valore consuetudinario. Nella sentenza del 1997 sul caso *Gabčíkovo* la Corte mostra poi di condividere l'opinione delle parti in causa secondo cui "*les articles 65 à 67 de la convention de Vienne sur le droit des traités, s'ils ne codifient pas le droit coutumier, le reflètent du moins généralement et contiennent certains principes de procédure qui ont pour fondement l'obligation d'agir de bonne foi*"[50]. Nella sentenza del 3 febbraio 2006 nel caso *Congo c. Ruanda* si legge: "… *dans la présente affaire, les règles contenues dans la convention de Vienne ne sont applicables que dans la mesure où elles sont déclaratoires de droit international coutumier. De l'avis de la Cour, les règles énoncées à l'article 66 de cette convention ne présentent pas un tel caractère*"[51]. Si capisce perché: le regole che organizzano e disciplinano le procedure da seguire per la soluzione di controversie tra Stati riguardanti l'invalidità o l'estinzione di trattati, nonché le relative clausole "compromissorie" di regolamento giudiziario, arbitrale o conciliativo, non possono ambire ad una valenza consuetudinaria, a fronte della sicura sussistenza a livello consuetudinario generale del principio della libera scelta dei mezzi di soluzione delle controversie, consacrato all'art. 33 della Carta ONU. Le

[48] *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), arrêt, C.I.J. Recueil 2012*, p. 422.

[49] *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Egypte, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1980*, p. 95-96, par. 49.

[50] *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, cit., par. 109

[51] *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006,* p. 52, par. 125.

scelte figuranti in proposito nella Convenzione di Vienna restano dunque a carattere esclusivamente pattizio ed impegnano solo le parti alla Convenzione stessa nei loro rapporti reciproci.[52]

3. *Conclusione*

Ha senso parlare di obsolescenza del diritto internazionale consuetudinario, in vista del fatto che la maggior parte dei suoi principi e delle sue regole risultano ormai incorporati o in corso di incorporazione in strumenti pattizi[53]? Ciò a cui stiamo assistendo non è in realtà un processo di obsolescenza, di abrogazione o di rimpiazzo del diritto consuetudinario generale, bensì un processo di scrittura delle sue norme. Le *consuetudines scriptae*, pur se identiche per contenuto alle norme convenzionali gemelle, manterranno peraltro autonomia rispetto a queste quanto ad esistenza ed applicabilità, anche se la loro applicazione finirà inevitabilmente per risultare non distinguibile (perché per così dire 'coperta') in

[52] Può essere interessante mettere in parallelo quanto ora osservato con la spiegazione offerta dalla Corte internazionale di giustizia circa le ragioni per cui, in un principio della Carta quale l'articolo 51 relativo alla legittima difesa, che indiscutibilmente enuncia la consuetudine generale, non riflettono quest'ultima le prescrizioni relative alle modalità del rapporto che lo Stato vittima dell'aggressione deve instaurare col Consiglio di sicurezza. Al par. 200 della sentenza del 1986 sul caso "Nicaragua" si legge: "*A ce point de son arrêt, la Cour peut se demander s'il existe en droit international coutumier une exigence semblable à celle que prévoit le droit conventionnel de la Charte des Nations Unies et qui impose à l'Etat se prévalant du droit de légitime défense individuelle ou collective de faire rapport à un organe international habilité à se prononcer sur la conformité au droit international des mesures nationales que cet Etat entend par là justifier. Ainsi l'article 51 de la Charte des Nations Unies prescrit aux Etats prenant des mesures dans I 'exercice de ce droit de légitime défense de les "porter immédiatement" à la connaissance du Conseil de sécurité. Comme la Cour l'a déjà relevé …, un principe consacré par un traité mais existant dans le droit international coutumier peut fort bien, dans celui-ci, être affranchi des conditions et modalités dont il est entouré dans le traité. Quelque influence que la Charte, en ces matières, ait pu avoir sur le droit coutumier, il est clair que, sur le plan de ce droit, la licéité de l'exercice de la légitime défense n'est pas conditionnée par le respect d'une procédure aussi étroitement dépendante du contenu d'un engagement conventionnel et des institutions qu'il établit.*"

[53] J. P. TRACHTMAN, *The Obsolescence of Customary International Law* (October 21, 2014). Reperibile in SSRN: http://ssrn.com/abstract=2512757, p. 33 (oppure http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2512757). Questo autore elabora e presenta dei conti a suo dire precisi: "*As the taxonomy reveals, the vast majority of rules of CIL are codified in international treaties or codification instruments. Of 300 identified rules of CIL, only 13 (4.33%) have not been either incorporated in treaties or codified. Even if we remove ILC codifications from the data, only three additional rules, plus the rules relating to state responsibility (27), are not incorporated in treaty. Thus, the aggregate of all CIL rules not incorporated in treaty are 43/300 (14.33%). This is still not a major role for CIL*".

tutti i casi in cui si realizzino le condizioni alle quali è subordinata l'applicabilità delle gemelle convenzionali.

PRIMA SESSIONE PARALLELA

DIRITTO INTERNAZIONALE DELL'ECONOMIA

Presidenza
ELENA SCISO

Elena SCISO*

Nel diritto internazionale contemporaneo, il diritto scritto è usualmente la forma preferita per la regolamentazione dei rapporti tra i soggetti dell'ordinamento, con la conseguenza di un progressivo declino del ruolo della consuetudine. Questa circostanza è ancora più vera, almeno apparentemente, in quel particolare settore del diritto internazionale che disciplina i rapporti economici e commerciali tra gli Stati, sia perché tali ultimi sono verosimilmente più gelosi della loro sovranità economica di quanto non lo siano di quella politica, accettando nel primo caso solo compromissioni inequivoche e revocabili, quali sono quelle stabilite per via di accordo; sia perché le relazioni economiche internazionali hanno come protagonisti, accanto agli Stati e ad altri soggetti classici dell'ordinamento, anche attori diversi, non raggiungibili da regole «tradizionali» del diritto internazionale quali sono quelle consuetudinarie.

Un settore nel quale, a motivo proprio di entrambe le ragioni su indicate, la regolamentazione è prevalentemente, seppure non esclusivamente, di origine pattizia è quello degli investimenti esteri. Ciò, malgrado per molto tempo, in passato, l'unico ancoraggio del settore al diritto internazionale sia stato costituito dalle poche, e tra le più antiche, regole consuetudinarie relative al trattamento dello straniero e dei suoi beni (tali essendo, indipendentemente dalla forma nella quale vengono effettuati, gli investimenti diretti esteri nel territorio dello Stato). Tali sono quelle relative all'obbligo, per lo Stato territoriale, di adottare in materia uno *standard* internazionale, non sempre e non necessariamente coincidente con quello nazionale; al rispetto di talune condizioni di «legittimità internazionale» in relazione ad eventuali misure di espropriazione e nazionalizzazione della proprietà privata straniera; all'obbligo della corresponsione, in questi casi, di un indennizzo determinabile alla stregua di precisi paramenti dettati da norme internazionali (la c.d. formula Curdell Hull); al diritto dello Stato nazionale dello straniero di intervenire in protezione diplomatica, ricorrendo talora anche all'uso della forza armata, nel caso della violazione di tali obblighi da parte dello Stato territoriale. La forte contrapposizione di interessi, che negli anni '70 del secolo scorso si è palesata all'interno della comunità internazionale tra la componente dei Paesi industrializzati e quella dei PVS, prevalentemente Paesi

* Ordinario di Diritto Internazionale, LUISS Guido Carli.

di nuova indipendenza (aggiungendosi a quella già emersa nel settore, alcuni anni prima, tra Paesi di socialismo reale e quelli ad economia di mercato), ha messo in crisi questa scarna regolamentazione su base consuetudinaria. I principi del c.d. Nuovo ordine economico internazionale, ispirati a criteri di diseguaglianza compensatrice e di solidarietà tra gli Stati, elaborati dai PVS a partire dalla seconda metà degli anni '60 del secolo scorso e veicolati attraverso alcune Dichiarazioni di principi dell'Assemblea generale, non sono riusciti ad imporsi come principi condivisi della comunità internazionale nel suo insieme, sostituendosi alle precedenti, contestate regole. Tuttavia, il permanere del conflitto di interessi da un lato e la necessità, dall'altro, di trovare un punto di intesa che consentisse una ripresa del flusso di investimenti esteri produttivi soprattutto verso i Paesi in via di sviluppo, hanno dato un forte impulso, nel settore, ad un'ampia regolamentazione pattizia, prevalentemente sulla base di accordi bilaterali (i c.d. BITs) e, in misura meno rilevante, regionali, quali NAFTA o il Trattato sulla Carta europea dell'energia. Sono invece falliti, com'è noto, i diversi tentativi – tra i quali, i più noti sono quelli perseguiti in ambito OCSE, negli anni '90 del secolo scorso e, successivamente, nel quadro OMC – di giungere alla elaborazione di un trattato multilaterale sugli investimenti; l'accordo TRIMs che, nel sistema multilaterale del commercio, si occupa degli aspetti commerciali (relativi peraltro solo al commercio di merci) degli investimenti esteri non fornisce, significativamente, una definizione di "investimento".

Tale regolamentazione pattizia – il cui obiettivo non è più solo quello, condiviso con la regola consuetudinaria, di assicurare la protezione dello straniero investitore e dei suoi beni, ma quello, assai più ambizioso e omnicomprensivo, di favorire la più ampia mobilità degli investimenti su scala globale per sostenere lo sviluppo del commercio internazionale – risulta completata e rafforzata dalla nascita, su base pattizia, di strutture multilaterali idonee ad incentivare la soluzione di taluni degli aspetti più problematici del rapporto di investimento, da un lato offrendo all'investitore la garanzia di una copertura assicurativa internazionale in relazione agli eventuali rischi c.d. politici o non commerciali legati all'investimento nel territorio dello Stato estero (MIGA); dall'altro, favorendo l'utilizzazione di procedure arbitrali o conciliative per la soluzione delle controversie tra Stato e investitore (ICSID), che costituiscano per il privato investitore un'alternativa credibile ed effettiva rispetto al ricorso ai tribunali locali o, anche, alle corti nazionali, per far valere i suoi diritti o i pregiudizi nascenti dalle eventuali violazioni del contratto di investimento.

In questo contesto, il ruolo del diritto non scritto appare certamente assai ridimensionato e tendenzialmente residuale, confinato quasi esclusivamente alla disciplina delle espropriazioni ed al trattamento dell'investimento estero, eppure non del tutto superato. Significativa in tal senso è la lettura dell'art. 42 della Convenzione di Washington, istitutiva dell'ICSID. Tale disposizione individua, com'è noto, il diritto applicabile alla soluzione delle controversie tra investitore privato e Stato ospite prevedendo che, in assenza di regole specificatamente indicate dalle parti, si debba applicare il diritto dello Stato parte del contratto di investimento e «*such rules of international law as may be applicable*», venendo tali ultime in rilievo in funzione essenzialmente integrativa o correttiva. Nel caso *LG and E v Argentina*, del 3 ottobre 2006, un tribunale ICSID ha al riguardo specificamente affermato che «*…applying rules of international law is to be understood as comprising the general international law, including customary international law…*»[1]. Anche quando la scelta della legge applicabile sia stata effettuata dalle parti, i tribunali ICSID hanno ritenuto di poter ricorrere ai principi del diritto internazionale in funzione sussidiaria o, in caso di evidente contrasto tra tale legge e le norme internazionali cogenti, correttiva. Peraltro la prassi arbitrale, non solo quella dei tribunali ICSID, è portata ad operare un ricorso al diritto consuetudinario tutte le volte in cui l'accordo fa riferimento esplicito ad una norma o principio del diritto consuetudinario, com'è nell'art. 1105 del NAFTA relativo al trattamento che ciascuno Stato parte deve riservare agli investitori delle altre Parti «*in accordance with international law…*», o anche opera un richiamo implicito, com'è in una successiva disposizione del NAFTA, l'art. 1110 che, tra le condizioni di legittimità di eventuali misure «dirette o indirette» di espropriazione e/o nazionalizzazione, che lo Stato può adottare in danno dell'investimento/investitore estero, stabilisce la conformità della misura «*…with due process of law…*».

Sovente poi, il ricorso alle norme non scritte viene operato nella prassi arbitrale al fine di specificare i contorni di clausole standard di protezione dell'investitore – quali, il trattamento giusto ed equo, c.d. FET (standard che per la prima volta compare nella Carta dell'Avana, l'accordo in base al quale sarebbe dovuta nascere, nel 1948, l'International Trade Organization e che costituisce oggi una locuzione ricorrente nei vari accordi regionali e nei BITs) o la «*full protection and security*» – che siano inserite, ma non specificatamente definite, all'interno degli accordi di investimento. Sotto questo profilo, va peraltro posto in

[1] *LG and E v Argentina*, 3 ottobre 2006, par. 89.

evidenza come le interpretazioni date dai diversi tribunali arbitrali circa la corrispondenza tra lo standard convenzionale del «trattamento giusto ed equo» e quello consuetudinario del «minimum standard internazionale» non siano uniformi. Alcuni tribunali internazionali hanno infatti considerato lo standard consuetudinario come un mero punto di partenza ai fini della interpretazione dello standard pattizio, affermando che il soddisfacimento di tale ultimo possa anche richiedere un trattamento «*…additional to, or beyond that of, customary law*»[2]; altri ,come la Free Trade Commission del NAFTA in una nota del 31 luglio 2001, considerano invece il diritto consuetudinario come un limite alla interpretazione dello standard pattizio, ritenendo che il FET previsto dall'accordo non richieda un trattamento che vada al di là di quanto «*is required by customary international law minimum standard of treatment of aliens*».

Un'altra «modalità di impiego» del diritto consuetudinario da parte, in particolare, dei tribunali ICSID, è quella di utilizzarne le relative norme quale strumento interpretativo rispetto ad aspetti procedurali o di giurisdizione – quale, ad esempio, il possesso, da parte dell'investitore persona fisica o giuridica, di una nazionalità diversa da quella dello Stato ospite, che l'art. 25.2 della Convenzione indica quale prerequisito per l'utilizzabilità delle procedure ICSID – ovvero ai fini della disciplina di questioni di carattere generale, che possano venire in rilievo in relazione all'accordo o al contratto di investimento, come la responsabilità dello Stato per fatto illecito, lo stato di necessità, il diniego di giustizia o il rispetto dei diritti acquisiti[3]. In questi casi, significativamente, la ricostruzione del contenuto della norma consuetudinaria è stata usualmente effettuata dai tribunali ICSID sulla base della giurisprudenza internazionale, tanto della Corte internazionale di giustizia o della Corte permanente di giustizia internazionale quanto di altri tribunali arbitrali ovvero utilizzando i lavori della Commissione del diritto internazionale; solo in via eccezionale, alcuni tribunali ICSID si sono spinti a ricostruire autonomamente il contenuto della *opinio iuris*, per esempio, in materia di «*trattamento giusto ed equo*»[4]. Solitamente, peraltro, la prassi arbitrale tiene conto delle norme esistenti nel momento in cui sorge la controversia ovvero del diritto consuetudinario «*not as frozen in time, but in its evolution*».

[2] Cfr. *Enron Corp. Ponderosa Assets L.P v. Argentine*, 22 maggio 2007, par. 258

[3] Sul punto, C. H. SCHREUER (a cura di), *The ICSID Convention*: *A Commentary*, Cambridge, 2° ed., 2009, pp. 606 ss

[4] Si veda, in tal senso, il lodo arbitrale sul caso *Mondev International v. USA* dell'11 ottobre 2002, paras.110-113.

Infine, il diritto non scritto può venire altresì in rilievo, nel settore considerato, in una prospettiva più ampia, che è quella del rapporto tra normativa convenzionale e diritto generale quando, per esempio, si possa ritenere formata una norma o un corpo di norme consuetudinarie a partire da disposizioni pattizie di analogo tenore contenute nei diversi BITs. Un significativo esempio in tal senso è costituito da una relativamente recente sentenza della Corte internazionale di giustizia, resa sul caso *Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo*[5]. In questa occasione la Corte, su sollecitazione della Guinea, si è interrogata, pervenendo ad una riposta negativa, sulla esistenza di una eventuale norma consuetudinaria relativa alla protezione diplomatica «per sostituzione» – da parte, cioè, dello Stato nazionale degli azionisti di una società che, per essere costituita secondo le leggi dello Stato ospite dell'investimento, non avrebbe potuto beneficiare della protezione diplomatica sulla base della regola consuetudinaria classica che fa capo allo Stato di sede –, che si sarebbe formata a partire dai regimi stabiliti all'interno dei diversi accordi per la promozione e la protezione degli investimenti esteri o dalle clausole specificatamente inserite nei contratti tra Stati e investitori stranieri.

Sul piano dei rapporti commerciali internazionali, la disciplina scaturente dal complessivo sistema costruito nel 1994 intorno alla Organizzazione mondiale del commercio si caratterizza, rispetto a quella contenuta nel GATT '47, per una inequivoca, ed incontestabile, maggiore coerenza interna ed inclusività. Ciò va detto con riguardo non solo all'ampiezza dell'ambito materiale di applicazione degli accordi che al sistema fanno capo, ma altresì in considerazione della circostanza per cui il sistema pattizio non si limita alla posizione di regole di condotta per le parti, disciplinando anche, in via autonoma, le conseguenze riconducibili alla violazione di tali precetti, con la previsione al riguardo di un meccanismo esclusivo di soluzione delle controversie, regolato da un idoneo accordo, l'Intesa sulle regole e le procedure relative alla soluzione delle controversie (art. 23, par. 2 del DSU). Queste circostanze hanno talora portato una parte della dottrina a parlare in proposito di un *self-contained regime*, un sottosistema di regole impermeabile a valori esterni tutelati da norme diverse – consuetudinarie o eventualmente pattizie – che non siano quelle interne.

In effetti, a prescindere da qualsiasi considerazione sulla configurabilità in principio di regimi pattizi c.d. *self-contained*, va osservato che in

[5] *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Judgment on Preliminary objections, ICJ Reports 2007*, pp. 614-615, paragrafi 88-90.

particolare il diritto consuetudinario, per quel che in questa sede interessa, viene in rilievo nella disciplina del commercio internazionale sotto più di un profilo.

Un riferimento (implicito) al diritto consuetudinario compare già nel Preambolo dell'accordo istitutivo dell'OMC. Nel primo C*onsiderando* del Preambolo, infatti, le parti pongono quale obiettivo alla base dei loro rapporti nel settore considerato, accanto allo sviluppo di standard più elevati di vita e alla promozione del pieno impiego, l'incremento della produzione e dello scambio di beni e servizi (obiettivi, questi, condivisi con il GATT '47), tenendo conto di «un uso ottimale delle risorse del pianeta in conformità con l'obiettivo dello sviluppo sostenibile» impegnandosi a contribuere alla tutela e alla preservazione dell'ambiente secondo il principio della responsabilità condivisa e differenziata che, insieme con lo sviluppo sostenibile, è un principio appartenente al diritto internazionale generale[6].

È soprattutto nell'ambito delle procedure e delle regole dell'Intesa sulla soluzione delle controversie che il diritto internazionale consuetudinario viene espressamente chiamato a svolgere un ruolo non secondario. L'art. 3, par. 2 dell'Intesa stabilisce, infatti, che funzione prioritaria del meccanismo di soluzione delle controversie sia quella di preservare i diritti e gli obblighi che i membri traggono dagli accordi del sistema e di chiarire il significato delle disposizioni pattizie «*in accordance with customary rules of interpretation of public international law*». Al riguardo, l'Organo d'appello ha avuto modo di precisare, in un celebre caso, che le pertinenti disposizioni della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati (articoli 31 e seguenti) sono codificatorie del diritto consuetudinario in materia e, in quanto tali, idonee a vincolare tutti i membri dell'Organizzazione, anche quando non siano parti della Convenzione[7].

Sulla base dei criteri interpretativi stabiliti dall'art. 31 della Convenzione di Vienna, quindi, gli accordi commerciali vanno interpretati tenendo conto, altresì, di qualsiasi regola pertinente del diritto internazionale applicabile tra le parti (art. 31, par. 3, punto *c)*), comprese le norme consuetudinarie o i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili ovvero le norme contenute in altri trattati internazionali. Per questa via, vengono recuperati al sistema valori e principi ad esso formalmente estranei – quali sono la tutela dell'ambiente o il rispetto dei diritti umani fondamentali e, in particolare, dei diritti fondamentali dei lavoratori –, superando o comunque temperando il principio di esclusività espresso

[6] Cfr. in termini sostanzialmente analoghi il principio 12 della Dichiarazione di Rio sull'ambiente e lo sviluppo, del 1992

[7] *Japan – Taxes on Alcholic Beverages*, 4 ottobre 1996.

negli articoli 6 e 7 dell'Intesa, alla stregua dei quali il Panel può prendere in considerazione esclusivamente richieste basate su presunte violazioni delle norme contenute negli accordi facenti capo al sistema.

Invero, la giurisprudenza dei Panel – come potrà essere messo in luce meglio e più specificamente dalla relazione che seguirà – è ricca di riferimenti ad altre disposizioni della Convenzione di Vienna, relative ai principi ed alle regole del diritto consuetudinario che disciplinano l'applicazione, la estinzione o la invalidità dei trattati o altri aspetti della vita dei trattati.

Anche indipendentemente da quanto espressamente indicato o ricavabile al riguardo dalle disposizioni dell'Intesa sulla soluzione delle controversie, il diritto consuetudinario è destinato a svolgere un ruolo non secondario nella disciplina delle relazioni commerciali regolate dal sistema pattizio se è vero che «*…the General Agreement (GATT) is not to be read in clinical isolation from public international law*», come ha esplicitamente riconosciuto l'Organo d'appello nel caso *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*[8].

Sulla base della tradizionale articolazione del rapporto tra norme generali e norme pattizie, si può ritenere che il diritto consuetudinario si applichi in genere alle relazioni economiche tra i membri dell'OMC nella misura in cui «*…the WTO treaty agreements do not contract out from it*»[9] ovvero che, nella misura in cui non ci sia incompatibilità o conflitto, «*…the customary rules… apply to the WTO treaties and to the process of treaty formation under the WTO*»[10].

È, per esempio, al diritto consuetudinario che bisognerà guardare per la precisazione del fondamento e delle generali condizioni di legittimità delle misure derogatorie che i membri possono assumere, ai sensi dell'art. XXI del GATT 94, per salvaguardare i loro interessi essenziali di sicurezza «in tempo di guerra o in presenza di altre emergenze nei rapporti internazionali» (art. XXI, lett. b) iii). Sotto questo profilo, è in base al diritto internazionale generale, e in particolare secondo le regole sulla responsabilità internazionale degli Stati come precisate nel relativo Progetto predisposto dalla Commissione del diritto internazionale, che potrà essere valutata la legittimità di misure derogatorie a carattere sanzionatorio, unilateralmente adottate dagli Stati membri per reagire a presunte violazioni di regole poste a tutela di valori condivisi della comunità

[8] *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, 29 aprile 1996.

[9] *Korea – Measures Affecting Government Procurement,* 1 Maggio 2000, par. 7.98.

[10] Ibidem.

internazionale, che siano norme cogenti o norme che pongono obblighi *erga omnes*[11].

È verosimilmente ancora con riguardo al diritto generale, in termini di standards internazionali condivisi, che dovrà essere altresì apprezzata la «necessità», utilizzata nell'art. XX del GATT 94 come presupposto di legittimità, alla stregua dell'Accordo, delle misure derogatorie che i membri possono unilateralmente adottare per la tutela di interessi e valori riconosciuti dall'ordinamento interno.

Al di là di un'analisi più puntuale ed approfondita che le due successive relazioni potranno sicuramente effettuare, mi pare che sul punto del ruolo che il diritto non scritto può svolgere anche all'interno di sistemi pattizi estremamente articolati ed inclusivi quali sono quelli del commercio internazionale e del c.d. diritto internazionale degli investimenti, si possa assai sinteticamente concludere come sia certamente vero che, a titolo di *lex specialis*, il trattato è destinato in genere a prevalere tra le parti (a parte l'ipotesi del contrasto con lo *jus cogens*) sulla consuetudine, fonte di diritto generale. Tuttavia, com'è stato autorevolmente riconosciuto dal Tribunale dei Reclami Iran - Stati Uniti, le regole del diritto consuetudinario mantengono intatta la loro utilità «…al fine di colmare possibili *lacunae* del trattato, per determinare il significato dei termini non definiti nel suo testo o, più in generale, per contribuire alla interpretazione ed all'applicazione delle sue disposizioni»[12].

[11] P. PICONE, A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, 2002, pp. 335 ss.

[12] *Amoco International Finance Corporation v. Islamic Republic of Iran*, 14 luglio 1987.

IL DIRITTO NON SCRITTO NEL SISTEMA OMC

Giovanna ADINOLFI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il diverso rilievo del diritto non scritto come strumento interpretativo delle norme OMC e diritto applicabile per la soluzione delle controversie. – 3. Il rilievo di norme e principi generali di interpretazione per la definizione del contenuto del diritto OMC. – 4. "*The General Agreement is not to be read in clinical isolation*" e i limiti al richiamo al diritto non scritto quale parametro interpretativo del diritto OMC. – 4.1. Il riconoscimento della tutela dell'ambiente quale valore del sistema commerciale multilaterale, alla luce dei principi dello sviluppo sostenibile, della sovranità permanente degli Stati sulle risorse naturali e di precauzione. – 4.2. Il principio di buona fede. – 4.3. Le norme consuetudinarie sulla responsabilità internazionali degli Stati. – 5. La questione del diritto applicabile. – 5.1. Le norme consuetudinarie sostanziali quale diritto applicabile in sede OMC. – 5.2. L'applicazione della Convenzione di Vienna del 1969 nel corso dei procedimenti contenziosi. – 5.3. L'integrazione delle norme e procedure previste dall'Intesa tramite il rinvio al diritto non scritto. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La questione del rilievo del diritto non scritto nel sistema dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC)[1] è emersa preva-

* Associato di Diritto internazionale, Università degli studi di Milano.

[1] Per il testo degli accordi che fanno capo a questa organizzazione, v. *The Legal Texts. The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, Cambridge, 1999 (di seguito *The Legal Texts*). Il diritto OMC è di seguito denominato anche "sistema commerciale multilaterale". L'espressione "accordi contemplati" è impiegata con riferimento agli accordi che possono essere oggetto dei ricorsi innanzi all'OMC (art. 1, par. 1 DSU). Si tratta, in particolare, di tredici accordi relativi agli scambi di beni, dell'Accordo generale sugli scambi di servizi (*General Agreement on Trade in Services* - GATS) e dell'Accordo sugli aspetti commerciali dei diritti di proprietà intellettuale, oltre alla medesima DSU e all'Accordo istitutivo dell'OMC. A questi vanno poi aggiunti altri due accordi relativi, rispettivamente, agli appalti pubblici e al commercio di aeromobili civili. Infine, la locuzione "diritto non scritto" indica, complessivamente, le norme consuetudinarie del diritto internazionale e i principi generali del diritto. Per una ricognizione delle diverse categorie di principi, alla luce della prassi e della dottrina, v. J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Rules Relate to Other Rules of International Law*, Cambridge, 2003, p. 125 ss. Come emergerà nel prosieguo

lentemente nel corso dei procedimenti contenziosi avviati in seno a questa organizzazione. Essa può essere inquadrata con riferimento a due tematiche più ampie. In primo luogo, quella della c.d. "frammentazione" del diritto internazionale, ovvero del pericolo che l'ordinamento giuridico internazionale perda il suo carattere sistemico e unitario a causa dalla copiosa prassi convenzionale seguita dagli Stati negli ultimi decenni. Sono oramai numerosi i trattati vigenti relativi a materie circoscritte (il commercio internazionale, la tutela dei diritti umani o dell'ambiente, lo sfruttamento delle acque marine, solo per citarne alcune) la cui attuazione è garantita da regimi speciali di responsabilità e procedimenti di soluzione delle controversie *ad hoc*. Se questi sviluppi testimoniano la centralità degli strumenti della cooperazione internazionale per rispondere alle nuove e diversificate esigenze che emergono nella odierna società internazionale, d'altro canto essi possono dar luogo a obblighi confliggenti in capo agli Stati, a conflitti di giurisdizione tra organi di soluzione delle controversie o a interpretazioni divergenti del medesimo diritto applicabile[2]. Lo studio dell'apertura del diritto OMC a fonti giuridiche esterne contribuirebbe a provare l'operare anche di un processo inverso, di de-frammentazione, per il quale, pur se settoriali sul piano materiale, i vari regimi pattizi possono esser "ricondotti a sistema" leggendo le loro dinamiche interne e le modalità di interazione reciproca anche alla luce delle norme non scritte che trovano applicazione nei rapporti tra Stati. Come affermato dal Gruppo di lavoro della Commissione di diritto internazionale in tema di frammentazione, questo processo potrebbe trarre origine dal fatto che i trattati devono essere interpretati tenendo conto anche del loro "ambiente giuridico" ("*normative environment*")[3] e sono integrati, nel caso in cui presentino delle lacune, dalle norme consuetudinarie e dai principi generali del diritto[4].

del lavoro, la prassi dell'OMC rileva un certo grado di confusione nel richiamare queste diverse fonti.

[2] Per quanto riguarda, ad esempio, nel settore del diritto del commercio internazionale, il rapporto tra gli organi contenziosi dell'OMC e quelli istituiti tramite accordi commerciali preferenziali, v. L. ZOPPO, *La soluzione delle controversie commerciali tra Stati tra multilateralismo e regionalismo*, Napoli, 2013.

[3] V. UN doc. A/CN.4/L.682 *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* del 16 aprile 2007 (di seguito *Report on Fragmentation*), par. 413.

[4] Ivi, par. 120: «No rule, treaty, or custom, however special its subject-matter or limited the number of the States concerned by it, applies in a vacuum. Its normative environment includes … not only whatever general law there may be on that very topic, but also principles that determine the relevant legal subjects, their basic rights and duties, and

Guardando invece direttamente al regime multilaterale degli scambi commerciali, la questione qui in esame si inserisce nel più ampio dibattito sul rilievo dei valori non economici nel diritto del commercio internazionale. Alcune delle più discusse controversie risolte in seno all'OMC hanno infatti posto l'attenzione sui limiti che gli Stati incontrano nel ricorrere a misure volte al perseguimento di finalità sociali (quali la tutela dell'ambiente o della vita e salute umana) laddove queste siano suscettibili di restringere, direttamente o indirettamente, gli scambi di beni o servizi. Se l'eventuale diritto non scritto che offre tutela giuridica a quei valori trovasse accesso nei rapporti tra gli Stati membri, anche per giudicare della legittimità della loro condotta in ambito commerciale, si supererebbe allora la visione ortodossa, dominante all'epoca del GATT 1947, per la quale l'interesse prevalente, se non esclusivo, del diritto degli scambi internazionali risiede nella liberalizzazione dei traffici[5].

Questa evoluzione è testimoniata, d'altro canto, da diversi elementi testuali, i quali consentono di affermare un'apertura del diritto OMC a valori sociali. Può farsi qui riferimento, in particolare, al preambolo dell'Accordo istitutivo, alle clausole che pongono delle eccezioni ad obblighi sostanziali (le quali possono essere invocate per giustificare una condotta illecita), ma anche alle disposizioni che conferiscono il diritto a ricorrere a misure volte alla protezione di interessi non commerciali, nonostante il loro impatto sugli scambi: in questa prospettiva possono essere considerati, ad esempio, l'Accordo sugli ostacoli tecnici agli scambi o quello sulle misure sanitarie e fitosanitarie, alla luce del rilievo centrale ivi conferito, tra gli altri, alla tutela della salute umana, dell'ambiente o della sicurezza nazionale. In linea di principio, il diritto OMC non pone quindi dei limiti alle finalità che gli Stati possono perseguire ricorrendo a provvedimenti idonei a restringere i loro flussi di interscambio, ma è piuttosto volto a impedire che questi stessi provvedimenti abbiano effetti discriminatori o siano adottati in realtà con intenti protezionistici[6].

the forms through which those rights and duties may be supplemented, modified or extinguished».

[5] V. R. HOWSE, *Adjudicative Legitimacy and Treaty Interpretation in International Trade Law: The Early Years of WTO Jurisprudence*, in J.H.H. WEILER (ed. by), *The EU, the WTO and the NAFTA. Towards a Common Law of International Trade*, Oxford, 2000, p. 35 ss.

[6] V. R. HOWSE, J. LANGILLE, K. SYKES, *Pluralism in Practice: Moral Legislation and the Law of the WTO after* Seal Products, in *The George Washington International Law Review*, 2015, p. 81 ss., p. 90.

2. Il diverso rilievo del diritto non scritto come strumento interpretativo delle norme OMC e diritto applicabile per la soluzione delle controversie

Sulla base di queste premesse, l'analisi che segue tiene conto della profonda differenza tra il momento dell'interpretazione e quello dell'applicazione del diritto[7]. Su un piano metodologico, infatti, nel corso di un procedimento contenzioso ben diverso è accertare, in termini generali e astratti, la portata e il significato di una norma giuridica, dall'indentificare le conseguenze che scaturiscono dall'applicazione di quella norma, così come interpretata, in uno specifico caso[8]. Questa considerazione induce quindi a investigare, in primo luogo, se l'interpretazione degli accordi OMC debba seguire canoni posti da norme consuetudinarie e principi generali e, in una fase successiva, se, nel definire il contenuto materiale degli obblighi di comportamento ivi prescritti, gli organi contenziosi possano tener conto anche di norme non scritte, diverse da quelle sull'interpretazione dei trattati. Per quanto riguarda invece il momento dell'applicazione del diritto, la questione rilevante è se l'analisi delle misure oggetto dei ricorsi innanzi all'Organo di soluzione delle controversie (*Dispute Settlement Body* – DSB) debba o meno esser condotta anche alla luce del diritto non scritto in vigore tra le parti in lite, per così determinare gli effetti degli accordi OMC dando anche rilievo a (ovvero applicando) norme esterne al sistema[9].

La distinzione tra i due momenti appare opportuna, oltre che per questioni di metodo, anche su un diverso piano pratico. L'Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la soluzione delle controversie

[7] La distinzione è sottolineata in A. GOURGOURINIS, *The Distinction between Interpretation and Application of Norms in International Adjudication*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2011, p. 31 ss.

[8] A tale riguardo, la dottrina richiama l'opinione dissenziente espressa dal giudice Ehrilich nella sentenza *Factory at Charzów (Claim for Indemnity) (Jurisdiction)* 26 luglio 1927, in *PCIJ Reports* Series A Case no. 9, p. 2 ss., p. 39: v. A. GOURGOURINIS, *op. cit.*, p. 43 e A. TANCREDI, *OMC et coutume(s)*, in V. TOMKIEWICZ (sous la direction de), *Les sources et les normes dans le droit de l'OMC. Colloque de Nice des 24 et 25 juin 2010*, 2012, Paris, p. 81 ss., p. 84. V. anche I. VAN DAMME, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, in *European Journal of International Law*, 2010, p. 605 ss., p. 616: «*Interpretation precedes the application of a treaty text. It involves giving meaning to a text in the abstract, then making that meaning relevant and concrete, before applying the authoritative text to a measure or practice subject to review in the light of that text*».

[9] V. J. PAUWELYN, *Conflict of Norms*, cit., p. 201 ss., ove, in termini didascalici, si distingue tra «*interpretation of the treaty norm with reference to other norms of international law*» e «*application of the treaty in the context of other norms of international law*».

nell'OMC (*Dispute Settlement Understanding* – di seguito Intesa o DSU) include infatti una previsione espressa in tema di interpretazione degli accordi contemplati (art. 3, par. 2), ma manca di una disposizione circa il diritto applicabile nel corso dei procedimenti contenziosi (assimilabile, ad esempio, all'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia). Se quindi, il sistema commerciale multilaterale dà una chiara indicazione dei canoni entro i quali i panel e l'Organo di appello debbono accertare la portata del diritto OMC, esso sembra a prima vista conferire a quei medesimi organi la competenza di stabilire se il diritto applicabile includa o meno anche norme esterne, e in quale rapporto queste si pongano rispetto a quelle interne.

Le diverse implicazioni del rinvio a norme non OMC al fine dell'interpretazione o della soluzione dei contrasti in quanto diritto applicabile, sono state messe in evidenza in vario modo anche nella prassi. Il panel investito del caso *Argentina – Poultry Anti-Dumping Duties*, ad esempio, non ha ritenuto di esser obbligato a seguire la pronuncia, riguardante la misura oggetto di ricorso in sede OMC, già espressa nei confronti dello Stato convenuto da parte di un tribunale arbitrale *ad hoc* istituito nel quadro MERCOSUR, posto che l'art. 3, par. 2 DSU (sul quale l'Argentina fondava questa pretesa) concerne esclusivamente l'interpretazione degli accordi contemplati e non anche l'individuazione del diritto applicabile[10]. Successivamente, nell'annosa controversia sulla carne agli ormoni, chiamato a giudicare della legittimità di misure applicate dagli Stati Uniti nei confronti dell'Unione europea, il panel ha evidenziato, in termini generali, che il principio di buona fede può trovare applicazione nei rapporti tra i Membri sia come fonte di una autonoma regola di condotta, sia come criterio di interpretazione degli accordi contemplati[11]. Infine, guardando alle norme sull'imputazione dell'illecito poste dal regime generale sulla responsabilità internazionale degli Stati, l'Organo di appello ha ammesso che vi si possa fare ricorso quale criterio di interpretazione del diritto OMC, senza con ciò darvi anche applicazione nel formulare il proprio giudizio[12].

[10] V. *Argentina – Poultry Anti-Dumping Duties*, WTO doc. WT/DS241/R del 22 aprile 2003, par. 7.41.

[11] V. *US – Continued Suspension*, WTO doc. WT/DS320/R del 31 marzo 2008, par. 7.313.

[12] V. *US – Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)*, WTO doc. WT/DS379/AB/R dell'11 marzo 2011, par. 316.

3. *Il rilievo di norme e principi generali di interpretazione per la definizione del contenuto del diritto OMC*

Come già accennato, l'art. 3, par. 2 DSU introduce, tra le finalità del meccanismo contenzioso, quella di accertare il contenuto degli accordi contemplati in base alle norme consuetudinarie di interpretazione del diritto internazionale pubblico[13]. A partire dalla sua prima pronuncia nel caso *US – Gasoline*, l'Organo di appello vi ha letto un richiamo implicito agli artt. da 31 a 33 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969[14], la cui applicazione si estende quindi anche ai Membri che non abbiano ratificato la Convenzione, in virtù del fatto che sono lì codificate norme consuetudinarie internazionali[15]. Rubricato "Norma generale di interpretazione", l'art. 31 prevede che il contenuto delle disposizioni pattizie debba essere accertato alla luce del significato ordinario dei termini ivi impiegati, del loro contesto e dell'oggetto e scopo del trattato nel quale sono inserite (par. 1); il successivo par. 2 rinvia, quale elementi del contesto, al preambolo e agli allegati al trattato, ma anche ad altri accordi (lett. *a*) o strumenti (lett. *b*) intervenuti tra tutte le parti contraenti al momento della conclusione del trattato stesso; ulteriori elementi ermeneutici sono infine individuati negli accordi e nella prassi successivi, inerenti all'interpretazione, e in ogni altra norma internazionale rilevante applicabile nei rapporti tra le parti (par. 3, lett. *a-c*). Il canone interpreta-

[13] Art. 3, par. 2 DSU: «The dispute settlement system of the WTO is a central element in providing security and predictability to the multilateral trading system. The Members recognize that it serves to preserve the rights and obligations of Members under the covered agreements, and to *clarify the existing provisions of those agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law*. Recommendations and rulings of the DSB cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements» (corsivo nostro).

[14] *U.N.T.S.* vol. 1513, p. 293 ss.

[15] V. WTO doc. WT/DS2/AB/R del 29 aprile 1996, p. 17, con riferimento all'art. 31, par. 1. Questa considerazione viene successivamente estesa anche all'art. 32: v. *Japan – Alcoholic Beverages II*, WTO doc. WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R del 4 ottobre 1996, p. 10. In termini più generali rispetto all'art. 31 nel suo complesso, v. *US – Hot-Rolled Steel*, WTO doc. WT/DS184/AB/R del 24 luglio 2001, par. 60. Sempre al diritto internazionale generale viene riportata la regola interpretativa contenuta nell'art. 33, par. 3, secondo la quale alle disposizioni di un trattato deve essere conferito il medesimo significato, quale ne sia la lingua ufficiale: v. *US – Softwood Lumber IV*, WTO doc. WT/DS257/AB/R del 19 gennaio 2004, par. 59. Il carattere consuetudinario delle previsioni di cui agli artt. 31-33 della Convenzione di Vienna è stato riconosciuto anche dalla Corte internazionale di giustizia: tra gli altri, v. *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran* v. *United States of America), Preliminary Objection, Judgment*, in *I.C.J. Reports*, 1996, p. 803 ss., par. 23 (con riferimento agli artt. 31 e 33); *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti* v. *France), Judgment*, *ibidem*, 2008, p. 177 ss., par. 112 (riguardo all'art. 31, par. 3, lett. *c*).

tivo che si impone quindi ai panel e all'Organo d'appello è complesso, partendo da un approccio testuale per poi aprirsi ad altri elementi, solo in parte direttamente attinenti al diritto dell'OMC, la cui considerazione, complessiva e unitaria, contribuisce a chiarire il senso e la portata delle disposizioni convenzionali[16].

Il diritto non scritto entra quindi nel sistema OMC e trova lì applicazione, in primo luogo per il tramite dell'art. 3, par. 2, DSU, seppur con esclusivo riferimento alle norme sull'interpretazione dei trattati. L'importanza della disposizione in esame può apparire circoscritta, visto che gli artt. 31-33 della Convenzione di Vienna troverebbero comunque applicazione, perché riproduttive di norme consuetudinarie internazionali. Tuttavia, il suo significato si può ben apprezzare alla luce della prassi del precedente GATT 1947, ove la composizione dei contrasti seguiva anche un approccio pragmatico, volto alla ricerca di una soluzione accettabile tra le parti, ma trascurando una rigorosa applicazione di parametri interpretativi di ordine giuridico[17]. Con l'entrata in vigore del nuovo regime multilaterale si assiste invece all'esplicito riconoscimento del principio della *rule of law*, nei confronti degli organi coinvolti nel procedimento contenzioso, oltre che nei rapporti tra le parti contraenti.

La circostanza che l'art. 3, par. 2, DSU rinvii, in termini ampi, alle norme consuetudinarie sull'interpretazione, consente di ricomprendere nella sua sfera di operatività anche principi e massime interpretative non codificate nella Convenzione di Vienna, che trovano il proprio fondamento in principi generali del diritto, quali i principi dell'effetto utile, di interpretazione evolutiva e *in dubio mitius*.

Invocato dall'Organo di appello nella sua prima pronuncia (*US – Gasoline*), il *principio di effettività* è stato inteso come un corollario all'art. 31 della Convenzione di Vienna, in base al quale «*interpretation*

[16] «[T]*he application of the means of interpretation in the article would be a single combined operation*»: *Yearbook of the International Law Commission* 1966, volume II, p. 219 (di seguito *Yb ILC 1966*). V. però *Peru – Agricultural Products*, WTO doc. WT/DS457/AB/R del 20 luglio 2015, par. 5.94, dove l'Organo di appello nega che la considerazione del contesto sia rilevante laddove il testo di una norma consenta già di definirne senza ambiguità la portata. Per una critica a questo approccio, rilevato anche nella prassi precedente, v. L. GRUSZCZYNSKI, *Customary Rules of Interpretation in the Practice of WTO Dispute Settlement Bodies*, in A. NOLLKAMPER, O.K. FAUCHALD (eds.), *The Practice of International and National Courts and (De)Fragmentation of International Law*, Oxford, 2012, p. 35 ss.

[17] Per un'analisi dettagliata dell'«eclettismo degli orientamenti giurisprudenziali» prevalente nel GATT 1947, v. A. LIGUSTRO, *Le controversie tra Stati nel diritto del commercio internazionale: dal GATT all'OMC*, Padova, 1996, p. 329 ss. (p. 332 per l'espressione sopra riportata).

must give meaning and effect to all the terms of a treaty»[18]. All'interprete è quindi richiesto di accertare il contenuto delle norme rilevanti considerando che è sul loro testo che si è formato il consenso degli Stati, ragion per cui non sono legittime interpretazioni che rendano talune previsioni normative superflue, o mere ripetizioni di comandi altrove già previsti[19]. Sempre al medesimo principio si deve poi ispirare l'attribuzione di significati differenti a termini diversi, anche quando volti a regolare il perseguimento della medesima finalità. Questo approccio ha guidato, in modo particolare, l'interpretazione della clausola sulle eccezioni generali prevista dall'Accordo generale sulle tariffe doganali e il commercio del 1994 (GATT 1994), il quale autorizza gli Stati a derogare agli obblighi cui sono altrimenti sottoposti per perseguire determinati interessi sociali. L'art. XX prescrive, ad esempio, che, a seconda del valore protetto, le misure in causa debbano essere "attinenti" all'obiettivo perseguito («*relating to*») o "necessarie" per la realizzazione dello stesso («*necessary*»). Alle due locuzioni è stata attribuita una diversa portata (più onerosa per l'adozione di misure che debbano soddisfare il requisito di necessità), proprio in base alla considerazione che il diverso dato testuale implica una scelta normativa non uniforme in sede di negoziato[20].

Sempre riguardo alla clausola sulle eccezioni generali, il criterio di "interpretazione evolutiva" è stato applicato allo scopo di ricondurre entro la sua sfera di operatività interessi e valori accolti in seno alla comunità internazionale in epoca successiva alla conclusione dell'Accordo generale del 1947. Nel noto caso *US – Shrimp*, non viene considerata dirimente l'argomentazione proposta dai ricorrenti, per i quali l'obiettivo della conservazione di «risorse naturali esauribili» di cui all'art. XX, lett. *g* deve essere riferita, in base a quanto risulta dai lavori preparatori, esclusivamente alle risorse minerarie, e non anche alle specie viventi (come invece sostenuto dagli Stati Uniti, per giustificare la legittimità delle restrizioni commerciali introdotte a tutela della biodiversità negli ambienti marini)[21]. Secondo l'Organo di appello, redatta più di cinquanta

[18] WTO doc. WT/DS2/AB/R, cit., p. 23.

[19] *Ibidem*.

[20] Ivi, p. 17: «*It does not seem reasonable to suppose that WTO members intended to require, in respect of each and every category, the same kind or degree of connection or relationship between the measure under appraisal and the state interest or policy sought to be promoted or realized*». Lo stesso approccio ha guidato l'interpretazione dell'Accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie, nelle parti i cui prevede che i provvedimenti in causa debbano essere, in alternativa, «conformi a» o «fondati su» gli standard internazionali rilevanti: *EC – Hormones*, WTO doc. WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R del 16 gennaio 1998, par. 163 ss. V. *infra* nel testo.

[21] *US – Shrimp*, WTO doc. WT/DS58/AB/R del 12 ottobre 1998, par. 127.

anni prima, la norma in causa deve essere interpretata alla luce dei più recenti interessi affermatisi in seno alla comunità internazionale in tema di protezione dell'ambiente[22] e, riprendendo quanto già riconosciuto dalla Corte internazionale di giustizia, applicata «*within the framework of the entire legal system prevailing at the time of its interpretation*»[23]. Queste considerazioni portano così a ricondurre nell'alveo dell'art. XX, lett. *g* misure relative alla conservazione di risorse naturali viventi e non viventi: «*it is too late*» per circoscriverne la portata esclusivamente alle seconde[24].

La circostanza che il diritto OMC debba essere letto alla luce del significato che i suoi termini hanno al momento dell'interpretazione viene poi ripresa in alcune pronunce successive, relative all'Accordo sugli aspetti commerciali dei diritti di proprietà intellettuale[25] e alla definizione della sfera di applicazione delle liste di concessioni allegate al GATT 1994[26]. In questi casi, tuttavia, l'evoluzione viene dedotta non dall'affermarsi di nuovi valori, giuridicamente protetti dal diritto internazionale, quanto dall'avanzamento delle conoscenze e delle capacità tecnologiche disponibili nel mondo della produzione e del commercio.

Va infine ricordato il principio *in dubio mitius*, in virtù del quale, in presenza di un termine ambiguo nel testo di un trattato, è da preferirne l'interpretazione che comporti i minori vincoli in capo agli Stati. Ricondotto alla categoria dei «mezzi supplementari di interpretazione», di cui all'art. 32 della Convenzione di Vienna del 1969, esso ha trovato applicazione nel caso sulla carne agli ormoni, per escludere che l'art. 3, par. 1 dell'Accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie, ove prevede che le normative nazionali debbano "essere fondate" sui rilevanti standard internazionali, introduca un requisito di "conformità" delle prime rispetto ai secondi[27]. È questo tuttavia l'unico elemento della prassi. Negli altri ricorsi in cui è stato invocato dalla parte convenuta, l'Organo di appello ha escluso di doverlo applicare (e, a maggior ragione, di doversi pronunciare sul suo rilievo nel sistema commerciale multilaterale), dal momento che l'interpretazione accolta della norma interessata non presentava

[22] *Ibidem*.

[23] Ivi, par. 130 e nota 109.

[24] Ivi, par. 131.

[25] *China – Intellectual Property Rights*, WTO doc. WT/DS362/R del 26 gennaio 2009, par. 7.657, con riferimento alla nozione di contraffazione dei marchi e violazione del diritto d'autore «su scala commerciale».

[26] *China – Publications and Audiovisual Products*, WTO doc. WT/DS363/AB/R del 21 dicembre 2009, par. 396; *EC – IT Products*, WTO doc. WT/DS375/R, WT/DS376/R, WT/DS377/R del 16 agosto 2010, nota 807.

[27] WTO doc. WT/DS26/AB/R, cit., par. 165 e nota 154.

quei caratteri di indeterminatezza e ambiguità che possono giustificare il ricorso ai mezzi supplementari di interpretazione[28].

Il presupposto del principio *in dubio mitius* risiede nella considerazione che l'adesione a un accordo internazionale implica, quanto meno nel caso in cui la volontà ivi espressa non appaia chiara e inequivocabile, la minore restrizione possibile all'autonomo esercizio dei poteri sovrani delle parti contraenti. La sua applicazione in sede interpretativa può condurre così, da un lato, a una lettura degli obblighi di comportamento che preservi agli Stati un ampio margine di discrezionalità e, dall'altro, alla definizione in senso restrittivo dei diritti che derivano alle controparti. Questa circostanza trascura l'equilibrio complessivo del rapporto diritti-obblighi codificato in accordi articolati e complessi come quelli dell'OMC (la cui valutazione, come sottolinea parte della dottrina, deve più opportunamente avvenire in applicazione delle regole di interpretazione previste dalla Convenzione di Vienna)[29].

Un criterio di interpretazione restrittiva appare poi scarsamente giustificato laddove lo si volesse applicare per chiarire il contenuto delle eccezioni contemplate nel diritto OMC, allo scopo questa volta di circoscrivere entro stretti margini il diritto che queste conferiscono di deviare rispetto agli obblighi di liberalizzazione degli scambi[30]. In tal modo non si terrebbe conto del fatto che l'introduzione di eccezioni nel sistema commerciale multilaterale è volta anche a tutelare aspetti fondamentali dell'esercizio di poteri sovrani e, soprattutto, a contribuire al perseguimento di finalità diverse da quelle della riduzione degli ostacoli al commercio. Si tratta infatti di disposizioni che certamente autorizzano deroghe alla condotta richiesta in tema di apertura ai traffici, ciò allo scopo di realizzare interessi di diverso ordine che, ai sensi del diritto OMC, meri-

[28] WTO doc. WT/DS363/AB/R, cit., par. 410 ss. V. anche l'approccio seguito dalla Cina nel caso *China – Raw Materials*, ove viene proposta una interpretazione dell'art. XX, lett. *g* GATT 1994 alla luce del principio di sovranità degli Stati («*China* […] *insisted that nothing should interfere with their sovereignty over* […] *natural resources*»: WTO doc. WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R del 5 luglio 2011, par. 7.356, e 7.363-364), respinta dal panel in base all'argomentazione che l'adesione ad accordi internazionali e l'accettazione degli obblighi ivi previsti costituisce anch'essa espressione dell'esercizio di poteri sovrani (ivi, parr. 7.378. e 7.382).

[29] V. M. LENNARD, *Navigating by the Stars: Interpreting the WTO Agreements*, in *Journal of International Economic Law*, 2002, p. 17 ss., p. 64.

[30] A questo approccio si rifaceva invece la prassi del GATT: «*Article XX is a limited and conditional exception from obligations under other provisions of the General Agreement, and not a positive rule establishing obligations in itself. Therefore, the practice of panels has been to interpret Article XX narrowly* […]» (*United States – Restrictions on Imports of Tuna*, GATT doc. DS21/R del 3 settembre 1991, non adottato).

tano certa considerazione[31]. In più occasioni, l'Organo di appello si è espresso in questo senso guardando al rapporto tra il già menzionato art. XX, lett. *g*, GATT 1994 e l'obiettivo della protezione dell'ambiente cui si riferisce il preambolo dell'Accordo istitutivo; in termini simili è stato ricostruito anche il rapporto tra la c.d. clausola di abilitazione del 1979, che pone una deroga all'obbligo del trattamento della nazione più favorita *ex* art. I, GATT 1994 a sostegno dell'adozione di preferenze tariffarie a vantaggio dei Membri in via di sviluppo, e il fine di favorire una più sostenuta partecipazione di questi ultimi Paesi ai flussi di interscambio commerciale, espressamente richiamato sempre nel preambolo dell'Accordo istitutivo[32].

4. *"*The General Agreement is not to be read in clinical isolation*" e i limiti al richiamo al diritto non scritto quale parametro interpretativo del diritto OMC.*

Nella sua prima pronuncia, l'Organo di appello ha letto nell'art. 3, par. 2, DSU «*a measure of recognition that the General Agreement is not to be read in clinical isolation from public international law*»[33]. Pur riferendosi in modo specifico al GATT 1994, è evidente che l'approccio proposto interessi tutti gli accordi parte del sistema OMC.

I negoziati commerciali multilaterali dell'Uruguay Round si sono conclusi con l'adozione di un regime convenzionale certamente caratterizzato da un elevato grado di sistematicità. Questo è reso evidente, tra l'altro, dal c.d. principio dell'impegno globale, in base al quale, salvo alcune limitate eccezioni, gli Stati che vi partecipano accettano gli obblighi derivanti da tutti gli accordi allegati al trattato istitutivo dell'Organiz-

[31] «[The WTO Agreement] *preamble* […] *obstructs interpretation of WTO rights and obligations from impairing achievement of the highest goals that all major international regimes (environmental, human rights, and trade) claim to promote, namely sustainable development and general welfare*»: J. LAGOMARSINO, *WTO Dispute Settlement and Sustainable Development: Legitimacy Through Holistic Treaty Interpretation*, in *Pace Environmental Law Review*, 2010, p. 545 ss., p. 553. V. *infra* il par. 4.1.

[32] V. *EC – Tariff Preferences*, WTO doc. WT/DS246/AB/R del 7 aprile 2004, par. 93 ss. («*WTO objectives may well be pursued through measures taken under provisions characterized as exceptions*»: par. 94). Per un confronto con la giurisprudenza in materia di protezione degli investimenti v. E. DE BRABANDERE, I. VAN DAMME, *Good Faith in Treaty Interpretation*, in A.D. MITCHELL, M. SORNARAJAH, V. TOON (Ed. by), *Good Faith in International Economic Law*, Oxford, 2015, p. 37 ss., p. 48 ss.

[33] WTO doc. WT/DS2/AB/R, cit., p. 17

zazione[34]; dalla creazione di un'unica istituzione che sovraintende all'applicazione di quei medesimi accordi, fondata su rapporti gerarchici tra i suoi diversi organi[35]; dalla previsione di un unico meccanismo contenzioso cui i Membri possono ricorrere per risolvere le controversie che sorgono nei loro rapporti reciproci (art. 23 DSU). Ciò nonostante, per quanto circoscritto alla regolazione degli scambi commerciali, questo regime è inteso dall'Organo di appello come parte del più ampio e complesso ordinamento giuridico internazionale, con la conseguenza che la sua interpretazione e applicazione non può non tener conto di norme esterne, che trovano il fondamento della loro validità ed effettività in altre fonti del diritto internazionale.

Questa considerazione porta innanzitutto a interrogarsi se il diritto non scritto intervenga allora non solo per dettare i canoni secondo i quali le norme OMC debbano essere interpretate, ma anche in un successivo momento, ovvero per accertare, sul piano sostanziale, l'esatta portata e il contenuto delle relazioni giuridiche che intercorrono tra gli Stati membri. Il punto di riferimento, a tale riguardo, è dato da quella che, secondo gli organi contenziosi, deve essere la finalità dell'attività ermeneutica: «the duty of a treaty interpreter is to examine the words of the treaty to determine *the intentions of the parties*»[36], laddove per "intenzioni delle parti" si intende «the *common intentions* of the parties», a voler così sottolineare l'irrilevanza, a fini interpretativi, delle aspettative di una sola di esse o di elementi unilaterali della prassi[37].

L'art. 31, par. 3, lett. *c*, della Convenzione di Vienna del 1969 costituisce la base principale che legittima il richiamo al diritto non scritto. Esso include infatti, tra gli elementi interpretativi di un accordo, anche qualsiasi norma rilevante di diritto internazionale applicabile nei rapporti tra le parti («*any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties*»), e codifica di tal guisa un principio di "in-

[34] V. l'art. 2 dell'Accordo istitutivo dell'OMC. Le uniche eccezioni al principio dell'impegno globale sono costituite dai due accordi sugli appalti pubblici e sul commercio di aeromobili civili, vincolanti esclusivamente per i Membri che li abbiano espressamente accettati.

[35] Su questo aspetto, ci sia consentito di rinviare a G. ADINOLFI, *Profili istituzionali e normativi dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, 2001, p. 123 ss.

[36] V. *India – Patents (US)*, WTO doc. WT/DS50/AB/R del 19 dicembre 1997, par. 45 (corsivo nostro).

[37] V. *EC – Computer Equipment*, WTO doc. WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R del 5 giugno 1998, par. 84 (corsivo nostro).

terpretazione sistemica", in virtù del quale un trattato deve essere interpretato tenendo conto anche del quadro giuridico nel quale è inserito[38].

Per individuare le norme cui la disposizione in esame rinvia, il confronto è acceso con riferimento agli accordi internazionali. Gli organi contenziosi dell'OMC e (soprattutto) la dottrina hanno ampiamente dibattuto se questi costituiscono utili elementi interpretativi solo laddove vincolino tutti i membri dell'Organizzazione[39], o anche semplicemente le parti in lite[40], oppure, infine, se il loro rilievo debba essere riconosciuto indipendentemente dagli Stati che vi partecipino e dai criteri interpretativi proposti dalla Convenzione di Vienna, in quanto rappresentativi di interessi e valori affermatisi in seno alla comunità internazionale[41].

Riguardo invece alle norme consuetudinarie internazionali o ai principi generali del diritto, nessun dubbio è espresso circa la possibilità che questi possano concorrere a definire il contenuto e la portata delle norme

[38] In tal senso v. *Report on Fragmentation*, par. 413 ss., richiamato in *EC and certain member States – Large Civil Aircraft*, WTO doc. WT/DS316/AB/R del 18 maggio 2011, par. 845.

[39] In questo senso si è pronunciato il panel nel caso *EC – Approval and Marketing of Biotech Products*, WTO doc. WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R del 29 settembre 2006, parr. 7.67-7.72. In termini dubitativi v. WTO doc. WT/DS241/R, cit., nota 64. In dottrina v. J. PAUWELYN, *Conflict of Norms*, cit., p. 257 ss.

[40] Implicitamente, v. *US – Shrimp*, WTO doc. WT/DS58/RW del 15 giugno 2001, par. 5.57. In un successivo rapporto, l'Organo di appello ha sottolineato come l'interprete non debba trascurare gli obblighi internazionali assunti da ciascuno degli Stati parti di un accordo e, al contempo, la necessità di seguire «*a consistent and harmonious approach to the interpretation of WTO law among all WTO Members*» (WTO doc. WT/DS316/AB/R, *loc. ult. cit.*): sembra così esser posta l'attenzione sull'opportunità che l'attività ermeneutica si ispiri a un criterio di coerenza, non tanto nei suoi risultati, quanto nell'approccio seguito. V. però la pronuncia dell'Organo di appello nel caso *Peru – Agricultural Products*, ove è escluso che un accordo bilaterale possa costituire uno strumento utile a fini interpretativi del diritto OMC: «*we express reservations as to whether the provisions of the FTA ... can be used ... in establishing the common intention of WTO Members ...* [S]*uch an approach would suggest that WTO provisions can be interpreted differently, depending on the Members to which they apply and on their rights and obligations under an FTA to which they are parties*» (WTO doc. WT/DS457/AB/R, cit., par. 5.106).

[41] Questo è l'approccio proposto da R. HOWSE, *The Use and Abuse of Other "Relevant Rules of International Law" in Treaty Interpretation: Insights from WTO Trade/Environment Litigation*, IILW Working Papers 2007/1. Si riferisce a una tecnica di "interpretazione globale" E. CANNIZZARO, *Il rilievo degli accordi esterni nell'interpretazione degli accordi OMC*, in A. LIGUSTRO, G. SACERDOTI, *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia.* Liber amicorum *in onore di Paolo Picone*, Napoli, 2011, p. 513 ss., pp. 516 e 522 ss.

OMC[42], seppur nel rispetto di taluni limiti, posti dal medesimo sistema commerciale multilaterale e dalla Convenzione di Vienna del 1969.

L'Intesa sulla soluzione delle controversie esclude infatti che i giudizi degli organi contenziosi possano comportare una modifica dei diritti e degli obblighi che derivano agli Stati per effetto della partecipazione all'Organizzazione. Nell'art. 3, par. 2, questa previsione segue immediatamente il rinvio alle norme internazionali sull'interpretazione dei trattati, e rende così esplicito il divieto per i panel e l'Organo di appello (ma anche per tutti gli altri organi coinvolti nella composizione dei contrasti) di adottare interpretazioni *contra legem*[43]. Come evidenziato dallo stesso Organo di appello, l'applicazione dei canoni interpretativi previsti dalla Convenzione di Vienna non legittima «*the imputation into a treaty of words that are not there or the importation into a treaty of concepts that were not intended*»[44].

Il divieto di interpretazione *contra legem* opera anche in una diversa accezione, che tiene conto della particolare forza prescrittiva della norma di diritto non scritto impiegata quale parametro ermeneutico. Laddove infatti questo sia costituto da una norma imperativa del diritto internazionale generale, non può che richiamarsi l'art. 53 della Convenzione di Vienna, ove la violazione dello *jus cogens* è posta come causa di invalidità degli accordi internazionali. Quale corollario, ne deriva l'obbligo di interpretare il diritto OMC in senso conforme a eventuali norme imperative rilevanti per la soluzione di un contrasto, pena l'invalidità dell'accordo in causa[45].

Un ultimo limite al ricorso al diritto non scritto è posto dallo stesso art. 31, par. 3, lett. *c* della Convenzione di Vienna, il quale richiama le norme "rilevanti" di diritto internazionale. Secondo gli organi contenziosi dell'OMC, la "rilevanza" delle norme esterne è data dal fatto che que-

[42] «[T]*he reference to 'rules of international law'* [in article 31.3(c) of the Vienna Convention] *corresponds to the sources of international law in Article 38(1) of the Statute of the International Court of Justice and thus includes customary rules of international law as well as general principles of law*»: WTO doc. WT/DS379/AB/R, cit., par. 308. In *US – Shrimp* (WTO doc. WT/DS58/AB/R del 12 ottobre 1998), la medesima linea argomentativa è applicata ai principi generali del diritto internazionale (ivi, par. 158, con riferimento al principio di buona fede). D'altro canto, i lavori preparatori della Convenzione di Vienna testimoniano come l'art. 31, par. 3, lett. *c* sia stato formulato avendo proprio specifico riguardo al diritto internazionale generale: *YbILC 1966*, p. 222.

[43] Il medesimo divieto si estende d'altro canto anche agli organi politici cui è affidato il potere di adottare interpretazioni autoritative, la cui efficacia vincolante si estende a tutti i Membri: art. IX, par. 2 dell'Accordo istitutivo.

[44] WTO doc. WT/DS50/AB/R, *loc. ult. cit.*

[45] Il rapporto tra il diritto OMC e le norme imperative del diritto internazionale generale è attentamente analizzato in P. PICONE, A. LIGUSTRO, *op. cit.*, p. 627 ss.

ste riguardino la medesima materia regolata dalle disposizioni oggetto di interpretazione[46]. Questo orientamento appare più restrittivo di quello invece accolto da altre istanze giurisdizionali. Ad esempio, in una sua pronuncia del 2008, nell'accertare la portata di un accordo di mutua assistenza in materia penale concluso nel 1986 tra la Francia e il Gibuti, la Corte internazionale di giustizia ha preso in considerazione anche una precedente convenzione bilaterale di amicizia e cooperazione conclusa dagli stessi Stati, nonostante questa non contenesse alcuna previsione circa la materia specifica oggetto del reclamo[47].

In seno all'OMC, sembra invece prevalere una lettura dell'art. 31, par. 3, lett. *c*, che allinea i caratteri delle "rilevanti norme internazionali" a quelli degli altri elementi richiamati alla precedente lett. *a* (accordi e prassi successivi all'entrata in vigore del trattato in causa e relativi all'interpretazione dello stesso) o anche al precedente par. 2 (accordi o altri strumenti accolti da tutte le parti al momento della conclusione di un trattato). Nel dare applicazione a quest'ultima disposizione, l'Organo di appello ha ritenuto, in termini generali, di poter ricondurre entro la sua sfera di operatività fonti giuridiche che abbiano «*some pertinence to the language being interpreted*»[48]: questo approccio appare fondato, in virtù del fatto che la disposizione in esame rinvia a strumenti strettamente connessi all'accordo interessato e certamente "pertinenti". Applicare questa medesima linea argomentativa al successivo par. 3, lett. *c*, non coglie a pieno che la *ratio* di questa disposizione è quella di ampliare il quadro di riferimento nel quale l'interprete è chiamato ad operare, includendovi "*the normative environment*" in cui si inserisce un accordo, nella misura in cui questo possa fare luce sulla sua esatta portata e contenuto[49]. Ciò appare tanto più giustificato ove si consideri che agli organi contenziosi è solo richiesto di prendere in considerazione le altre norme internazionali rilevanti, laddove il par. 2 obbliga a una interpretazione conforme ("*in accordance with*") al contesto[50].

[46] V. WTO doc. WT/DS316/AB/R, cit., par. 846 e WT/DS379/AB/R, cit., par. 308 («*In order to be relevant, such rule must concern the same subject as the treaty terms being interpreted*»). Nella prassi più recente v. anche WTO doc. WT/DS457/AB/R, cit., par. 5.101 ss.

[47] V. *Djibouti* v. *France*, cit., parr. 112 ss. V. però *infra*, il par. 4.3.

[48] V. *China – Auto Parts*, WTO doc. WT/DS339/AB/R, WT/DS340/AB/R, WT/DS342/AB/R del 15 dicembre 2008, par. 151.

[49] In questo medesimo senso, v. B. MCGRADY, *Fragmentation of International Law or "Systemic Integration" of Treaty Regimes:* EC-Biotech Products *and the Proper Interpretation of Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, in *Journal of World Trade*, 2008, p. 589 ss, p. 591.

[50] Come sottolineato in R. HOWSE, *The Use and Abuse*, cit., p. 25. V. WTO doc. WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, cit., par. 7.69.

4.1. Il riconoscimento della tutela dell'ambiente quale valore del sistema commerciale multilaterale, alla luce dei principi dello sviluppo sostenibile, della sovranità permanente degli Stati sulle risorse naturali e di precauzione

Nella giurisprudenza OMC non mancano casi nei quali norme sostanziali di diritto internazionale generale (o considerate tali dagli Stati in lite) siano state invocate quale parametro interpretativo degli accordi contemplati. La prassi è circoscritta, e se per alcuni aspetti testimonia una tendenza ad aprire il sistema commerciale multilaterale al valore della tutela dell'ambiente, per altro verso non manca di sollevare alcune critiche.

Nella pronuncia resa nel caso *China – Rare Earths*, è riconosciuto, in termini generali e astratti, che una interpretazione che ostacoli l'adozione di misure necessarie alla protezione dell'ambiente o della vita e salute umana, animale e vegetale è contraria all'oggetto e allo scopo dell'Accordo istitutivo dell'OMC[51]. Ai nostri fini, questo passaggio si presta ad alcune considerazioni. In primo luogo, pronunciandosi riguardo alla portata della clausola sulle eccezioni generali contenuta nell'art. XX GATT 1994, in continuità con la prassi precedente il panel ha ricompreso tra i valori ivi protetti anche quello della tutela dell'ambiente, nonostante questo non trovi lì espressa menzione. Inoltre, richiamando sia l'oggetto sia lo scopo dell'Accordo istitutivo, il panel ribadisce l'apertura del sistema commerciale multilaterale a interessi quali quelli sopra indicati, ulteriori rispetto alla liberalizzazione del commercio di beni e servizi, con la conseguenza che tra di essi deve essere ricercato, in sede interpretativa, un equilibrio che non comprometta l'efficacia complessiva del diritto OMC. E a tale fine concorrono, in base all'art. 31, par. 3, lett. *c* della Convenzione di Vienna, norme e principi di diritto non scritto che conferiscono contenuto normativo a quegli interessi. Queste premesse danno ulteriore fondamento alla successiva considerazione, da parte del panel, dei principi dello sviluppo sostenibile e della sovranità permanente degli Stati sulle risorse naturali ai fini dell'interpretazione dell'art. XX, lett. *g* GATT 1994, il quale autorizza il ricorso a misure «relative alla conservazione di risorse naturali esauribili».

Quanto al primo, va ricordato che ai sensi del preambolo dell'Accordo istitutivo per i Membri dell'OMC la finalità dell'aumento

[51] *China – Rare Earths*, WTO doc. WT/DS431/R, WT/DS432/R, WT/DS433/R del 26 marzo 2014, par. 7.111.

degli scambi commerciali è coniugata con quella di un impiego ottimale delle risorse mondiali, conformemente per l'appunto all'obiettivo di uno sviluppo sostenibile e a esigenze di tutela e preservazione dell'ambiente. Invocato per giustificare una interpretazione del termine "conservazione" che superi il suo significato letterale (così da legittimare politiche non circoscritte al mantenimento delle disponibilità per uno Stato di un dato bene)[52], nel caso *China – Rate Earths* il panel tiene tuttavia a sottolineare come il principio dello sviluppo sostenibile non autorizzi deroghe alle condizioni che l'art. XX, lett. *g* pone all'adozione di misure che contravvengano agli obblighi sostanziali previsti dal GATT 1994[53]. In tal modo, il panel si colloca su un piano argomentativo diverso da quello proposto dallo Stato convenuto, il quale prospettava una "interpretazione" estensiva di quelle stesse condizioni, alla luce del proprio interesse a uno sviluppo economico perseguito in chiave sostenibile. Il panel considera invece la questione nell'ottica della "applicazione" del principio in esame, il quale, a suo dire, non consente alcuna deroga al dettato convenzionale: ma era sul contenuto di quel dettato che era stato chiamato a pronunciarsi, non su eventuali deviazioni da esso in virtù di una norma esterna.

Anche il principio della sovranità permanente degli Stati sulle risorse naturali viene correttamente considerato uno strumento interpretativo del GATT 1994[54]. Il suo contenuto è ricostruito alla luce di alcune ben note risoluzioni dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, oltre che della Dichiarazione sull'ambiente e lo sviluppo, approvata al termine della omonima Conferenza di Rio de Janeiro del 1992[55]. Su queste basi, il panel accoglie una nozione di "conservazione" che trascende il suo significato letterale, alla luce del quale i Membri sono legittimati a regolare l'impiego delle risorse naturali di cui dispongono non solo per limitarne la perdita, ma anche in vista di esigenze di sviluppo economico e di sostenibilità ambientale[56]. Come nel caso *US – Shrimp* la nozione di "risorse naturali esauribili" era stata interpretata alla luce di altri accordi internazionali, per includervi anche le specie viventi, nei rapporti appena commentati norme non scritte, esterne al sistema OMC, supportano una

[52] V. la definizione testuale offerta dal panel nel caso *China – Raw Materials*, WTO doc. WT/DS394/R, cit., par. 7.372.

[53] WTO doc. WT/DS431/R, cit., par. 7.261.

[54] *Ivi*, par. 7.266. V. anche WTO doc. WT/DS394/R, cit., par. 7.378 ss.

[55] WTO doc. WT/DS431/R, par. 7.263 ss.

[56] *Ivi*, par. 7.266. «*In other words, resource-endowed WTO members are entitled to design conservation policies that meet their development needs, determine how much of a resource should be exploited today and how much should be preserved for the future, including for use by future generations, in a manner consistent with their sustainable development needs and their international obligations*» (par. 7.267).

ulteriore lettura estensiva dell'art. XX, lett. *g* in base alla quale la conservazione delle risorse naturali in causa può anche essere finalizzata alla realizzazione di obiettivi non espressamente menzionati.

Molto più dibattute sono le conclusioni cui gli organi contenziosi sono giunti con riferimento al principio di precauzione. Questo è stato invocato dall'Unione europea in due note controversie relative alla legittimità di misure sanitarie introdotte allo scopo di tutelare la salute umana, in particolare il divieto di importazione di carni bovine contenenti taluni ormoni artificiali e la moratoria applicata *de facto* all'autorizzazione all'immissione nel mercato unico di prodotti alimentari contenti organismi geneticamente modificati.

Nel caso sulla carne agli ormoni, i ricorrenti lamentavano, tra l'altro, la violazione dell'obbligo di valutazione del rischio su basi scientifiche, prescritto all'art. 5, parr. 1 e 2 dell'Accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie. L'Unione europea, dal canto suo, si rifaceva al principio di precauzione, in quanto norma consuetudinaria del diritto internazionale o principio generale del diritto, per affermare che le norme invocate dagli Stati Uniti e dal Canada consentono l'adozione di regolazioni in materia di tutela della salute anche nei casi in cui sussista una situazione di incertezza scientifica o la comunità scientifica non esprima una posizione unanime circa la pericolosità di una data pratica[57].

In primo grado di giudizio, il panel giunge alla conclusione che il principio di precauzione non può prevalere sul testo dell'art. 5, parr. 1 e 2 e sull'interpretazione che vi è data, più restrittiva di quella proposta dalla Unione europea[58]. Vale qui la pena sottolineare alcuni passaggi del ragionamento proposto. *Arguendo*, il panel considera che il principio in causa costituisca una norma consuetudinaria sull'interpretazione dei trattati[59] e non, più correttamente, una norma consuetudinaria di diritto internazionale che avrebbe trovato applicazione, a fini interpretativi, in base all'art. 31, par. 3, lett. *c* della Convenzione di Vienna. Inoltre, la sua conclusione è fondata sulla considerazione prevalente che il principio di precauzione trova espressa codificazione al par. 7 dell'art. 5 dell'Accordo in causa, con la conseguenza che la sua applicazione in tema di misure sanitarie e fitosanitarie è subordinata al rispetto delle condizioni lì contemplate. Anche qui il giudizio si colloca su un diverso piano, non più quello della definizione del contenuto delle norme la cui violazione è lamentata dai ricorrenti, bensì quello dell'applicazione del

[57] WTO doc. WT/DS26/AB/R, cit., par. 16.

[58] *EC – Hormones*, WTO doc. WT/DS26/R, WT/DS48/R del 18 agosto 1997, par. 8.157.

[59] *Ibidem*.

principio di precauzione, in quanto norma o principio autonomo dell'ordinamento internazionale. L'analisi non prosegue oltre, anche perché l'Unione europea, nel corso del procedimento, non aveva invocato l'art. 5, par. 7[60]. Tuttavia, ponendosi nella prospettiva del diritto applicabile, sarebbe stato necessario verificare se la norma pattizia in causa possedesse o meno carattere di specialità *ratione personae* o *ratione materiae* rispetto al principio non scritto, e quale peso potesse essere ancora attribuito a quest'ultimo ai fini dell'interpretazione della norma speciale[61]. A completamento del quadro argomentativo proposto, il panel avrebbe potuto evidenziare come, in presenza di una diversa posizione processuale dell'UE, sarebbe sorta la necessità di definire il rapporto tra la norma speciale e quella generale, per poi lasciare il quesito irrisolto, viste le circostanze del caso.

Anche l'Organo di appello evita di pronunciarsi sulla questione dell'esatta natura giuridica del principio di precauzione nell'ordinamento internazionale[62]. Il precedente rapporto del panel è confermato, in base alla considerazione che il principio in causa, per un verso, non è codificato nell'Accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie per giustificare deroghe agli obblighi lì prescritti e, per altro verso, di per sé non autorizza gli organi contenziosi ad accertare il contenuto di quegli stessi obblighi disapplicando le norme generali sull'interpretazione dei trattati. Nuovamente, la soluzione della controversia viene trovata muovendosi contemporaneamente, ma confondendoli, sui due piani distinti dell'interpretazione del diritto OMC e della applicazione di norme esterne al sistema commerciale multilaterale nel corso dei procedimenti contenziosi.

Appare inoltre ingiustificata l'osservazione per la quale la soluzione della questione sollevata dall'Unione europea non richiedeva di determinare lo *status* del principio di precauzione nell'ordinamento giuridico internazionale. Se il principio è invocato per giustificare una interpretazione estensiva dell'obbligo di valutazione del rischio, in base alla quale questo può essere considerato soddisfatto anche in assenza di chiare prove scientifiche, allora compito primo degli organi contenziosi è accertare se esso costituisca o meno una norma rilevante di diritto internazionale,

[60] WTO doc. WT/DS26/R, *loc. ult. cit.*

[61] In un diverso caso, questa considerazione è stata formulata dall'Organo di appello: «[the] *four conditions set out in Article 5.7, however, must be interpreted keeping in mind that the precautionary principle finds reflection in this provision*» (*US – Continued Suspension*, WTO doc. WT/DS320/AB/R del 16 ottobre 2008, par. 680). V. anche i riferimenti ad altri elementi della prassi *infra*, par. 5.

[62] WTO doc. WT/DS26/AB/R, cit., par. 123.

ai sensi dell'art. 31, par. 3, lett. *c* della Convenzione di Vienna del 1969. Pur non negando il fatto che quello della precauzione sia un valore ricondotto da parte della dottrina a una non meglio definita categoria di principi generali del diritto internazionale consuetudinario dell'ambiente, l'Organo di appello decide invece di non dirimere la questione della sua portata giuridica e, di conseguenza, di non stabilire se esso possa operare quale criterio interpretativo del diritto OMC proprio in applicazione di quelle norme generali sull'interpretazione dei trattati al cui rispetto ritiene di essere obbligato[63].

4.2. Il principio di buona fede

La giurisprudenza dei panel e dell'Organo di appello è ricca di riferimenti al principio di buona fede[64], anche perché espressamente codificato in numerose disposizioni contenute negli accordi OMC, relative in particolare al procedimento contenzioso[65]. Per altro verso, tuttavia, gli organi contenziosi vi hanno fatto riferimento come principio autonomo del diritto internazionale, che guida l'interpretazione degli accordi internazionali, secondo quanto dispone l'art. 31, par. 1, della Convenzione di Vienna del 1969, o che trova diretta applicazione nei rapporti tra le parti contraenti[66]. In quest'ultima accezione, l'obbligo di buona fede è stato considerato congiuntamente al suo corollario della dottrina dell'abuso di diritto, in base alla quale agli Stati è impedito di dare attuazione agli obblighi convenzionali assunti in modo tale da pregiudicare il godimento dei diritti che dagli stessi derivano a beneficio delle altre parti contraenti.

A giudizio dell'Organo di appello, così posto, questo principio generale, al contempo, di diritto e di diritto internazionale generale, concorre alla interpretazione della clausola introduttiva dell'art. XX GATT 1994, nella parte in cui subordina la possibilità di adottare misure non conformi all'Accordo generale al divieto di discriminare tra situazioni in cui pre-

[63] Nel successivo caso *EC – Approval and Marketing of Biotech Products*, il panel riconosce invece la necessità di determinare il valore giuridico, nell'ordinamento internazionale, del principio di precauzione, per poi darvi applicazione al fine di interpretare il diritto OMC. Nella sostanza, tuttavia, esso conferma quanto l'Organo di appello aveva già affermato, in via incidentale, in *EC – Hormones*, ovvero che la prassi non fornisce elementi univoci per stabilire se quello della precauzione costituisca un principio generale del diritto o corrisponda a una norma consuetudinaria: WTO doc. WT/DS291/R, cit., par. 7.86 ss.

[64] V. G. COOK, *A Digest of WTO Jurisprudence on Public International Law Concepts and Principles*, Cambridge, 2015, p. 153 ss.

[65] V. A.D. MITCHELL, *Legal Principles in WTO Dispute*, Cambridge, 2008, p. 121 ss.

[66] V. WTO doc. WT/DS320/AB/R, cit., par. 7.31.

valgono le medesime condizioni, o di introdurre una restrizione dissimulata degli scambi internazionali. La discrezionalità di cui beneficiano gli Stati nel perseguire i propri interessi sociali non può essere quindi legittimamente esercitata tramite misure di restrizione commerciale che comportino una compressione non ragionevole del diritto degli altri Stati, avente pari forza normativa, di trarre vantaggio dal rispetto degli obblighi di liberalizzazione dei traffici commerciali[67]. In tal modo, il principio di buona fede concorre, insieme agli altri criteri interpretativi posti dal diritto internazionale generale, a definire in termini più precisi l'equilibrio tra i diversi obiettivi del sistema commerciale multilaterale, la cui linea di demarcazione, evidentemente, non può che essere tracciata alla luce delle circostanze materiali che ricorrono in ciascun caso di specie e del diritto applicabile alla soluzione della controversia.

4.3. Le norme consuetudinarie sulla responsabilità internazionale degli Stati

Una terza categoria di norme di diritto non scritto richiamate a fini interpretativi è costituita da quelle sulla responsabilità internazionale degli Stati. Il riferimento è al Progetto di articoli approvato nel 2001 dalla Commissione di diritto internazionale[68]. In diverse occasioni gli organi contenziosi hanno sottolineato che lì trovano codificazione principi generali o norme consuetudinarie del diritto internazionale, i quali possono ben costituire un parametro interpretativo del diritto OMC.

Il rinvio al Progetto è stato utile, in primo luogo, per chiarire la portata dell'art. 1, par. 1, lett. *a*.1 dell'Accordo sulle sovvenzioni e sulle misure compensative, nella parte in cui include, nella nozione di aiuti di Stato, i contributi finanziari erogati anche da "organismi pubblici"[69]. Nell'art. 5 del Progetto della Commissione di diritto internazionale l'Organo di appello ha trovato sostegno per affermare che questi ultimi

[67] V. WTO doc. WT/DS58/AB/R, cit., par. 156 ss. Citando parte della dottrina, l'Organo di appello afferma che «*the doctrine of* abus de droit *... prohibits the abusive exercise of a state' rights and enjoins that whenever the assertion of a right 'impinges on the field covered by* [a] *treaty obligation, it must be exercised bona fide, that is to say, reasonably'*» (par. 158). «*The Appellate Body's approach indicates that a right will be exercised abusively when its assertion unreasonably interferes with the sphere covered by an obligation arising out of a treaty*»: *Peru – Agricultural Products*, WTO doc. WT/DS457/R del 27 novembre 2014, par. 7.95.

[68] *Yearbook of the International Law Commission* 2001, vol. II (Part Two), p. 26 ss.

[69] In generale, sui criteri di attribuzione della condotta illecita ai Membri dell'OMC, v. M. VILLALPANDO, *Attribution of Conduct to the State: How the Rules of State Responsibility may be applied within the WTO*, in *Journal of International Economic Law*, 2002, p. 393 ss.

sono enti cui è conferito l'esercizio di poteri pubblici, e non semplicemente sui quali gli organi di governo esercitino il proprio controllo[70]. Con riferimento all'art. 31, par. 3, lett. *c* della Convenzione di Vienna, nel suo rapporto l'Organo ha affermato che «*Articles 4, 5 and 8 of the ILC Articles are not binding by virtue of being part of an international treaty. However, insofar as they reflect customary rules of international law or general principles of law, these Articles are applicable in the relations between the parties*»[71]. La medesima considerazione ha condotto a ricostruire la categoria degli enti alla cui attività si riferiscono gli obblighi di riduzione delle sovvenzioni all'esportazione, previsti dall'art. 9, par. 1 dell'Accordo sull'agricoltura[72].

Sempre tenendo conto dei lavori della Commissione di diritto internazionale, sono stati risolti alcuni nodi interpretativi relativi ai caratteri delle misure che, ai sensi dell'Intesa, possono essere adottate a titolo di rappresaglia, in reazione alla violazione del diritto OMC. Le previsioni relative alla sospensione di concessioni tariffarie o altri obblighi nei confronti del Membro autore di un illecito (art. 22, par. 6 DSU), sono state interpretate nel senso che esse non perseguono una finalità punitiva, quanto quella di indurre lo Stato in causa ad adeguarsi alle decisioni e raccomandazioni che lo riguardino, formulate in sede contenziosa[73]. Un utile parametro di riferimento in tal caso è stato individuato nell'art. 49, par. 1, del Progetto di articoli del 2001, a norma del quale «*an injured State may only take countermeasures against a State which is responsible for an internationally wrongful act in order to induce that State to comply with its obligations*»[74]. L'art. 53, sul carattere temporaneo delle contromisure ha poi giustificato l'interpretazione dell'art. 22, par. 8,

[70] WTO doc. WT/DS379/AB/R, cit., par. 310-311.

[71] Ivi, par. 308.

[72] *Canada – Dairy*, WTO doc. WT/DS103/R, WT/DS113/R del 17 maggio 1999, par. 7.77 e nota 427.

[73] V. *EC – Bananas III*, WTO doc. WT/DS27/ARB del 9 aprile 1999, par. 6.3; *US – FSC*, WTO doc. WT/DS108/ARB del 30 agosto 2002, par. 5.58 ss.; *Mexico – Soft Drinks*, WTO doc. WT/DS308/R del 7 ottobre 2005, par. 8.810; WT/DS46/ARB, cit., par. 3.44. In generale, sulle finalità delle norme OMC in tema di conseguenze dell'atto illecito, alla luce anche delle diverse ricostruzioni della dottrina, v. C. BOWN, J. PAUWELYN (eds), *Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge, 2010. V. anche H. CULOT, *Les sanctions dans le droit de l'Organisation mondiale du commerce*, Paris, 2014.

[74] WTO doc. WT/DS108/ARB, cit., par. 5.27. Questa circostanza può indurre ad affermare che la prassi non esclude anche una finalità punitiva del sistema delle contromisure previste in caso di violazione dell'Accordo sulle sovvenzioni: v. J. PAUWELYN, *The calculation and design of trade retaliation in context: what is the goal of suspending WTO obligations?*, in C. BOWN, J. PAUWELYN (eds), *op. cit.*, p. 34 ss., p. 53.

DSU, nella parte in cui legittima il ricorso alla sospensione di concessioni tariffarie o altri obblighi fintantoché lo Stato colpito non abbia, tra l'altro, abolito la misura illecita[75].

Parimenti, dall'art. 22, par. 4, DSU, per il quale il livello di sospensione di concessioni o altri obblighi deve essere equivalente al livello dell'annullamento o del pregiudizio dei benefici subìto dallo Stato leso, è stato dedotto un criterio di proporzionalità alla luce della corrispondente norma consuetudinaria in tema di contromisure[76]. In base a questa disposizione è stato letto anche l'Accordo sulle sovvenzioni, laddove prevede che le contromisure, con riferimento alle sovvenzioni vietate, debbano essere adeguate (art. 4, parr. 10 e 11) e, per le c.d. sovvenzioni passibili di azione legale, invece commisurate al grado e alla natura degli effetti pregiudizievoli procurati (art. 7, par. 9). Nel testo e nel commento all'art. 51 del Progetto di articoli è stata trovata conferma del fatto che, nel dare applicazione a questo regime speciale, sia richiesto di attenersi a un criterio di proporzionalità intesa non solo in termini quantitativi, posto che la stessa Commissione di diritto internazionale ha ammesso, in linea di principio, l'opportunità di prendere in considerazione anche elementi di ordine qualitativo, quali l'importanza dell'interesse protetto dalla norma violata e la gravità della violazione medesima.

Il medesimo requisito di proporzionalità ha infine ispirato l'interpretazione di norme primarie che autorizzano il ricorso a restrizioni commerciali a tutela dei produttori nazionali di un determinato bene che soffrano un pregiudizio a causa di un aumento delle importazioni (quali l'art. 6, par. 4, dell'oramai estinto Accordo sui tessili e sull'abbigliamento o l'art. 5, par. 1 dell'Accordo sulle misure di salvaguardia)[77]. Se in una situazione di illecito la sospensione delle concessioni tariffarie o di altri obblighi deve rispondere a un criterio di proporzionalità, a maggior ragione, ha evidenziato l'Organo di appello, lo stesso parametro si impone allorquando barriere agli scambi commerciali siano introdotte senza che ai Paesi esportatori colpiti possa attribuirsi una violazione degli accordi OMC. La circostanza che le disposizioni la cui interpretazione era oggetto della lite e la norma generale sulla proporzionalità delle contromisure riguardino due materie differenti (rispettivamente, una deroga a una norma primaria del diritto OMC applicata in assenza di una condotta illecita, e i limiti al ricorso a misure di rappresaglia in caso di illecito) non sembra aver impedito di accertate il contenuto delle prime

[75] WTO doc. WT/DS320/AB/R, cit., par. 382.

[76] WTO doc. WT/DS27/ARB, cit., par. 6.16, ove si rinvia all'art. 51 del Progetto.

[77] *US – Cotton Yarn*, WTO doc. WT/DS192/AB/R dell'8 ottobre 2001 par. 119 ss.; *US – Line Pipe*, WTO doc. WT/DS202/AB/R del 15 febbraio 2002, par. 259.

alla luce della seconda, nonostante la nozione restrittiva di rilevanza ai sensi dell'art. 31, par. 3, lett. *c* della Convenzione di Vienna accolta dall'Organo di appello.

5. *La questione del diritto applicabile*

Se la dottrina è sostanzialmente concorde nel ritenere che il diritto non scritto possa fungere da parametro interpretativo degli accordi OMC, pari unità di vedute manca quando l'indagine si sposta per accertare se esso possa venire in rilievo in sede di composizione dei contrasti anche nella veste di diritto applicabile[78].

La questione non è espressamente regolata dall'Intesa, il cui testo, come già ricordato, non comprende una norma assimilabile all'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia. Il dibattitto dottrinale sul tema è molto vasto, e si concentra sulla portata e gli effetti dell'art. 3, par. 2, DSU e delle successive disposizioni relative alla giurisdizione degli organi di soluzione delle controversie (art. 1, par. 1) e al mandato e alle funzioni dei panel (rispettivamente agli artt. 7 e 11), il cui testo si riferisce esclusivamente al diritto interno al sistema commerciale multilaterale.

Alle ricostruzioni difformi della dottrina corrisponde un confronto all'interno dell'Organizzazione, i cui esiti sono peraltro ancora poco chiari. Taluni Stati hanno proposto che il DSB adotti una decisione inerente al ricorso al diritto internazionale pubblico per la soluzione delle controversie. Se gli Stati Uniti accolgono la posizione secondo la quale in sede contenziosa non possono essere applicate norme di diritto internazionale che non siano riconducibili agli accordi contemplati[79], la bozza di testo pubblicata nel 2008 sembra esser formulata in termini meno perentori. Pur escludendo che gli organi contenziosi abbiano la funzione di pronunciarsi sulla violazione di obblighi non previsti da quegli accordi, è ivi comunque riconosciuto, per quanto in termini generali, che il diritto non OMC potrebbe giocare un ruolo nella composizione delle liti[80].

Nella dottrina, il confronto ruota essenzialmente intorno alla portata dell'art. 3, par. 2 DSU (ripreso poi dal successivo art. 19, par. 2) ove,

[78] Per un'ampia ricostruzione, v. P. PICONE, A. LIGUSTRO, *op. cit.*, p. 623 ss. Per una sistematizzazione dei diversi approcci seguiti nella dottrina, v. A. TANCREDI, *op. cit.*, p. 93 ss.

[79] V. WTO doc. TN/DS/26 del 30 gennaio 2015, p. 87 par. 591.

[80] V. WTO doc. TN/DS/25 del 21 aprile 2011, p. A-28 (ove è riportato il documento del 2008).

stabilito che duplice obiettivo del sistema soluzione delle controversie è quello di proteggere le situazioni giuridiche soggettive previste dagli accordi contemplati e, al contempo, chiarire la portata di questi ultimi in base alle norme consuetudinarie sull'interpretazione dei trattati, si dispone, come già detto, che il giudizio formulato dagli organi contenziosi non possa comportare una modifica dei diritti e degli obblighi che derivano dalla partecipazione all'OMC.

Alcuni autori ricostruiscono la portata di quest'ultimo divieto in termini restrittivi, nel senso che esso escluderebbe l'applicazione di norme non OMC al fine della composizione delle liti, a meno che gli accordi contemplati non le incorporino o vi rinviino[81]. Questa conclusione sarebbe rafforzata dalla circostanza che l'art. 3, par. 2 rimanda solo alle norme consuetudinarie in tema di interpretazione dei trattati: laddove i negoziatori fossero convenuti su un'apertura del sistema commerciale multilaterale anche ad altre previsioni di diritto non scritto, essi vi avrebbero fatto riferimento. A riprova dell'approccio proposto si invocano i successivi artt. 7 e 11, i quali, nel definire il mandato e le funzioni dei panel, non richiamano regole di condotta poste da fonti dell'ordinamento internazionale diverse dal diritto OMC.

Altra parte della dottrina prospetta una diversa ricostruzione. Secondo taluni autori, infatti, l'art. 3, par. 2 (unitamente all'art. 7) regola la materia del diritto applicabile, incorporando, implicitamente, l'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia e le fonti del diritto internazionale ivi elencate. L'Intesa rinvierebbe così anche alle norme consuetudinarie internazionali e ai principi generali del diritto[82].

Un diverso orientamento legge invece nella norma in esame una clausola di conflitto favorevole al primato del diritto OMC, destinato a prevalere se in contrasto con una norma esterna al sistema commerciale multilaterale che possa trovare applicazione nella soluzione delle contro-

[81] V. G. MARCEAU, *A Call for Coherence in International Law. Praises for the Prohibition Against "Clinical Isolation" in WTO Dispute Settlement*, in *Journal of World Trade*, 1999, p. 87 ss., p. 108 ss., J.P. TRACHTMAN, *The Domain of WTO Dispute Settlement Resolution*, in *Harvard International Law Journal*, 1999, p. 333 ss., p. 342 ss.; G. MARCEAU, *Conflict of Norms and Conflict of Jurisdictions. The Relationship between the WTO Agreement and the MEAs and other Treaties*, in *Journal of World Trade*, 2001, p. 1081 ss., p. 1102 ss.; J.O. MCGINNIS, *The Appropriate Hierarchy of Global Multilateralism and Customary International Law. The Example of the WTO*, in *Virginia Journal of International Law*, 2003, p. 229 ss., p. 262 ss.; *The Jurisdiction of the World Trade Organization. Remarks by Debra Steger*, in *ASIL Proceedings*, 2004, p. 142 ss.

[82] V. D. PALMETER, P.C. MAVROIDIS, *The WTO Legal System: Sources of Law*, in *American Journal of International Law*, 1998, p. 398 ss., p. 399.

versie[83]. Altri autori escludono invece che l'art. 3, par. 2 DSU regoli un simile conflitto[84]. Piuttosto, esso dà espressione al "normale collegamento" tra norme consuetudinarie e norme pattizie, per il quale le prime possono essere applicate a meno che non siano incompatibili con le seconde. Starà quindi al panel investito di ciascun controversia e all'Organo di appello stabilire se e in quale misura gli accordi contemplati introducano una deroga al diritto non scritto.

Una ulteriore lettura dell'art. 3, par. 2 ne circoscrive la portata alla mera introduzione di un divieto di interpretazione *contra legem*. Esso non interviene sul tema del diritto applicabile, tanto meno introduce una regola di conflitto, ma semplicemente pone un limite all'attività ermeneutica dei panel e dell'Organo di appello[85]. Quanto invece al rilievo del diritto non scritto in sede contenziosa, vale la considerazione di principio per la quale i trattati "vivono" nell'ordinamento internazionale, con la conseguenza che i rapporti tra gli Stati contraenti continuano ad essere regolati da norme e principi generali, a meno che ad essi non venga apposta una deroga. Una eventuale situazione di conflitto tra norme OMC e norme esterne al sistema (in particolare, nel caso in cui le seconde siano invocate a giustificazione di una violazione delle prime) dovrebbe trovare soluzione, in primo luogo, per via interpretativa e, nel caso in cui ciò non sia possibile, in applicazione delle rilevanti clausole di subordinazione o di prevalenza, previste non solo dal sistema commerciale multilaterale, ma anche dal diritto internazionale generale[86].

Un approccio positivista, inteso a escludere che norme e principi non OMC possano essere presi in considerazione quale diritto applicabile, appare certamente in contraddizione con l'orientamento seguito su un piano più generale nella prassi. Valgono qui i consueti richiami fatti in dottrina alla pronuncia, resa già nel 1928, nel caso *Georges Pinson*, secondo la quale, per tutte le questioni che non siano regolate espressamente, ciascun accordo contiene un rinvio implicito al diritto internazionale generale[87]. L'intento delle parti contraenti a derogarvi deve essere oggetto di una chiara manifestazione di volontà, e va accertato sulla base di un'attenta analisi

[83] V. L. BARTELS, *Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings*, in *Journal of World Trade*, 2001, p. 499 ss., p. 506 ss.

[84] V. A. TANCREDI, *op. cit.*, p. 95 ss.

[85] V. J. PAUWELYN, *The Role of Public International Law in the WTO: How Far can We Go?*, in *American Journal of International Law*, 2001, p. 535 ss., p. 564.

[86] *Ibidem*, p. 566 ss.

[87] *Georges Pinson (France) v United Mexican States*, sentenza del 13 aprile 1928, in *Reports of International Arbitral Awards*, vol. V, p. 327 ss., p. 422.

del testo[88]. Laddove la norma pattizia sia collegata a quella generale da un rapporto di specialità, si ricorda poi il principio affermato nel 1987 dal Tribunale arbitrale Iran-Stati Uniti: «*As a* lex specialis *in the relations between the two countries, the Treaty supersedes the* lex generalis*, namely customary international law. This does not mean, however, that the latter is irrelevant in the instant case. On the contrary, the rules of customary law may be useful in order to fill in possible* lacunae *of the Treaty, to ascertain the meaning of undefined terms in its text or, more generally, to aid interpretation and implementation of its provisions*»[89]. Questa posizione è stata successivamente accolta al gruppo di lavoro della Commissione di diritto internazionale in tema di frammentazione, il cui rapporto conclusivo ricorda che «*most of general international law is dispositive and can be derogated from by way of exception. But an 'exception', too, works only in a relative sense so that whatever is being 'set aside' will continue to have an effect on the interpretation and application of the exception*»[90].

Una chiusura del sistema commerciale multilaterale finirebbe quindi col trascurare che l'Intesa e gli accordi contemplati costituiscono essi stessi delle norme pattizie, la cui validità ed efficacia deriva da norme consuetudinarie in tema di diritto dei trattati. Che questi ultimi si applichino nei rapporti tra i Membri dell'OMC deve essere certamente riconosciuto, in mancanza di disposizioni al riguardo che depongano in senso contrario. Inoltre, la disciplina che fa capo all'OMC manca di carattere di esaustività riguardo a tutte le dinamiche interne al sistema, la cui definizione, in termini giuridici, non può che avvenire anche in base ai principi e alle norme non scritte rilevanti nell'ordinamento internazionale. In tal senso si muove anche la prassi interna all'OMC, la quale non ha mancato di dare applicazione non solo alla Convenzione di Vienna del 1969, ma anche a principi generali di carattere procedurale o al Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati, per regolare questioni rispetto alle quali l'Intesa o gli accordi contemplati presentano delle lacune.

Un'ultima considerazione appare opportuna sotto il profilo sostanziale. Come più volte evidenziato, il sistema commerciale multilaterale testimonia l'apertura a valori diversi da quello del libero scambio. Appare quindi ingiustificato escludere che norme consuetudinarie che eventualmente rispondano a quei medesimi intessi possano essere prese in conside-

[88] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America* v. *Italy*), *Judgment*, in *I.C.J. Reports*, 1989, p. 15 ss., par. 50.

[89] *Amoco International Finance Corporation* v. *Iran*, in *Iran-US Claims Tribunal Reports*, vol. 15 1987-II, par. 112.

[90] *Report on Fragmentation*, par. 103.

razione, non solo a fini interpretativi, ma anche a titolo di diritto applicabile, nella misura in cui, evidentemente, il diritto OMC lo consenta.

5.1. Le norme consuetudinarie sostanziali quale diritto applicabile in sede OMC

L'apertura del sistema commerciale multilaterale al diritto non scritto è stata espressamente riconosciuta nella prassi: in termini generali, commentando il rinvio alle norme consuetudinarie sull'interpretazione dei trattati di cui all'art. 3, par. 2 DSU, il panel investito del caso *Korea – Procurement* riconosce che «*the relationship of the WTO Agreements to customary international law is broader than this. Customary international law applies generally to the economic relations between the WTO Members ... to the extent that the WTO treaty agreements do not 'contract out' from it*». Il silenzio dei trattati viene così interpretato in senso estensivo: le norme consuetudinarie, ma anche principi generali del diritto[91], possono trovare applicazione in sede di composizione dei contrasti, a meno che il diritto OMC non vi deroghi, espressamente o implicitamente, o non li integri con ulteriori previsioni. In definitiva, se il diritto OMC non deve essere interpretato "in clinical isolation from public international law", esso non può neanche essere applicato trascurando che tra i Membri sono parimenti efficaci norme e principi non scritti.

Benché la prassi successiva solo sporadicamente abbia rinviato alla pronuncia resa nel caso *Korea – Procurement*[92], la linea argomentativa lì sviluppata ha trovato in realtà concreta applicazione in occasione di numerosi ricorsi.

In questa chiave può essere letto il rilievo conferito, nel caso *China – Rare Earths*, al principio della sovranità permanente sulle risorse naturali. A giudizio del panel, infatti, il diritto degli Stati di decidere dell'impiego delle risorse che si trovano entro i confini nazionali (la cui applicabilità nel caso di specie è espressamente riconosciuta)[93], non consente di derogare agli impegni che, aderendo all'OMC, gli stessi hanno assunto per quanto riguarda gli scambi di quelle risorse. Gli accordi OMC sono in sostanza complementari alla norma generale disponendo in modo particolare in materia di commercio internazionale. Non è sufficiente invocare la norma generale per escludere l'illiceità di una data condotta, posto che gli accordi contemplati, a titolo di *lex specialis*, pon-

[91] J. PAUWELYN, *Conflict of Norms*, cit., p. 211.
[92] WTO doc. WT/DS320/R, cit., par. 7.336.
[93] WTO doc. WT/DS431/R, cit., par. 7.265.

gono delle condizioni allorquando gli Stati intendano esercitare quella sovranità ricorrendo a misure di carattere commerciale[94].

Più complesso appare il caso in cui la norma esterna consuetudinaria abbia natura imperativa. Ai fini della soluzione di una controversia che abbia ad oggetto eventuali misure di restrizione commerciale adottate nei confronti di uno Stato considerato autore di una violazione dello *jus cogens*, quest'ultimo trova sicuramente applicazione in virtù dell'art. 53 della Convenzione di Vienna del 1969. Ciò affinché gli organi contenziosi si pronuncino non in via principale sulla violazione della norma imperativa (questione che evidentemente non ricade nella loro sfera di competenza), bensì in via pregiudiziale, per giustificare, alla luce dello *jus cogens*, misure illecite ai sensi del diritto OMC [95], in particolar modo nel caso in cui il diritto internazionale generale imponga la tutela del valore protetto[96].

Una soluzione a contrasti di questo tipo può esser comunque ricercata anche per via interpretativa, sulla base delle clausole sulle eccezioni generali o in materia di sicurezza. Ad integrazione delle osservazioni fatte in precedenza, va aggiunto che in diverse occasioni, rispetto agli interessi menzionati dall'art. XX GATT 1994, sia stato riconosciuto agli Stati il diritto di stabilire il livello di protezione che essi stessi ritengono più adeguato[97]. Di tal guisa, norme imperative potrebbero contribuire a sostenere la legittimità di provvedimenti volti alla tutela, ad esempio, della morale pubblica ai sensi dell'art. XX, lett. *a*. Se va certamente riconosciuto che la nozione di morale pubblica può variare nel tempo e nello spazio, in funzione dei diversi valori sociali, culturali, etici e religiosi cui si ispira ciascuna comunità nazionale[98], non può escludersi che, se tutelati da norme generali, a maggior ragione se di natura imperativa, quegli stessi valori possano essere considerati parte di un patrimonio, di una nozione comune di morale pubblica, la cui salvaguardia può essere pro-

[94] Ivi, par. 7.267 ss.

[95] V. P. PICONE, A. LIGUSTRO, *op. cit.*, p. 629

[96] Ivi, p. 630.

[97] Per tutti, v. *Brazil – Retreated Tyres*, WTO doc. WT/DS332/AB/R del 3 dicembre 2007, par. 140.

[98] Affermato con riferimento alla clausola sulle eccezioni generali del GATS (*US – Gambling*, WTO doc. WT/DS285/R del 10 novembre 2004, par. 6.461), questo medesimo approccio è stato adottato anche per l'art. XX, lett. *a* GATT 1994 (*China – Publications and Audiovisual Products*, WTO doc. WT/DS363/R del 21 dicembre 2009, par. 7.759). V. anche *EC – Seal Products*, WTO doc. WT/DS400/R, WT/DS401/R del 25 novembre 2013, par. 7.625, 7.630 ss. e 7.380 ss., nel quale la misura oggetto di contestazione viene riportata alla nozione di morale pubblica anche alla luce di atti adottati da un'organizzazione regionale (il Consiglio d'Europa) e alcune convenzioni internazionali (par. 7.392 ss.).

mossa anche tramite l'adozione di misure incompatibili col sistema commerciale multilaterale[99]. Considerazioni simili possono essere sviluppate anche con riferimento alla clausola sulle eccezioni in materia di sicurezza nazionale, quale l'art. XXI GATT 1994. Anch'essa è infatti formulata in termini ampi, come ad esempio nel prevedere che l'Accordo generale non impedisce l'adozione di misure giudicate necessarie per la protezione di interessi essenziali di sicurezza, quali quelle applicate in caso di gravi tensioni internazionali (lett. *b*.iii). Queste ultime possono essere intese in senso estensivo, in modo tale da ricomprendervi situazioni di gravi violazioni di norme imperative e obblighi *erga ommes*, che legittimino, già sul piano del diritto internazionale generale, la reazione a titolo di rappresaglia degli Stati direttamente colpiti e di Stati terzi[100].

5.2. L'applicazione della Convenzione di Vienna del 1969 nel corso dei procedimenti contenziosi

Nei rapporti dei panel e dell'Organo di appello vi sono numerosi riferimenti alle disposizioni della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati diverse da quelle sull'interpretazione, anch'esse riproduttive di norme internazionali consuetudinarie: tra queste, l'art. 28 in tema di irretroattività dei trattati (applicato per accertare se nella sfera di operatività degli accordi contemplati ricadono anche misure adottate prima del 1° gennaio 1995)[101], e l'art. 30 sul rapporto tra accordi successivi relativi alla medesima materia che pongono obblighi confliggenti[102].

[99] V. ad esempio P. MAVROIDIS, *No Outsourcing of Law? WTO Law as Practiced by WTO Courts*, in *American Journal of International Law*, 2008, p. 421 ss., p. 426.

[100] In dottrina, v. P. PICONE, A. LIGUSTRO, *op. cit.*, p. 346 ss. In linea di principio, questa lettura dell'art. XXI potrebbe giustificare le misure commerciali applicate da alcuni Paesi (tra cui gli Stati Uniti, oltre all'Unione europea) nei confronti della Russia a seguito della annessione della Crimea decisa nel 2014. Sul tema, v. R.J. NEUWIRTH, A. SVETLICINII, *The Economic Sanctions over the Ukraine Conflict and the WTO: 'Catch-XXI' and the Revival of the Debate on Security Exceptions*, in *Journal of World Trade*, 2015, p. 891 ss.

[101] Ad esempio, v. *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WTO doc. WT/DS27/AB/R del 9 settembre 1997, par. 235 ss. Il possibile carattere di specialità dell'art. 32, par. 3 dell'Accordo sulle sovvenzioni rispetto all'art. 28 della Convenzione di Vienna è stato considerato in *Brazil – Desiccated Coconut*, WTO doc. WT/DS22/AB/R del 21 febbraio 1997, p. 22 ss.

[102] *Japan – Film*, WTO doc. WT/DS44/R del 31 marzo 1998, par. 10.63 ss., ove il panel esclude che il rapporto tra le liste di concessioni negoziate nel quadro del GATT 1947 e dell'Uruguay Round possa essere regolato dall'art. 30 della Convenzione di Vienna (in linea di principio comunque applicabile), in virtù del par. 1 GATT 1994 (*The Legal Text*, p. 17 ss), a norma del quale esse sono tutte parte integrante dell'Accordo generale, e non costituiscono quindi accordi successivi alla medesima materia.

Il rinvio alla norma in ultimo menzionata rimanda a sua volta all'art. 41 della Convenzione di Vienna e alla questione dell'ammissibilità di accordi tra due o più Membri che abbiano l'effetto di modificare in tutto o in parte il dettato del diritto OMC nei loro rapporti reciproci. In sede contenziosa il profilo della disponibilità dei beni giudici protetti dal sistema commerciale multilaterale è stata considerata con riferimento a due diverse situazioni. In alcuni ricorsi la questione dell'efficacia delle modifiche *inter se* è venuta in rilievo esclusivamente nei rapporti tra le parti in lite, e ha dato luogo a pronunce solo a prima vista incoerenti. Nel caso *EC – Bananas III*, l'Organo di appello ha riconosciuto che, per effetto di una soluzione reciprocamente accettabile ai sensi dell'art. 3, par. 7 DSU, i Membri possano concordare una deroga al diritto a presentare ricorso, purché questa volontà sia chiaramente espressa[103]. L'art. 41 della Convenzione di Vienna non trova espressa menzione nel rapporto approvato dal DSB. Tuttavia, il ragionamento ivi proposto può essere agevolmente ricondotto ad esso, con la conseguenza che, seppur implicitamente, per l'Organo di appello nel caso di specie sussistevano le condizioni poste dalla Convenzione di Vienna alla liceità di accordi conclusi tra alcuni Stati parti di un accordo multilaterale a modifica di quest'ultimo: non espressamente consentita dall'Intesa, la deroga al diritto al panel è stata nondimeno considerata non proibita, tale da non annullare o pregiudicare i diritti derivanti dagli accordi contemplati agli altri Membri, o da mettere in pericolo il perseguimento delle finalità dell'Intesa medesima[104].

La pronuncia del 2008 è stata ripresa di recente in *Peru – Agricultural Products*, per affermare che la deroga al diritto di ricorrere agli organi contenziosi può essere concordata anche tramite strumenti diversi da quelli cui si riferiva la prassi precedente[105]. Tuttavia, si nega che una de-

Quest'ultima circostanza è stata invece ammessa nel caso *EC – Hormones* riguardo al rapporto tra le concessioni tariffarie concordate tra gli Stati sul piano bilaterale e le rispettive liste di concessioni che "multilateralizzano" l'accordo bilaterale (WTO doc. WT/DS26/ARB del 12 luglio 1999, par. 51). Nello stesso senso v. *EC and certain member States – Large Civil Aircraft*, WTO doc. WT/DS316/R del 30 giugno 2010, nota 1906.

[103] *EC – Bananas III*, WTO doc. WT/DS27AB/RW2/ECU, W/DS27/AB/RW/USA del 26 novembre 2008, parr. 212 e 217.

[104] Sull'ultima condizione, v. i rilievi critici in A. TANCREDI, *Accordi post-giudiziali e natura del sistema di soluzione delle controversie dell'OMC*, in G. NESI, P. GARGIULO, *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione*, Napoli, 2015, p. 249 ss., pp. 252 e 270.

[105] WTO doc. WT/DS457/AB/R, cit., par. 5.25 («[…] *we do not exclude the possibility of articulating a relinquishment of the right to initiate WTO dispute settlement proceedings in a form other than a waiver embodied in a mutually agreed solution*»). V. J.

roga sia legittima quando investa diritti e obblighi non procedurali, bensì di natura sostanziale: il rapporto tra il diritto OMC e accordi successivi non è in questo caso regolato dall'art. 41 della Convenzione di Vienna, sul quale prevalgono le norme interne in tema di deroghe, emendamenti e, rilevante nella specifica lite, attinenti alla conclusione di accordi di integrazione regionale[106].

Questo modo di intendere il rapporto tra il diritto OMC e altre norme pattizie esterne appare per certi aspetti contraddittorio (anche rispetto alla prassi precedente dell'Organo di appello)[107], non tiene conto della differenza che intercorre tra la procedura di emendamento (per definizione preordinata a una modifica degli accordi contemplati rivolta tutti i Membri) e la conclusione di accordi *inter se* (destinati a produrre effetti solo tra gli Stati contraenti) e, infine, trascura il carattere bilaterale dei rapporti regolati dal diritto OMC[108]. Ai nostri fini esso assume rilievo perché l'impossibilità di applicare la norma consuetudinaria in causa viene affermata in ragione del fatto che, nella materia specifica che interessava (ovvero, il rapporto con accordi di integrazione regionale), il diritto OMC pone delle norme *ad hoc*. La ragione per la quale l'Organo di appello abbia voluto pronunciarsi su questo punto appare poco evidente, se si considera che l'accordo di modifica *inter se* che veniva in rilievo non era ancora entrato in vigore per le parti in causa e che, comunque, appariva incerto se esso legittimasse o meno l'applicazione di misure

MATHIS, *WTO Appellate Body, Peru – Additional Duty on Imports of Certain Agricultural Products, WT/DS457/AB/R, 20 July 2015*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2016, p. 97 ss., p. 101 ss.; G. MARCEAU, *The Primacy of the WTO Dispute Settlement System*, in *Questions of International Law,* Zoom in 23, 2015, p. 3 ss., p. 6 ss.

[106] WTO doc. WT/DS457AB/R, cit., par. 5.112-5.113.

[107] Se l'art. IX, parr. 3 e 4 dell'Accordo istitutivo dell'OMC stabilisce in modo esclusivo le condizioni alle quali i Membri sono autorizzati a derogare al diritto OMC, esso dovrebbe trovare applicazione in ogni circostanza, quale che sia il contenuto, procedurale o sostanziale, delle norme interessate. Inoltre, non sempre gli organi contenziosi hanno riconosciuto alle procedure previste dall'art. IX carattere esclusivo, ma hanno anzi affermato che il risultato cui esse sono indirizzate possa essere raggiunto anche ricorrendo a strumenti ivi non contemplati: ad esempio, per quanto riguarda l'interpretazione del diritto OMC, sono state considerate pertinenti non solo le decisioni adottate in base all'art. IX, par. 2, ma anche altri atti riconducibili alla sfera di operatività dell'art. 31, par. 3, lett. *a* della Convenzione di Vienna (v. *US – Tuna II (Mexico)*, WTO doc. WT/DS381/AB/R del 16 maggio 2012, parr. 370 ss. e *US – Clove Cigarettes*, WTO doc. WT/DS406/AB/R del 4 aprile 2012, par. 257 ss., relativi al valore interpretativo di una decisione, rispettivamente del Comitato sugli ostacoli tecnici e della Conferenza dei ministri).

[108] In dottrina, v. J. PAUWELYN, *A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature?*, in *European Journal of International Law*, 2003, pp. 970 ss.

non conformi agli accordi contemplati[109]. Sembra piuttosto che si sia voluta cogliere l'occasione per affermare in termini generali e astratti la prevalenza del diritto OMC su norme esterne, senza tuttavia analizzare nel dettaglio, alla luce delle circostanze del caso, il grado di specialità del primo rispetto alle seconde (in linea peraltro con l'approccio seguito per il principio di precauzione, di cui si è già detto)[110].

Il rapporto tra la norma speciale e quella generale è stato invece considerato nel caso *Turkey – Textiles*, in cui è sorta la questione degli effetti di un accordo *inter se* non tra le parti in lite, bensì nei confronti degli altri Membri. Gli organi contenziosi erano chiamati a pronunciarsi sulla possibilità che l'art. XXIV GATT 1994 giustifichi talune misure di restrizione commerciale applicate dalla parte convenuta nei confronti dell'India, a seguito della conclusione dell'accordo di unione doganale con l'Unione europea[111]. In primo grado di giudizio il panel ha escluso che questa analisi si sostituisca alla valutazione del rispetto dei parametri di legittimità posti dall'art. 41 della Convenzione di Vienna, per la parte in cui questo pone un divieto a che le modifiche *inter se* comportino una alterazione dei diritti e degli obblighi degli altri Stati parti dell'accordo multilaterale. Di conseguenza, nulla sottraeva la Turchia al rispetto del diritto OMC nei rapporti con gli altri Membri[112].

Anche talune cause di invalidità ed estinzione/sospensione dei trattati internazionali sono state oggetto di analisi da parte degli organi contenziosi. Rispetto alle seconde, la prassi si concentra sull'inadempimento della controparte di cui all'art. 60 della Convenzione di Vienna, per escludere che questo trovi applicazione tra i Membri in ragione dell'obbligo, posto dall'art. 23 DSU, di ricorrere alle norme e procedure contemplate dall'Intesa al fine di ottenere la riparazione della violazione degli obblighi derivanti dagli accordi contemplati. Si presume in tal modo che l'Intesa introduca una norma speciale che copre la medesima fattispecie considerata dal menzionato art. 60. Tuttavia sono così trascurate le differenze che intercorrono tra l'istituto della sospensione/estinzione di un accordo per inadempimento della controparte (volta a ristabilire un equilibrio tra le prestazioni reciproche al cui rispetto sono tenuti gli Stati parti di un trattato) e quello della rappresaglia quale reazione a una condotta illecita (il cui obiettivo è indurre la controparte a ripristinare l'ordine violato e ad offrire adeguata riparazione allo Stato leso, e la cui

[109] Ivi, par. 5.106 ss.

[110] *Supra*, par. 4.1.

[111] V. in particolare *Turkey – Textiles*, WTO doc. WT/DS34/AB/R del 22 ottobre 1999.

[112] Nel medesimo caso, WTO doc. WT/DS34/R del 31 maggio 1999, par. 9.178 ss.

legittimità, peraltro, è condizionata al rispetto di talune condizioni, tra cui la proporzionalità della reazione rispetto all'illecito subìto). Se è vero che l'Intesa introduce un regime speciale sulla responsabilità internazionale per atto illecito[113], è in questo ambito che deve essere considerato l'art. 23, e non come codificazione delle condizioni alle quali il diritto OMC può essere sospeso, in deroga all'art. 60 della Convenzione di Vienna del 1969. Se una deroga sussiste, ciò avviene in virtù del fatto che i Membri hanno accettato che la reazione a una condotta illecita possa operare solo sul piano del diritto della responsabilità internazionale, e non ricorrendo anche ai rilevanti istituti del diritto dei trattati.

Nel caso *Korea – Procurement* il panel si è invece pronunciato anche in applicazione dell'art. 48 della Convenzione di Vienna del 1969[114], ove trova codificazione la norma consuetudinaria sull'errore come causa di invalidità degli accordi internazionali. Tuttavia, il giudizio non si propone di accertare se l'Accordo sugli appalti pubblici, sul quale verteva la controversia, fosse stato validamente concluso tra le due parti, quanto di determinare se, nel caso di specie, sussistessero le circostanze per giustificare la presentazione, da parte degli Stati Uniti, di un c.d. ricorso senza infrazione. L'art. 26 DSU dispone infatti che gli organi contenziosi possono essere aditi anche nel caso in cui un Membro reputi che i benefici in termini di competitività dei mercati che gli derivano dagli "impegni assunti" dallo Stato convenuto abbiano subìto un pregiudizio a causa di una condotta lecita di quest'ultimo. L'art. 48 della Convenzione di Vienna viene applicato in questa occasione per stabilire se un'azione di questo tipo possa essere avviata anche a tutela dei benefici che, a giudizio del ricorrente, siano stati riconosciuti in sede di "negoziato": un obbligo di protezione in capo allo Corea del Sud avrebbe potuto essere affermato, in definitiva, laddove il panel avesse ritenuto che sussistessero le condizioni che la Convenzione di Vienna pone alla possibilità di invocare l'errore che come causa di invalidità dei trattati. Pur pronunciandosi contro il ricorrente, il panel estende in tal modo la sfera di operatività dei ricorsi senza infrazione anche ad aspettative che non trovano codificazione negli accordi contemplati[115], in base all'argomentazione che il diritto internazionale generale non è indifferente alla condotta che gli Stati tengono nel corso delle trattative. Negare che l'art. 48 della Convenzione di Vienna (così come il principio di buona fede che ne è alla base) potesse applicarsi avrebbe significato, nel caso di specie, privare di efficacia

[113] V. i riferimenti *infra*, nota 117.
[114] WTO doc. WT/DS163/R, cit., par. 7.84 ss.
[115] Per una critica, v. J. PAUWELYN, *The Role*, cit., p. 571.

l'art. 26 DSU (posto che ai benefici commerciali la cui lesione lamentava gli Stati Uniti non corrispondevano impegni assunti dalla Corea del Sud) ma anche, su un piano più generale, ignorare «*the normal relationship between international law and treaty law*»[116].

5.3. L'integrazione delle norme e procedure previste dall'Intesa tramite il rinvio al diritto non scritto

Il meccanismo (quasi) giurisprudenziale di soluzione delle controversie costituisce certamente uno degli elementi di forza del sistema giuridico che fa capo all'Organizzazione mondiale del commercio. In dottrina il dibattito è molto accesso riguardo al grado di auto-sufficienza del regime di responsabilità internazionale cui dà vita la DSU e al suo possibile carattere *self-contained*, in virtù del quale la garanzia dell'attuazione del diritto OMC escluderebbe l'applicazione delle norme consuetudinarie in tema di conseguenze dell'atto illecito[117].

La questione è decisamente troppo ampia per essere affrontata in questa sede. Preme piuttosto qui sottolineare il fatto che la prassi contenziosa non manca di numerosi riferimenti al Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati approvato nel 2001 dalla Commissione di diritto internazionale, non solo per chiarire la portata del diritto OMC, ma anche direttamente per colmare alcune lacune che emergono dal testo dell'Intesa, anche quando letto congiuntamente agli altri accordi contemplati.

A tale riguardo, possono rammentarsi le pronunce che danno applicazione al Progetto del 2001 per definire l'elemento soggettivo dell'illecito e l'attribuzione di quest'ultimo alla parte convenuta. Ciò in particolar modo nei casi in cui la misura oggetto del reclamo era stata adottata da organi comuni a due o più Stati[118] o da enti o individui-organi

[116] WTO doc. WT/DS163/R, cit., par. 7.101.

[117] Il tema è ampiamente discusso in L. GRADONI, Regime failure *nel diritto internazionale*, Padova, 2009. V. anche B. SIMMA, D. PULKOWSKI, *Of Planets and the Universe : Self-contained Regimes in International Law*, in *European Journal of International Law*, 2006, p. 483 ss., p. 519 ss.

[118] WTO doc. WT/DS34 /R, cit., par. 9.41 ss. (dove il panel riconosce che la norma consuetudinaria in causa non potrebbe ricevere applicazione in presenza di una disposizione contraria del diritto OMC: par. 9.42).

di un Membro nell'esercizio dei loro poteri e funzioni, quali ministri[119], tribunali nazionali[120] o agenzie governative[121].

In altri casi, gli organi contenziosi hanno riconosciuto a specifiche disposizioni contenute negli accordi contemplati carattere di specialità rispetto alle norme consuetudinarie in tema di responsabilità, il cui rilievo al fine della soluzione del conflitto è stato quindi negato. Con riferimento all'elemento oggettivo dell'illecito, ad esempio, l'Organo di appello ha affermato la prevalenza dell'art. 5 dell'Accordo sulle sovvenzioni rispetto all'art. 14 del Progetto del 2001 della Commissione di diritto internazionale, secondo il quale un illecito derivante da un atto privo di carattere continuativo si esaurisce nel momento in cui l'atto medesimo è compiuto, pur se i suoi effetti perdurano. Ma sono invece proprio gli effetti di una determinata condotta ad essere oggetto della norma OMC menzionata, la quale impone un divieto di arrecare, tramite sovvenzioni, un pregiudizio agli altri Membri: in tal modo, un sostegno finanziario interamente erogato prima che l'Accordo sulle sovvenzioni entri in vigore per lo Stato in causa può nondimeno essere oggetto di un ricorso, in ragione degli effetti pregiudizievoli che sia eventualmente in grado di produrre in epoca successiva[122].

L'applicazione del diritto non scritto è intervenuta in misura determinante per colmare inoltre diverse lacune dell'Intesa riguardo a questioni più strettamente processuali, nell'esercizio, secondo parte della dottrina, di poteri intrinseci, propri degli organi contenziosi, necessari all'assolvimento della funzione di composizione dei contrasti loro conferita[123]. Laddove si è voluto dare prova di un fondamento di questi poteri, si è fatto riferimento, in termini poco coerenti, alla prassi prevalente in seno ad istanze giurisdizionali internazionali, a principi comuni agli ordinamenti interni degli Stati o altrimenti a non meglio qualificate «*accepted rules*», per poi talvolta determinare se sussistessero o meno fattori normativi interni al sistema OMC che impedissero di darvi applicazione.

L'integrazione del testo dell'Intesa ha riguardato, ad esempio, il riconoscimento in capo agli organi coinvolti nel procedimento contenzioso della c.d. competenza della competenza, anche in assenza di specifiche

[119] *Korea – Procurement*, WTO doc. WT/DS163/R del 1° maggio 2000, par. 6.5.

[120] *Brazil – Retreated Tyres*, WTO doc. WT/DS332/R del 12 giugno 2007, par. 7.305, ripreso in *US – Tuna II (Mexico)*, WTO doc. WT/DS381/R del 15 settembre 2011, par. 7.20.

[121] *US – Gambling*, WTO doc. WT/DS285/R del 10 novembre 2004, par. 6.127 ss.

[122] V. WTO doc. WT/DS316/AB/R, cit., par. 685.

[123] In dottrina v. A.D. MITCHELL, D. HEATON, *The Inherent Jurisdiction of WTO Tribunals: The Select Application of Public International Law Required by the Judicial Function*, in *Michigan Journal of International Law*, 2010, p. 559 ss.

contestazioni dalle parti in lite[124]. Dalla prassi internazionale e da principi comuni agli Stati sono state poi dedotte le norme in tema di onere della prova[125]; l'assenza di norme consuetudinarie che deponessero in senso contrario, insieme agli orientamenti seguiti da altri tribunali internazionali, ha giustificato il riconoscimento della più ampia discrezionalità per gli Stati nel decidere la composizione delle rispettive delegazioni nel procedimento contenzioso[126]. Sempre la prassi prevalente è stata invocata per affermare l'applicazione del principio *jura novit curia*. In quest'ultimo caso, è da sottolineare il fatto che l'attribuzione ai panel del potere di fondare il proprio giudizio anche su valutazioni normative ulteriori rispetto a quelle presentate dalle parti, è stata considerata necessaria all'esercizio delle funzioni che l'art. 11 dell'Intesa conferisce a questi organi, in particolare quella di condurre una valutazione oggettiva della questione sottoposta al loro esame[127].

Un'ultima considerazione meritano infine le pronunce relative all'*estoppel*[128]. Questo è stato talvolta invocato dalle parti convenute per escludere che il panel potesse pronunciarsi sul merito del ricorso proposto, giacché fatti concludenti avrebbero provato che il ricorrente aveva rinunciato al diritto di avviare la procedura contenziosa, riconosciuto la conformità rispetto al diritto OMC delle misure in causa o acconsentito a ricorrervi, nonostante la loro illiceità.

In nessun caso gli organi contenziosi hanno dato applicazione al principio in esame. Il suo contenuto è stato definito, in base alla dottrina prevalente, nei seguenti termini: «*where one party has been induced to act in reliance on the assurances of another party, in such a way that it would be prejudiced were the other party later to change its position, such a change in position is estopped, that is precluded*»[129]. Pur assumendo che esso trovi applicazione (questione sulla quale tanto i panel

[124] *US – 1916 Act (EC)*, WTO doc. WT/DS136/AB/R, WT/DS172/AB/R del 28 agosto 2000, nota 30; *Mexico – Corn Syrup*, WTO doc. WT/DS132/AB/RW del 22 ottobre 2001, par. 36: «*panels cannot simply ignore issues which go to the root of their jurisdiction – that is, to their authority to deal with and dispose of matters. Rather, panels must deal with such issues – if necessary, on their own motion – in order to satisfy themselves that they have authority to proceed*».

[125] Per tutti, v. *US – Wool Shirts and Blouses from India*, WTO doc. WT/DS33AB/R del 25 aprile 1997, p. 14.

[126] WT/DS27/AB/R, cit., par. 10 ss.

[127] In WTO doc. WT/DS26/AB/R, cit., par. 156.

[128] In dottrina v. J. CAZALA, *L'invocation de l'estoppel dans le cadre de la procédure de règlement des différends de l'OMC*, in *Revue générale de droit international public*, 2003, p. 885 ss.; A.D. MITCHELL, *op. cit.*, p. 127 ss.; S.E. ROLLAND, *Les principes généraux à l'OMC*, in V. TOMKIEWICZ, *op. cit.*, p. 105 ss., p. 118.

[129] *Guatemala – Cement II*, WTO doc. WT/DS156/R del 24 ottobre 2000, par. 8.23.

investiti della questione quanto l'Organo di appello non si sono mai pronunciati), ciò dovrebbe avvenire nei limiti consentiti dall'Intesa, e in particolare dall'obbligo di agire in buona fede di cui all'art. 3, parr. 7 e 10[130]: è alla luce di questo quadro di riferimento che, eventualmente, l'*estoppel* può essere invocato[131], e comunque nel rispetto (mai accertato nella prassi) delle condizioni che sovraintendono alla sua stessa operatività[132]. Il principio generale e la *lex specialis* sono così letti ed applicati congiuntamente.

6. *Conclusioni*

L'entrata in vigore dell'Accordo istitutivo dell'Organizzazione mondiale del commercio ha segnato una tappa vitale nell'evoluzione del diritto internazionale dell'economia. Essa ha conferito maggior stabilità e certezza al regime giuridico che, su un piano universale, regola gli scambi di beni e servizi, superando i limiti del sistema che faceva capo al GATT 1947[133]. La prassi che si è sviluppata all'interno di questa Organizzazione ha sollevato, al contempo, questioni più ampie, che investono i rapporti del sistema commerciale multilaterale con l'ordinamento giuridico internazionale. Di riflesso, lo studio dei caratteri e dei mutamenti che intervengono all'interno di quest'ultimo non può trascurare gli sviluppi che interessano questo regime settoriale.

Le premesse dell'apertura del sistema OMC al diritto non scritto sono state poste sin dalla prima pronuncia dell'Organo di Appello nel caso *US – Gasoline*. Sulla base dell'art. 3, par. 2, l'interpretazione degli accordi contemplati segue sia i canoni ermeneutici codificati nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 sia massime e principi giuridici generali. Nell'intento di definire la portata degli obblighi e dei diritti degli Stati membri, gli organi contenziosi danno inoltre applica-

[130] La possibilità che una violazione dell'obbligo di buona fede di cui all'art. 3, par. 10 DSU sussista laddove il ricorrente abbia rinunciato al proprio diritto al panel, vuoi sulla base di una soluzione reciprocamente accettabile ai sensi dell'art. 3, par. 7 DSU, vuoi per effetto di accordi bilaterali conclusi al di fuori del sistema OMC, è riconosciuta da B. NATENS, S. DESCHEEMAEKER, Say It Loud, Say It Clear*: Article 3.10 DSU's Clear Statement Test as a Legal Impediment to Validly Established Jurisdiction*, in *Journal of World Trade*, 2015, p. 873 ss., p. 880 ss., in particolare p. 883.

[131] *EC – Export Subsidies on Sugar*, WTO doc. WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R del 28 aprile 2005, par. 312.

[132] Ivi, par. 313 ss.; *Argentina – Poultry Anti-Dumping Duties*, WTO doc. WT/DS241/R del 22 aprile 2003, par. 7.38 ss. e WT/DS316/R, cit., par. 7.101 ss.

[133] V. P. PICONE, A. LIGUSTRO, *op. cit.*, p. 3 ss.

zione a regole di condotta e principi posti da fonti giuridiche esterne. Per quanto concerne, infine, l'individuazione del diritto applicabile in sede di composizione delle liti, in assenza di una espressa previsione al riguardo nell'Intesa, le pronunce dei panel e dell'Organo di appello non mancano di rinviare al diritto non scritto, vuoi per colmare lacune proprie del sistema commerciale multilaterale, vuoi per definire le relazioni giuridiche che intercorrono tra i Membri seguendo una chiave dialettica, che tiene conto degli interessi perseguiti e tutelati in altri settori della cooperazione internazionale. Norme e principi esterni al sistema sono quindi applicati nel processo di composizione delle liti, se e nella misura in cui il diritto OMC lo consenta e non ponga delle deroghe.

Questa evoluzione non manca di sollevare numerose critiche, in sede diplomatica e nel dibattito scientifico, le quali trovano fondamento anche nella prassi. Questa non segue sempre un percorso univoco, e alcune pronunce dei panel e dell'Organo di appello, presumibilmente allo scopo di salvaguardare la coerenza interna del sistema commerciale multilaterale, sembrano favorirne una lettura nel senso di una sua maggiore "impermeabilità" a norme e principi esterni. Chiamati a interpretare il diritto OMC alla luce di norme esterne, alle volte gli organi contenziosi hanno spostato la loro analisi sul piano della determinazione del diritto applicabile, rispondendo così solo parzialmente alle argomentazioni proposte dai Membri in conflitto. La presenza di deroghe al diritto non scritto è stata poi talvolta affermata in termini decisi, ma alla luce di una verifica solo parziale del contenuto della *lex specialis* e del suo rapporto con la norma generale.

Ciò nonostante, complessivamente considerata, anche questa prassi concorre a restringere i confini entro i quali possa dirsi in atto un processo di frammentazione del diritto internazionale, caratterizzato dalla autosufficienza di specifici regimi materiali rispetto all'ordinamento giuridico internazionale. Parallelamente, essa attesta una progressiva integrazione, tra gli interessi promossi dal diritto OMC, di valori diversi da quello della liberalizzazione degli scambi. Questa è certamente una finalità propria del sistema commerciale multilaterale, ma è considerata anche in una relazione dialettica rispetto al perseguimento di obiettivi più ampi, di ordine economico o sociale.

LE DROIT NON-ECRIT DANS LA JURISPRUDENCE DES TRIBUNAUX D'INVESTISSEMENT

Hervé ASCENSIO*

SOMMAIRE: I. L'imbrication du droit non-écrit et du droit écrit devant les tribunaux d'investissement. – A. Le droit non écrit comme droit applicable. – B. Le dialogue du droit écrit avec des concepts et modes de raisonnement non écrits – II. La fonction de systématisation du droit non-écrit. – A. Le droit non écrit comme synthèse d'une multitude d'écrits. – B. Le droit non écrit comme ensemble de valeurs et d'objectifs propres à un système. – Conclusion.

Il n'est guère surprenant que les organisateurs de ce colloque sur le droit non-écrit aient songé à inclure dans le programme une communication sur les tribunaux d'investissement. Depuis une vingtaine d'années, la branche du droit international économique consacrée à l'investissement a connu un essor remarquable en raison de l'émergence d'une forme spécifique d'arbitrage destinée à résoudre les litiges entre Etats et investisseurs étrangers. Dans ce cadre, les tribunaux arbitraux sont certes amenés à interpréter et à appliquer principalement des règles écrites, qu'il s'agisse de contrats, de traités ou d'actes unilatéraux. Mais la texture très ouverte du vocabulaire utilisé, notamment dans les traités de protection des investissements, et le besoin de compléter le droit applicable expliquent la place notable du droit non écrit dans leurs décisions.

Cette place est sans doute variable selon la configuration des affaires, car l'arbitrage d'investissement est divers. Une part minoritaire du contentieux est de nature exclusivement contractuelle. Au fond, le débat juridique portera alors sur le contrat lui-même et sur la loi applicable au contrat, laquelle intégrera le droit non-écrit plus ou moins largement, en fonction des traditions juridiques s'il s'agit d'un droit national – le plus fréquemment celui de l'Etat accueillant l'investissement –, ou en fonction du degré d'internationalisation du contrat – par référence aux principes de la *lex mercatoria* ou du droit international. Mais dans la majorité des affaires, environ les trois quarts,

* Professeur à l'Ecole de Droit de la Sorbonne (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne).

l'analyse penchera nettement vers le droit international public, car le consentement à l'arbitrage aura été donné par l'Etat d'accueil de l'investissement dans un traité conclu avec l'Etat de nationalité de l'investisseur, et la cause de l'action sera la violation dudit traité. Le droit non-écrit revêtira alors les habits du droit international général, interagissant avec le traité aussi bien pour en éclairer le sens que pour en préciser le régime, ainsi que les conséquences de sa violation en termes de responsabilité.

Pour autant, la complexité technique ne doit pas masquer l'enjeu central de la discussion, à savoir la possibilité d'identifier des règles ou principes généraux aptes à unifier la matière du droit international de l'investissement. Le droit non écrit est un moyen d'apporter une certaine cohérence au sein d'un ensemble normatif fragmenté. Cette préoccupation relative à la cohérence est, on le sait, centrale en doctrine ;[1] elle l'est tout autant pour les acteurs de l'investissement étranger, légitimement soucieux de sécurité juridique. Elle est plus marquée pour la partie du contentieux relevant du droit international public, où les traités sont nombreux et comportent nombre de dispositions imprécises, que pour la partie contractuelle, où la diversité des contrats est compensée par la précision de leur rédaction.

Dans le même ordre d'idées, il faut encore souligner la difficile émergence d'une rhétorique commune dans le droit international de l'investissement précisément en raison du mode de règlement des différends privilégié : l'arbitrage. Si chaque affaire est tranchée par un tribunal différent, le risque d'éclatement des interprétations est bien plus élevé que dans un système juridictionnel organisé et hiérarchisé. Dans le contentieux contractuel, ceci apparaîtra davantage comme une conséquence du principe – commun – d'autonomie de la volonté des parties que comme un danger. Le différend portera de toutes façons et principalement sur un document écrit spécifique, le contrat, régissant seulement les relations juridiques entre les parties. Il en va bien différemment dans le contentieux portant sur un traité, car les dispositions applicables régissent les relations juridiques entre les Etats parties et une multitude d'investisseurs étrangers actuels ou potentiels. De surcroît, et en raison même de la volonté commune des Etats, les clauses sont souvent similaires ou analogues d'un traité à l'autre, ce qui tend à multilatéraliser l'enjeu de l'interprétation. La divergence des

[1] Pour une critique de l'incohérence dans l'arbitrage d'investissement : S. D. FRANCK, *The Legitimacy Crisis in Investment Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, *Fordham Law Review*, vol. 73, 2005, pp. 1521-1625. Ce thème est récurrent dans la doctrine spécialisée.

interprétations devient dès lors un risque majeur pour la sécurité juridique. La référence commune au droit non écrit peut contribuer à le réduire.

Encore faut-il que le droit non écrit et ses interactions avec le droit écrit soient compris et appliqués avec une régularité suffisante par les tribunaux d'investissement pour produire l'effet recherché. La découverte – d'aucuns diraient la création – du droit non écrit est ici étroitement liée à l'existence d'un processus jurisprudentiel. A cet égard, il convient de dire un mot du débat relatif au « précédent » dans l'arbitrage d'investissement, ne serait-ce que pour justifier l'usage du terme « jurisprudence » dans l'intitulé de la présente communication.[2] On sait que son emploi est contesté, ou au moins relativisé, dans le droit classique de l'arbitrage. Or, dans l'arbitrage d'investissement, la référence aux décisions rendues antérieurement par d'autres tribunaux arbitraux fait pleinement partie du débat juridique, et ce d'autant plus que l'interprétation d'un traité est en cause. Le phénomène est facilité par les règles de procédure propres à l'arbitrage d'investissement, qui favorisent désormais grandement la publicité des sentences – contrairement à l'arbitrage commercial où la confidentialité reste de principe. On ne voit dès lors pas d'objection dirimante à parler de jurisprudence, dans le sens commun d'une synthèse des réponses apportées à une même question de droit par l'ensemble des décisions accessibles, ni même à parler d'une jurisprudence constante lorsque ces réponses sont concordantes. Le nombre total d'affaires portées devant des tribunaux d'investissement est désormais suffisamment élevé pour qu'un tel processus ait pu apparaître,[3] comme il était autrefois apparu dans l'arbitrage interétatique – héritage jurisprudentiel repris sans hésitation par la Cour internationale de Justice et les autres juridictions internationales.

[2] Sur ce débat, voir: E. GAILLARD, Y. BANIFATEMI (eds.), *Precedent in International Arbitration*, IAI Series on International Arbitration n°5, Juris Publishing, Huntington N.Y., 2008, pp. III-541; A. K. BJORKLUND, *Investment Treaty Arbitral Decisions as Jurisprudence Constante*, *in* C.B. PICKER, I. BUNN, D. ARNER (eds.), *International Economic Law: The State and Future of the Discipline*, Portland, 2008, pp. 265-280; M. AUDIT, *La jurisprudence arbitrale comme source du droit international des investissements*, in C. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, 2015, pp. 119-133.

[3] Selon les statistiques publiées par la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement [http://investmentpolicyhub.unctad.org/isds], à la fin de l'année 2015, 696 affaires connues et 442 affaires conclues avec le résultat suivant : 161 en faveur de l'Etat (36,4%); 116 en faveur de l'investisseur (26,2%); 114 règlements transactionnels (25,8%); reste interrompu pour d'autres raisons.

A titre d'illustration, il est de jurisprudence constante dans l'arbitrage d'investissement que le consentement à l'arbitrage puisse être donné par les parties au différend dans deux instruments juridiques distincts à deux moments différents : au moment de la requête et pour un litige spécifique s'agissant de l'investisseur ; dans une loi ou un traité et pour une catégorie très vaste de litiges potentiels, s'agissant de l'Etat.[4] Sans doute la Convention de Washington ayant créé le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) énonce-t-elle expressément à son article 25 que le consentement doit être exprimé « *par écrit* »; mais elle ne dit rien sur la forme de cet écrit, ni sur la possibilité de combiner deux instruments aux caractères juridiques très différents. La validité d'une rencontre de consentements émis dans de telles conditions ne résulte pas d'une norme écrite – pas plus la Convention de Washington que les autres règlements d'arbitrage utilisés pour résoudre les litiges d'investissement. Cette construction juridique assez souple en matière de consentement peut désormais être rangée parmi les principes non écrits de la matière.

Le droit non-écrit est donc bien présent devant les tribunaux d'investissement, tout particulièrement lorsque leur compétence est fondée sur un traité et que la réclamation porte sur la violation dudit traité. Cette présence marquée participe d'abord d'une interaction entre le particulier – en l'occurrence le traité – et le général – son environnement juridique –, ce qui permet de structurer la discussion juridique, d'éclairer le sens du droit écrit et d'en préciser les effets. Mais elle est également caractéristique d'une phase de construction d'une discipline, celle du droit international de l'investissement. L'appel à des règles ou principes généraux permet en effet de lutter contre l'éparpillement, de ramener la diversité à une certaine unité et, pour tout dire, d'ériger l'arbitrage et le droit international de l'investissement en système.

Nous étudierons donc dans un premier temps la manière dont droit écrit et droit non-écrit sont imbriqués et interagissent dans les décisions des tribunaux d'investissement, avant de mettre en évidence la fonction de systématisation remplie par le droit non-écrit dans ce contentieux hautement spécialisé.

[4] Le consentement dissocié a d'abord accepté par des tribunaux arbitraux constitués dans le cadre du CIRDI (*SPP c. Egypte*, affaire CIRDI No. ARB/84/3, décision sur la compétence, 14 avril 1988, et *AAPL c. Sri Lanka*, affaire CIRDI No. ARB/87/3, sentence finale, 27 juin 1990). Les tribunaux d'investissement suivant une autre procédure arbitrale l'ont également admis.

I. *L'imbrication du droit non-écrit et du droit écrit devant les tribunaux d'investissement*

Quel est le droit non-écrit invoqué devant les tribunaux d'investissement ? Une première manière d'aborder la question, sans doute la plus simple, est de penser en termes de droit applicable. Une seconde, qui s'avère essentielle pour la matière, consiste à s'intéresser aux concepts et aux modes de raisonnement non écrits dialoguant avec le droit écrit.

A. Le droit non écrit comme droit applicable

En droit international public, l'expression de « droit non écrit » désigne habituellement la coutume et les principes généraux de droit, au sens de l'article 38, paragraphe 1 (c), du Statut de la Cour internationale de Justice. Ceux-ci sont bien inclus dans les « *principes de droit international en la matière* » figurant à l'article 42 de la Convention de Washington, lequel prévoit, en l'absence de choix du droit applicable par les parties, l'application de ces principes – ou « *règles* » selon la version anglaise – conjointement avec le droit de l'Etat d'accueil de l'investissement.[5] Lorsque le consentement à l'arbitrage est fondé sur un traité, il peut advenir que ce traité contienne une clause de droit applicable, auquel cas il sera généralement fait référence au traité lui-même et aux principes ou règles du droit international. Si ce type de clause est susceptible d'inclure les traités liant les mêmes Etats, elle désigne aussi le droit international général – et plus évidemment lorsqu'il est question de « *principes* ». On citera ainsi l'article 30 du modèle de traité bilatéral d'investissement des Etats-Unis de 2012, qui mentionne les règles du droit international applicables aussi bien lorsque le litige porte sur une violation du traité que lorsqu'il porte sur une violation d'une autorisation donnée par l'Etat ou d'un contrat conclu avec l'Etat. Enfin, dès lors que l'interprétation d'un traité est en cause, qu'il s'agisse d'un traité de protection des investissements ou d'un traité relatif à la procédure arbitrale – Convention de Washington ou Convention de Maurice ou même Convention de New York –, il faut se souvenir de la méthode d'interprétation mentionnée à l'article 31, paragraphe 3 (c), de la Convention de Vienne sur le droit des traités,

[5] Voir C. H. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH and A. SINCLAIR, *The ICSID Convention – A Commentary*, Cambridge U.P., 2009, pp. 606-610.

selon laquelle doit être prise en considération « *toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties* ».[6]

L'ouverture au droit international non-écrit est dès lors plus marquée dans l'arbitrage d'investissement qu'elle ne l'est dans le contentieux de l'Organisation mondiale du Commerce (OMC), pour rester dans le champ du droit international économique. Il est possible de s'appuyer sur des dispositions *écrites* pour appliquer le droit international général, là où l'article 3 du Mémorandum d'Accord sur le règlement des différends de l'OMC n'offre pour seule ouverture que les règles coutumières d'interprétation. Si le débat bien connu sur l'isolement clinique dans le cadre du droit de l'OMC existe également dans l'arbitrage d'investissement, il est donc posé en des termes très différents car, *a priori*, le droit international général peut y trouver plus facilement une place.

De fait, l'application de principes du droit international est fréquente dans la pratique des tribunaux d'investissement. S'agissant du contentieux portant sur la violation d'un traité, elle concerne l'essentiel du droit de la responsabilité, depuis l'attribution jusqu'aux modalités de la réparation, même si les traités eux-mêmes peuvent contenir des éléments de *lex specialis*. Les questions portant sur le régime du traité peuvent sans doute être résolues en s'appuyant sur un texte, la Convention de Vienne sur le droit des traités; mais celle-ci est le plus souvent invoquée comme reflet de principes du droit international général, confirmés, précisés ou complétés par la jurisprudence. En matière de procédure, la Convention de Washington ou les règlements applicables sont certes précis; mais ils laissent tout de même en de nombreux points suffisamment d'espace pour que l'arbitre juge utile d'invoquer des principes généraux de droit tels *actori incumbit probatio*[7] ou l'interdiction de l'abus de droit.[8] Au fond, les dispositions conventionnelles sont comprises à la lumière de certains principes coutumiers comme le pouvoir de l'Etat de réglementer. Ceci conduit à une pesée des intérêts alors même que la lettre du traité est axée sur la protection de l'investisseur. Le tribunal arbitral dans l'affaire *Saur* a

[6] C. McLachlan, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, vol. 54/2, pp. 279-320.

[7] *Metal-Tech Ltd. c. The Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, sentence, 4 octobre 2013, § 237 (suivant CIJ, Nicaragua, *CIJ Recueil 1984*, p. 437, § 101).

[8] *Mobil Corporation e.a. v. Venezuela*, affaire CIRDI No. ARB/07/27, décision sur la compétence, 10 juin 2010, §§ 168-185.

ainsi estimé que « *[l]e fait que l'exercice légitime de pouvoirs de police ne constitue pas un délit international est un principe général du droit international coutumier* », d'où il résulte que l'indemnisation n'est pas forcément requise pour tout type d'atteintes à l'investissement résultant d'évolutions de la réglementation.[9]

Au demeurant, cette combinaison des différentes sources du droit international public n'est pas surprenante à partir du moment où l'on s'intéresse à un contentieux lié à l'interprétation et l'application d'un traité, fut-ce dans le contexte de litiges entre Etats et personnes privées. Toutefois, il convient peut-être d'avoir une vision plus ouverte du droit applicable, en raison du caractère hybride du droit international de l'investissement. Même lorsque l'on parle de litiges portant sur un traité, l'on ne saurait exclure que l'idée de droit non écrit puisse être à l'occasion étendue aux principes du droit de l'arbitrage, ou de la *lex mercatoria*, ou à des principes émergents propres à la discipline. On constate ainsi que, dans certaines sentences, la motivation mêle ces différents genres de principes d'une manière créative et syncrétique. L'interdiction de la corruption d'agents publics étrangers en est un parfait exemple : pour justifier l'existence de cette règle et en tirer des effets juridiques, les sentences s'appuient à la fois sur l'accumulation de textes de droit international public, tels des conventions internationales ou des résolutions d'organisations internationales, et sur la notion non-écrite d'ordre public transnational.[10]

B. Le dialogue du droit écrit avec des concepts et modes de raisonnement non écrits

L'influence du droit non écrit dans l'arbitrage d'investissement n'a pas pour seul vecteur le droit applicable, loin s'en faut. L'ouverture au droit non-écrit résulte de la manière même dont sont rédigés les traités d'investissement, à savoir en recourant à des termes à la fois similaires et vagues. Les principales règles substantielles se résument le plus souvent à la protection contre l'expropriation directe ou indirecte et au traitement juste et équitable, sans explicitation. De telles clauses, y compris lorsqu'elles comportent des variations de rédaction, ne peuvent acquérir une signification que par référence à un langage commun, extérieur au

[9] *SAUR International S.A. c. République argentine*, affaire CIRDI No. ARB/04/4, décision sur la compétence et la recevabilité, 6 juin 2012, § 398.

[10] *World Duty Free c. Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, sentence, 4 octobre 2006, §§ 138-157; *Metal-Tech Ltd. c. The Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, sentence, 4 octobre 2013, §§ 290-292.

traité lui-même et présent sous une forme diffuse dans la discipline du droit international public. Comme l'explique la sentence rendue dans l'affaire *Saluka*, à propos de l'expression de « *privation de propriété* » figurant dans le traité applicable, « *[i]t is clear that the notion of deprivation (...) is to be understood in the meaning it has acquired in customary international law* ».[11] Il en va de même pour la notion d'expropriation indirecte, qui s'appuie sur diverses théories jurisprudentielles et dont les contours exacts restent incertains.[12] A vrai dire, les termes ou expressions contenus dans les traités et faisant écho au droit international général sont légion et conduisent, dans les mémoires des parties comme dans la motivation des sentences, à des formes d'argumentation oscillant en permanence entre la référence à la *lex specialis* du traité et la référence à la *lex generalis* du droit international général.

L'étroit rapport avec le droit non-écrit va donc bien au-delà des quelques hypothèses où le traité renvoie expressément à la coutume, comme dans quelques clauses de traitement mentionnant le « *standard minimum de protection des étrangers* », à l'instar de l'Accord de libre-échange nord-américain. Dans ce dernier cas, l'on sait que les Etats concernés ont jugé utile de préciser par une note interprétative que le texte conventionnel n'allait pas au-delà du droit coutumier, de manière à distinguer cette formulation d'autres, bien plus répandues, mentionnant un traitement « *juste et équitable* », et qui seraient propres au droit conventionnel.[13] Mais la jurisprudence a aussi intégré dans le traitement juste et équitable des règles comme l'absence d'arbitraire, la transparence du cadre juridique ou les attentes légitimes, qui ont toutes les caractéristiques de principes non écrits du droit international.[14] De plus, la différence avec le « standard minimum » est le plus souvent réduite au standard de preuve, ce qui est une pure construction

[11] Permanent Court of Arbitration (under UNCITRAL Rules), *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, Partial Award, 17 mars 2006, § 261.

[12] Voir notamment A. REINISCH, *Expropriation*, in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO and C. SCHREUER (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, 2008, pp. 420-458; S. H. NIKIEMA, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, PUF, Paris, 2012, pp. xx-371; A. DE NANTEUIL, *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, Pedone, Paris, 2014, pp. 650.

[13] NAFTA Free Trade Commission, *Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions*, 31 juillet 2001.

[14] Pour les attentes légitimes comme principe général de droit, voir *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, affaire CIRDI No. ARB(AF)/09/1, sentence, 22 septembre 2014, §§ 575-576.

jurisprudentielle,[15] et cette différence-même est parfois fortement relativisée.[16] Le droit non écrit est ainsi appelé en renfort pour donner un contenu à des énoncés conventionnels servant de réceptacles.

Cette discussion conduit à relever l'importance, pour le droit substantiel de l'investissement, de la notion de « standard », c'est-à-dire d'un modèle de comportement renvoyant au sens commun, ou encore à une conception habituellement partagée par les acteurs du domaine considéré. Il est loisible d'y voir un mode spécifique de production normative, même s'il y a là matière à controverse. En tout cas, force est de constater que les Etats ont souvent fait le choix de renvoyer, par une formule synthétique telle que le « traitement juste et équitable » ou la « protection pleine et entière », à un ensemble de notions, principes, critères ou règles extérieurs au traité, non écrits, censément connus des praticiens, et dont l'effet normatif exact doit être ajusté en fonction du contexte factuel.

Faut-il aller plus loin et inclure dans le droit non-écrit des habitudes, des modes de raisonnement, des éléments de culture juridique ou de logique déontique, lesquels interagiront avec le droit écrit ? Très certainement. Les décisions des tribunaux arbitraux sont remplies de « théories », de « doctrines », de « tests », ou de « standards » – à comprendre ici comme des techniques d'évaluation plutôt que des normes substantielles –, auxquels les traités font rarement référence de manière expresse, mais qui permettent de mettre en œuvre leurs dispositions. Par exemple, afin de préciser quel genre d'effet négatif une mesure étatique doit produire sur un investissement pour être qualifiée d'expropriation indirecte, la jurisprudence utilise, selon les cas, une évaluation à l'aune d'un groupe de critères, la théorie de l'effet significatif, ou encore un test de proportionnalité.[17] De même, les tribunaux procèdent à un examen du bien fondé des réclamations au stade de la compétence en s'appuyant sur un standard ou un test *prima*

[15] Les tribunaux d'investissement opposent inlassablement le standard de preuve de la vieille sentence *Neer* (General Claims Commission Mexico-United States, *Neer* (LFH Neer and Pauline Neer), 15 octobre 1926, *RIAA*, vol. IV, p. 61-62) à celui posé par la Cour internationale de Justice dans *Elettronica Sicula* (CIJ, chambre, *Elettronica Sicula (Etats-Unis c. Italie)*, jugement du 20 juillet 1989, *Recueil CIJ 1989*, p. 76, § 128).

[16] *Glamis Gold v. United States of America* (en application du règlement CNUDCI), sentence, 8 juin 2009, § 616.

[17] Respectivement : *Pope & Talbot Inc. v. Canada*, (en application du règlement CNUDCI), sentence partielle, 26 juin 2000, § 100; *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, affaire CIRDI No. ARB(AF)/97/1, sentence, 30 août 2000, § 103; *TECMED v. United Mexican States*, affaire CIRDI No. ARB(AF)/00/2, sentence, 29 mai 2003, § 122.

facie, d'utilisation courante dans le contentieux international.[18] De telles méthodes d'argumentation conduisent à une forme de prévisibilité et à une réduction du pouvoir discrétionnaire confié aux arbitres, tout en étant rarement présentées comme relevant de la coutume ou d'un principe général de droit.

Si l'on prend en considération l'ensemble de ces méthodes de production normative, on comprend mieux à la fois l'importance du droit non-écrit et la complexité du débat juridique devant les tribunaux d'investissement.

II. *La fonction de systématisation du droit non-écrit*

Au-delà de l'enrichissement du tissu normatif, le droit non écrit est également appelé à assurer une fonction de systématisation du droit international de l'investissement, répondant à un besoin social de cohérence et de stabilité. En l'absence de vaste convention multilatérale servant de socle à la discipline, le droit non-écrit offre un langage commun grâce à la synthèse d'écrits nombreux et dispersés. Il contient également des valeurs et objectifs susceptibles de structurer la matière et d'en orienter les évolutions.

A. Le droit non écrit comme synthèse d'une multitude d'écrits

Il y a aujourd'hui pléthore d'écrits portant sur la protection par le droit international des investissements étrangers, qu'il s'agisse de traités, de décisions de tribunaux internationaux, de résolutions ou rapports d'institutions internationales telles l'OCDE ou la CNUCED, de travaux doctrinaux. Il est par ailleurs classique, dans la tradition positiviste, de souligner le rôle de l'autorité en charge de dire le droit – ici les arbitres – dans la formation des règles coutumières et des principes généraux de droit. En effet, le droit non-écrit n'accède souvent à la pleine reconnaissance juridique qu'à travers la motivation écrite de certains actes. Le phénomène est encore plus marqué si l'on retient, comme cela a été fait plus haut, une conception du droit non-écrit élargie à des standards, concepts, théories, maximes, *etc*. C'est l'arbitre qui, *in fine*, sélectionnera les précédents significatifs, les bonnes pratiques, les

[18] Récemment: *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, affaire CPA No. 2013-12 (en application du règlement CNUDCI), sentence sur la compétence et la recevabilité, 20 mai 2014, §§ 206-220.

concepts à creuser, les tests à appliquer, et les donnera à voir dans sa décision. Dans ces conditions, peut-on encore parler de droit non-écrit ?

La réponse reste, selon nous, positive car la règle de droit n'émerge que progressivement d'un processus complexe synthétisant toutes ces expressions juridiques. Les tribunaux arbitraux y prennent une part importante, mais dans un échange constant avec d'autres lieux de réflexion, de proposition et de formulation de règles. C'est l'ensemble de ce processus non clairement formalisé, mais allant au-delà du spontané, qui produit le droit « non écrit » tel que décrit dans la première partie de cette contribution. Il est non écrit car il faut, pour l'identifier, consulter un grand nombre d'écrits dispersés et prendre en considération des modes de raisonnement, des éléments de culture juridique et des contraintes sociologiques informulés.

Le traitement juste et équitable peut à nouveau servir d'exemple. De très nombreux traités le mentionnent, en ajoutant parfois quelques éléments de définition ou d'illustration. Une première signification approximative existait donc dans l'esprit des négociateurs de ces traités. Mais sa signification actuelle est apparue grâce à la synthèse opérée par la jurisprudence arbitrale, aboutissant à une règle juridique au contenu certes complexe mais stabilisé. Ses composantes ont pour partie été obtenues par généralisation de termes figurant dans certains traités, comme l'absence de mesures arbitraires, l'absence de discrimination, la transparence du droit interne. Des principes de bonne foi, de confiance et de sécurité juridique ont été déduits la stabilité du cadre juridique – qui a aussi un point d'appui dans certains préambules de traité – et, surtout, les attentes légitimes, devenues centrales dans le raisonnement juridique. Le standard de preuve – à savoir ce qui surprend le sens de la correction juridique – provient de la Cour internationale de Justice, qui l'avait formulé dans *Elettronica Sicula* pour définir le terme « arbitraire ».[19] Les références à divers précédents, à des opinions doctrinales, à certains droits internes sont venues cimenter l'ensemble.

La sédimentation a également eu lieu s'agissant du régime de responsabilité applicable lorsque la violation d'un traité est en cause. L'attribution d'un comportement à l'Etat a d'abord été tâtonnante dans les décisions des tribunaux arbitraux, utilisant *grosso modo* les critères organique et fonctionnel bien connus des internationalistes, avant que ne soient systématiquement utilisés les articles 4 à 8 des Articles de 2001 sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. Entretemps la Commission du droit international avait adopté lesdits

[19] Voir *supra*, note 15.

articles ; mais pourquoi ce texte est-il devenu déterminant ? Si l'on suit la sentence *Jan de Nul*, il est utilisé seulement par analogie, car les Articles – lus dans leur ensemble – ne s'appliquent qu'aux cas d'invocation de la responsabilité d'un Etat par un autre Etat, et non par une personne privée comme dans le contentieux international de l'investissement.[20] Pour autant, le fait de placer le droit de la responsabilité de l'Etat dans l'orbite du droit international public général est un réflexe largement partagé, faute sans doute d'alternative plus convaincante. La discussion sur la réparation est elle aussi en train d'évoluer dans cette direction de manière à consolider le droit applicable durant la dernière phase du contentieux.[21] Le principe de réparation intégrale est alors invoqué en citant l'affaire de l'*Usine de Chorzow* devant la Cour permanente de Justice internationale, ainsi que l'article 31 des Articles de 2001.[22] Tout cela montre comment, par emprunts et ajustements successifs, le droit non-écrit émerge de la jurisprudence et permet de structurer la matière – ici en clarifiant le rapport entre règles primaires et règles secondaires.

Ceci étant, l'œuvre de synthèse peut aussi échouer. Le débat sur l'application de la clause de la nation la plus favorisée au mécanisme de règlement des différends contenu dans les traités d'investissement en constitue sans doute la meilleure illustration. Face à l'insuffisante précision de l'écrit, les tribunaux arbitraux ont tenté d'utiliser le principe *ejusdem generis*, seul principe général portant sur cette clause récurrente dans plusieurs branches du droit international public, mais sans que cela mette un terme aux désaccords, aussi bien des parties que des tribunaux arbitraux.[23] L'idée d'une présomption, soit en faveur soit en défaveur de l'extension de la clause aux droits procéduraux des investisseurs, n'a pas non plus convaincu l'ensemble des tribunaux arbitraux. Certains tribunaux arbitraux se sont appuyés sur une distinction entre compétence et recevabilité, relevant de la théorie générale du contentieux ; mais elle ne s'est pas – encore ? – imposée.[24] Les récents travaux de la

[20] *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, affaire CIRDI No. ARB/04/13, sentence du 6 novembre 2008, § 156.

[21] Les traités n'évoquent la réparation qu'à propos de l'indemnisation due à l'investisseur en tant que condition d'une expropriation licite.

[22] *Quiborax S.A. and Non Metallic Minerals S.A. v. Plurinational State of Bolivia*, affaire CIRDI No. ARB/06/2, sentence, 16 septembre 2015, § 326.

[23] Pour une étude transversale, voir C. CREPET DAIGREMONT, *La clause de la nation la plus favorisée*, Pedone, Paris, 2015, pp. 506.

[24] *Hochtief AG v. The Argentine Republic*, affaire CIRDI No. ARB/07/31, decision sur la compétence, 24 octobre 2011, §§ 94-96; Cour suprême des Etats-Unis, *Argentina v.*

Commission du droit international sur le sujet se sont achevés par de simples directives d'interprétation.[25] C'est donc le constat d'une diversité des clauses et d'une réelle difficulté à en déterminer le sens qui l'emporte, sans autre forme de synthèse. La seule solution reste l'écrit, c'est-à-dire la rédaction dans les traités d'investissement d'une clause de la nation la plus favorisée plus précise, incluant ou excluant expressément la clause d'arbitrage mixte. Du moins les termes du débat, et conséquemment les arguments des parties, sont-ils aujourd'hui parfaitement prévisibles.

B. Le droit non écrit comme ensemble de valeurs et d'objectifs propres à un système

Un autre facteur de systématisation est l'existence de valeurs et d'objectifs donnant une certaine cohérence à un groupe de normes, tout en guidant leur interprétation et leur évolution. Le droit non-écrit joue ici un rôle majeur, car il innerve l'ensemble d'un système normatif, lui donne son esprit ou encore sa *ratio*. Dans le droit international de l'investissement, quelques principes généraux ont ainsi émergé et produit des effets remarquables, comme la bonne foi et la transparence. Il n'est pas certain qu'ils soient déjà suffisamment coordonnés, ni entre eux, ni avec le droit écrit ; mais le débat donne des indications sur le degré de maturité et d'autonomie de la matière.

La bonne foi, avec ses déclinaisons, a eu et continue à avoir une fonction qui va très au-delà d'un principe d'interprétation et d'exécution des traités. Dans le cadre du traitement juste et équitable, elle a permis, comme indiqué *supra*, d'introduire un raisonnement fondé sur les attentes légitimes. Elle justifie également la protection des « engagements spécifiques » donnés par l'Etat à l'investisseur, soit dans ce même cadre, soit dans celui de l'expropriation. Elle intervient encore dans la procédure arbitrale, en négatif cette fois, sous l'angle de l'abus de droit ou de l'abus de procédure. Régulièrement invoquée par l'Etat en défense, la théorie de l'abus de procédure a été clairement admise dans une hypothèse au moins par la jurisprudence : lorsqu'un groupe international de sociétés est restructuré après le déclenchement d'un litige d'investissement avec un Etat à seule fin de bénéficier d'un traité

BG Group PLC, 572 U.S., p. 8, 5 mars 2014, opinion de la Cour (Juges Scalia, Thomas, Ginsburg, Alito et Kagan JJ, rejoints par le Juge Breyer).

[25] *Rapport de la Commission du droit international*, Soixante-Septième Session (4 mai-5 juin and 6 juillet-7 août 2015), UN Doc. A/70/10, Annexe: *Rapport final du Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée*, §§ 161 s.

offrant un accès à l'arbitrage contre cet Etat.[26] La conséquence est l'incompétence du tribunal arbitral. La lettre des traités peut ainsi être neutralisée par un principe non écrit, dans le souci de préserver la cohérence du système arbitral et d'encadrer le phénomène dit du « *treaty shopping* ». D'autres formes d'abus ont été encadrées à la fois par la jurisprudence, l'amendement des règlements de procédure et la rédaction de nouvelles clauses conventionnelles. L'on pense notamment aux procédures abusives car manifestement mal fondées, avec la mise en place d'une procédure accélérée dans le règlement du CIRDI ou encore dans les traités récemment négociés par l'Union européenne,[27] parallèlement à la reconnaissance en jurisprudence d'un contrôle *prima facie* au fond des réclamations – précédemment évoqué.

De même, la transparence dans l'arbitrage d'investissement s'est progressivement imposée comme une valeur porteuse de différenciation avec l'arbitrage commercial international.[28] Elle couvre à la fois la question de la participation des tiers à la procédure et celle de la publicité. Il est vrai que la part due à la jurisprudence est restée limitée et a concerné seulement l'acceptation des *amici curiae*. Mais la valeur sous-jacente a plus largement orienté le débat au sein de la communauté des spécialistes et a conduit à des évolutions notables : amendement du règlement d'arbitrage du CIRDI en 2006 ; adoption par la CNUDCI d'un règlement sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondés sur un traité, entré en vigueur le 1er avril 2014 ; négociation puis adoption le 10 décembre 2014 de la Convention sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondé sur un traité (Convention de Maurice). L'idée d'une spécificité liée à l'intérêt public en cause dans ce type d'arbitrage fait d'ailleurs écho à l'exigence de transparence incombant à l'Etat au titre des règles substantielles.

[26] *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, affaire CIRDI No. ARB/06/5, sentence, 15 avril 2009, §§ 135-145; *Mobil Corporation e.a. v. Venezuela*, affaire CIRDI No. ARB/07/27, décision sur la compétence, 10 juin 2010, §§ 167-206; *Pac Rim Cayman LLC v. El Salvador*, affaire CIRDI No. ARB/09/12, décision sur la compétence, 1er juin 2012, §§ 2.1-2.110; *Tidewater e.a.* v. Venezuela, affaire CIRDI No. ARB/10/5, décision sur la compétence, 8 février 2013, §§ 144-198; *ConocoPhillips e.a. v. Venezuela*, affaire CIRDI No. ARB/07/30, décision sur la compétence et le fond, 3 septembre 2013, §§ 268-281.

[27] Article 41 § 5 du Règlement d'arbitrage du CIRDI tel qu'amendé en 2006; article X.29 du Comprehensive Economic and Trade Agreement (Canada – Union européenne); article 9.23 de l'Accord de libre-échange entre l'Union européenne et Singapour (la dernière version du texte de ces deux accords est accessible sur: http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/).

[28] Sur cette évolution, voir E. DE BRABANDERE, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law*, Cambridge U.P., 2014, pp. 148-174.

La réflexion sur les valeurs et objectifs du droit international de l'investissement et/ou de l'arbitrage d'investissement est importante aussi pour ce qu'elle révèle d'hésitation quant aux contours exacts d'un supposé système ou sous-système juridique, et quant au degré d'autonomie de cette matière par rapport soit à l'arbitrage commercial, soit au droit international public. Si les principes font parfois pencher la jurisprudence du côté de la spécificité, il en va différemment à d'autres moments. On en veut pour preuve la réaction des tribunaux arbitraux saisis parallèlement d'affaires substantiellement identiques par des parties étroitement liées. La jurisprudence a retenu jusqu'à présent une interprétation très étroite des principes *res judicata* et *lispendens*, reposant sur le strict respect de la théorie dite des trois identités – des parties, de l'objet du différend, de la cause de l'action.[29] Si cette approche a des mérites dans le contentieux contractuel, elle soulève un risque systémique plus important dans le contentieux lié à la violation d'un traité, comme l'ont illustré les affaires *Lauder* et *CME*.[30] Là où l'interdiction de l'abus de droit et l'intérêt public plaideraient en faveur de la consolidation ou de l'irrecevabilité, le principe du respect du consentement des parties et les « *principes généraux de l'arbitrage international* » s'y opposent en l'absence de fondement textuel et d'accord des parties.[31] Seule l'évolution du droit écrit, en cours pour certains traités récents,[32] permet de dépasser le conflit de valeurs en prévoyant une procédure de consolidation obligatoire.

[29] Pour une présentation de la discussion et des difficultés soulevées par les procédures parallèles, voir C. BROWER et J. SHARPE, *Multiple and Conflicting International Arbitral Awards*, *The Journal of World Investment*, April 2003, vol. 4, n°2, pp. 211-222; B. M. CREMADES et I. MADALENA, *Parallel Proceedings in International Arbitration*, *Arbitration International*, 2008, vol. 24, n°4, pp. 507-540; A. REINISCH, *The Issues Raised by Parallel Proceedings and Possible Solutions*, in M. WAIBEL e.a. (eds.), *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Kluwer Law International, The Hague, 2010, pp. 113-126; H. WEHLAND, *The Coordination of Multiple Proceedings in Investment Treaty Arbitration*, Oxford U.P., 2013, pp. xxxix-261.

[30] *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic* (en application du règlement CNUDCI), sentence finale, 3 septembre 2001; *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. The Czech Republic* (en application du règlement CNUDCI), sentence finale, 14 mars 2003.

[31] En ce sens, *Giovanni Alemanni and Others v. The Argentine Republic*, affaire CIRDI No. ARB/07/8, décision sur la compétence et la recevabilité, 17 novembre 2014, § 284.

[32] Le modèle de traité bilatéral des Etats-Unis de 2012 et les traités négociés par l'Union européenne prévoient une procédure susceptible d'aboutir à la consolidation obligatoire des « *réclamations ayant une question de droit ou de fait en commun et survenues à propos des mêmes évènements ou circonstances* ».

Conclusion

Le droit non-écrit est très présent devant les tribunaux d'investissement et a été beaucoup sollicité pour enrichir un droit écrit souvent vague ou incomplet. Sans doute, depuis quelques années, une nouvelle génération de traités modifie-t-elle assez sensiblement le droit international de l'investissement en recourant à des clauses plus détaillées et en intégrant dans le droit écrit des éléments jusqu'ici non écrits. Le pouvoir de l'Etat de réglementer, les attentes légitimes, le contrôle de proportionnalité en matière d'expropriation indirecte sont ainsi mentionnés dans les traités négociés par l'Union européenne avec le Canada et avec Singapour. Mais ce vocabulaire reste lui-même relativement ouvert. De surcroît, de nouvelles préoccupations sont apparues, comme une meilleure prise en compte de l'intérêt public ou l'intégration de valeurs non strictement économiques. Elles ont conduit à l'ajout, dans les traités les plus récents, de nouveaux concepts flous tels que le développement durable ou la responsabilité sociétale des entreprises. L'imbrication du droit écrit et du droit non écrit semble donc appelée à durer dans le contentieux de l'investissement.

De même la recherche de cohérence devrait-elle durer. La référence au droit non-écrit a certes contribué à ancrer l'idée que le complexe de normes, d'institutions et de procédures internationales dédiées à la protection de l'investissement étranger faisait système. L'œuvre de synthèse réalisée par les tribunaux arbitraux est à cet égard remarquable et a aussi fait émerger des valeurs et objectifs imprégnant l'ensemble de ce domaine du droit. Pour autant, la construction est imparfaite. Certaines tensions perdurent entre les principes venus de disciplines différentes et le débat reste vif sur de nombreux points au sein de la communauté épistémique observant et participant à l'arbitrage d'investissement. Seul le droit écrit permet de dépasser certaines de ces tensions, avec la rédaction de nouvelles clauses conventionnelles ou l'adoption de nouvelles règles de procédure. Mais en l'absence persistante d'un socle multilatéral, le processus est quelque peu chaotique et continue à s'appuyer sur le droit non-écrit en tant que langage commun.

Au total, le rapport dialectique entre droit écrit et droit non-écrit reste, à nos yeux, le principal ressort de l'évolution du droit international de l'investissement. Et la jurisprudence des tribunaux d'investissement nourrit cette dynamique.

SECONDA SESSIONE PARALLELA

DIRITTI UMANI E DIRITTO INTERNAZIONALE PENALE

Presidenza
FLAVIA LATTANZI

IL DIRITTO NON SCRITTO NEL SISTEMA DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI

Massimo STARITA*

SOMMARIO: 1. Introduzione e delimitazione del campo d'indagine. – 2. Il modello dei rapporti tra diritto generale e trattati tradizionalmente usato nella giurisprudenza internazionale. – 3. L'autonomia della Corte europea dei diritti dell'uomo rispetto al modello tradizionale. Possibilità di ricostruire – dietro ad alcune formule ricorrenti – una pluralità di approcci nella giurisprudenza della Corte. – 4. Primo orientamento: sostanziale adeguamento al modello tradizionale. – 5. Secondo orientamento: limiti alla "presunzione di conformità". – 6. Terzo orientamento: limiti al "principio d'integrità" e connesse tecniche di "manipolazione" della norma generale: *a*) la ricostruzione di eccezioni. – 7. *Segue*: *b*) l'interpretazione autonoma. – 8. *Segue*: *c*) l'impiego combinato delle due tecniche precedenti. – 9. Quarto orientamento: il bilanciamento in senso stretto. – 10. Conclusioni.

1. *Introduzione e delimitazione del campo d'indagine*

È un dato di fatto che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi anche semplicemente Convenzione) ed i suoi Protocolli rinviano espressamente, in varie disposizioni, al diritto internazionale non scritto, ed in particolare ai principi generali, sia sotto la forma di principi di diritto riconosciuti dalle nazioni civili che in quanto principi generali del diritto internazionale.

Tali richiami si trovano, in particolare, nell'art. 7, par. 2, della Convenzione, in relazione al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*[1], nell'art. 35, par. 1, sempre della Convenzione, per quanto riguarda la regola del previo esaurimento delle vie di ricorso interne, quale condizione di ricevibilità dei ricorsi[2] e nell'art. 1, primo comma, del Protocollo ad-

* Associato di Diritto internazionale, Università degli Studi di Palermo.

[1] "Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili".

[2] "La Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, come inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva".

dizionale, in materia di diritto di proprietà[3]. Alle disposizioni da ultimo richiamate si aggiungono poi altre norme che integrano ipotesi di rinvio al diritto internazionale *tout court*, e in particolare l'art. 7, par. 1, ancora in tema d'irretroattività della legge penale[4], e l'art. 15, par. 1, della Convenzione, in tema di deroghe in caso d'urgenza[5].

Accade spesso, poi, che il diritto non scritto sia invocato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi anche semplicemente Corte) anche al di fuori delle materie "coperte" dalle disposizioni di rinvio ai principi generali o, più semplicemente, al diritto internazionale, che abbiamo ora ricordato. I giudici di Strasburgo non hanno avuto difficoltà ad applicare norme internazionali generali (in linea di principio, quindi, non scritte) in rapporto ad una vasta gamma di tematiche, tra le quali l'interpretazione dei trattati, la responsabilità internazionale degli Stati, la successione degli Stati nei trattati, l'immunità dalla giurisdizione civile, ecc.

L'esistenza di una ormai vasta giurisprudenza permette di comprendere che il fenomeno solleva molteplici questioni. Alcune sono di carattere particolare: riguardano cioè la singola norma consuetudinaria o il singolo principio generale di volta in volta richiamato e attengono per lo più al problema dell'esatta determinazione del suo contenuto o della sua portata da parte della Corte. Altre, invece, sono di carattere generale. Tra queste ultime, si può pensare in primo luogo al problema delle *funzioni* che il diritto non scritto è chiamato a svolgere nel sistema. A tale riguardo, ci si potrebbe chiedere se nel sistema convenzionale il diritto internazionale non scritto svolga le stesse funzioni che abitualmente si ritiene svolga in rapporto ai trattati (vale a dire una funzione di tipo interpretativo, un'altra attinente all'integrazione delle lacune, ed un'altra ancora di ausilio nell'applicazione dei trattati[6]) o se, invece, il rapporto di com-

[3] "Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale".

[4] "Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale".

[5] "In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale".

[6] Distingue queste tre funzioni, nella giurisprudenza internazionale, il Tribunale arbitrale Iran – Stati Uniti, nella sentenza *Amoco*, al par. 112, nel modo seguente: "As a *lex specialis* in the relations between the two countries, the Treaty supersedes the *lex generalis*, namely customary international law. This does not mean, however, that the latter is irrelevant in the instant case. On the contrary, the rules of customary law may be useful

plementarietà tra diritto generale e trattati non si presenti in rapporto alla Convenzione anche sotto altre forme[7]. Un secondo problema di carattere generale è quello dell'accertamento del diritto non scritto ed ha a che fare con alcune questioni di tipo metodologico attualmente oggetto dei lavori della Commissione di diritto internazionale. In tale contesto, ci si potrebbe soffermare sui criteri seguiti dalla Corte nella rilevazione del diritto non scritto[8]. Un terzo problema di carattere generale è di tipo con-

in order to fill in possible *lacunae* of the Treaty, to ascertain the meaning of undefined terms in its text or, more generally, to aid interpretation and implementation of its provisions" (*Amoco International Finance Corporation v. Iran, National Iranian Oil Company, National Petrochemical Company and Kharg Chemical Company (Case No 56)*, in *International Law Reports*, vol. 83, p. 500 ss., par. 112).

[7] Da questo punto di vista, si potrebbe rilevare, per esempio, che una norma internazionale generale può essere presa in considerazione dalla Corte, oltre che per svolgere una delle tre funzioni ricordate, anche quale elemento rilevante nel controllo di *proporzionalità* di misure statali di restrizione dei diritti garantiti. In altri termini, il fatto che una misura restrittiva sia stata adottata da uno Stato al fine di rispettare una norma internazionale costituisce un elemento (un "material factor") per stabilire se la misura stessa sia compatibile con la Convenzione, perché persegue uno scopo legittimo ed in quanto necessaria in una società democratica. Questo è il caso, come noto, delle norme in materia d'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile nei ricorsi su pretese violazioni del diritto di accesso al giudice.

[8] Sotto questo diverso profilo, si potrebbe descrivere l'atteggiamento della Corte di fronte al diritto internazionale non scritto, e in particolare, al diritto consuetudinario, come un atteggiamento deferente nei riguardi di altre "autorità". Sul piano dell'accertamento, molto raramente la Corte individua i fatti che possono costituire la prova dell'esistenza della norma consuetudinaria, ma si limita ad attenersi all'accertamento compiuto da un altro giudice o organo internazionale, che assume la veste di un'autorità, e che di solito è la Corte internazionale di giustizia, o in certi casi la Commissione di diritto internazionale. L'accertamento dello *jus non scriptum* si risolve così nell'uso dell'argomento autoritativo o *ab exemplo* (per delle esplicite "ammissioni" in tal senso v. I. ZIEMELE, *Customary International Law in the Case Law of the European Court of Human Rights – The Method*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12 (2013), p. 243 ss., 245, 248). Ciò induce a formulare una seconda osservazione, e cioè che la Corte opera più che come un rilevatore, come un interprete di consuetudini. Si è detto che la norma consuetudinaria usata dalla Corte assume, nella maggior parte dei casi, i contorni che ad essa sono stati riconosciuti in una sentenza della Corte, in un progetto della Commissione di diritto internazionale, o magari in una convenzione di codificazione. Ma questi sono dei testi scritti e, come ogni testo scritto, si aprono all'interpretazione degli operatori giuridici. La tendenza della Corte a ritagliarsi raramente un ruolo autonomo nell'accertamento della consuetudine e ad accettare l'accertamento già compiuto da altre "autorità" potrebbe spiegare il fatto che la sua giurisprudenza, benché considerata, in linea di principio, rilevante ai fini della possibile ricostruzione di regole metodologiche, non abbia trovato finora largo spazio nei rapporti del relatore Speciale Woods nell'ambito dei lavori della Commissione sul tema indicato prima sotto la rubrica *Formation and evidence of customary international law*, e poi *Identification of customary international law* (vedi un riferimento alla giurisprudenza della Corte nel primo rapporto, A/CN.4/663, par. 82).

cettuale/definitorio. L'espressione "diritto non scritto" rinvia, infatti, a fenomeni giuridici diversi: consuetudine; principi generali; desuetudine; prassi successiva alla conclusione di un trattato ai fini dell'interpretazione o della modificazione del trattato stesso; *jus cogens*[9], eccetera. Ci si potrebbe allora chiedere se le prime due questioni cui si faceva cenno, rispettivamente riguardanti l'accertamento del diritto non scritto e le funzioni che quest'ultimo è chiamato a svolgere nel sistema convenzionale, siano affrontate dalla Corte in modo differenziato, a seconda della categoria normativa cui appartiene la norma di volta in volta richiamata, o piuttosto in modo unitario, senza dar troppo peso a queste differenze, per esempio a quella tra regole consuetudinarie e principi generali.

Eccezion fatta per le brevi considerazioni svolte nelle note precedenti, in questo studio non mi occuperò delle questioni accennate, anche perché sono oggetto – in particolare le prime due – di attenzione crescente da parte della dottrina[10]. Mi occuperò, invece, di una questione, anch'essa di carattere generale, che in un certo senso sta "dietro" alle tematiche cui ho appena fatto riferimento, condizionandole. Mi riferisco al problema di capire se la Corte abbia elaborato una particolare *concezione* dei rapporti tra diritto generale (non scritto) e sistema convenzionale, un modello al quale fare riferimento per stabilire a quali condizioni e secondo quali modalità la norma generale sia applicabile nel sistema, oppure se, invece, la Corte si ispiri al modello tradizionale, prevalentemente usato nella giurisprudenza internazionale, in tema di rapporti tra diritto generale e trattati.

[9] A causa della mancanza di norme scritte che si occupino di *jus cogens*, a parte gli articoli 53 e 64, e gli articoli ad essi correlati, della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, l'identificazione delle norme cogenti e la ricostruzione degli effetti che derivano dal riconoscimento di una certa norma come fondamentale sono essenzialmente dei problemi di diritto non scritto. È questo forse l'unico elemento comune ai diversi approcci metodologici che possono essere impiegati per la soluzione dei problemi medesimi, che siano di tipo deduttivo o, invece, induttivo. Per una ricostruzione di questi approcci v. C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*[2], vol. I, Padova, 2012, p. 273 ss.

[10] Accanto a lavori dedicati specificamente alla tematica dell'impiego del diritto internazionale *generale* da parte della Corte, stanno altri contributi che affrontano la questione, collocandola dentro quella più ampia dei rapporti tra la Cedu e il diritto internazionale inteso complessivamente, tanto generale quanto convenzionale. Come esempio del primo tipo, v., tra gli altri, F. VANNESTE, *General International Law Before Human Rights Courts*, Antwerp/Oxford/Portland, 2010; come esempi del secondo genere di lavori, vedi, invece, C. BINDER, K. LACHMAYER, *The European Court of Human Rights and Public International Law. Fragmentation or Unity?*, Baden-Baden, 2014; M. FOROWICZ, *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford, 2010. Ai lavori appena citati si rinvia per gli ampi riferimenti bibliografici.

2. *Il modello dei rapporti tra diritto generale e trattati tradizionalmente usato nella giurisprudenza internazionale*

Per proseguire nell'indagine, occorre allora, in primo luogo, descrivere il modello tradizionale. Mi riferisco ad un modo di procedere comune ai giudici ed agli arbitri internazionali che imposta i rapporti tra diritto generale e trattati a partire da due concetti fondamentali.

Il primo concetto attiene alle *condizioni per il funzionamento* della norma generale ed è la *presunzione di conformità*. Il concetto fu formulato dalla Commissione per i reclami tra Francia e Messico, in una decisione del 19 ottobre 1928, nei seguenti termini: "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"[11]. La presunzione di conformità esprime una concezione particolarmente aperta del giudice internazionale, il quale, chiamato ad applicare il diritto convenzionale, non esita a prendere in considerazione le norme generali a fini interpretativi, integrativi o di ausilio nell'applicazione del trattato. Le condizioni per il funzionamento del diritto generale non sono, infatti, particolarmente rigorose. A tale gruppo di norme potrà sempre farsi ricorso allorché il trattato della cui applicazione si tratta non vi si discosti espressamente.

Il secondo elemento che caratterizza il modello tradizionale riguarda, invece, il *modo di funzionamento* della norma generale in rapporto al trattato considerato. Questo elemento, che – diversamente dalla presunzione di conformità – non mi sembra sia stato oggetto di una precisa formulazione dottrinale, potrebbe essere definito come criterio o *principio d'integrità*, poiché consiste nel fatto che la norma generale è utilizzata proprio così come accertata dal giudice o dall'arbitro, quanto al suo contenuto e al suo ambito di applicazione. La norma consuetudinaria e il principio generale operano così come sono, senza subire alterazioni di sorta per tener conto della natura del trattato in relazione al quale sono applicati, o dell'oggetto e dello scopo del trattato stesso, o ancora dei valori su cui quest'ultimo si fonda. In altri termini, la seconda componente del modello tradizionale, consistente in un'applicazione "secca" della norma generale, si coglie nella circostanza che in questo modello *non* vengono in rilievo argomenti di carattere teleologico, al fine di rimodellare, o reinterpretare, la norma stessa in vista del suo impatto sul trattato. Si potrebbe dire che questa seconda componente del modello di ragio-

[11] *Georges Pinson (France) v. United Mexican States*, 19 ottobre 1928, in *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, p. 327 ss., p. 422.

namento che stiamo rapidamente ricostruendo è una "non" componente, è cioè un elemento mancante nel ragionamento, e che questa assenza può essere colta dall'osservatore solo grazie alla comparazione dell'atteggiamento tenuto dai giudici (o dagli arbitri) internazionali "comuni" con quello di alcuni tribunali settoriali, per esempio dei giudici internazionali in materia di diritti umani, i quali danno, invece, rilievo a quegli argomenti (come vedremo oltre nel testo, con particolare riferimento alla Corte europea dei diritti umani).

Per capire come questo modello funziona si può prendere ad esempio la sentenza del 3 febbraio 2015 della Corte internazionale di giustizia nella controversia tra la Croazia e la Serbia, relativa all'applicazione della Convenzione per la prevenzione e repressione del crimine di genocidio. Dovendo stabilire se la Convenzione sia applicabile retroattivamente, la Corte in primo luogo applica la presunzione di conformità, affermando che, in assenza nel testo della Convenzione di una clausola che espressamente la renda applicabile a fatti avvenuti prima della sua entrata in vigore, si presume che valga l'irretroattività, e cioè il principio di origine consuetudinaria, codificato nella Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, all'art. 28[12]. A questo punto, il principio in questione è fatto operare senza che venga in rilievo l'esigenza di sottoporlo a forme di contemperamento, né tantomeno ad un bilanciamento in senso proprio, con i valori sottesi alla Convenzione[13].

[12] Corte internazionale di giustizia, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (*Croatia* v. *Serbia*), sentenza del 3 gennaio 2015, paragrafi 90-100. La Corte afferma che le norme della Convenzione attinenti all'obbligo di *prevenire* fatti di genocidio non potrebbero essere oggetto di applicazione retroattiva per ragioni logiche. Quanto all'obbligo di reprimere fatti di genocidio, invece, la Corte ritiene che questi ultimi non derogano al principio generale dell'irretroattività in quanto: *a*) il testo convenzionale non contiene disposizioni che *espressamente* obbligano le Parti a *reprimere* fatti avvenuti prima della sua entrata in vigore, a differenza di quanto accade ad esempio nelle due convenzioni – europea e delle Nazioni Unite – sulla non applicabilità della prescrizione ai crimini di guerra e ai crimini contro l'umanità (Corte internazionale di giustizia, *Application*, cit., par. 96); *b*) dai lavori preparatori della Convenzione si evince la volontà degli Stati di imporre obblighi di punizione soltanto per i crimini che sarebbero avvenuti in futuro (*ibidem*, par. 97). Infine, anche riguardo alla questione della responsabilità dello Stato per la *commissione* di atti di genocidio, "the Court considers that in this respect also the Convention is not retroactive. To hold otherwise would be to disregard the rule expressed in Article 28 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. There is no basis for doing so in the text of the Convention or in its negotiating history" (*ibidem*, par. 99).

[13] Il criterio dell'applicazione rigorosa – o "secca" – del principio generale d'irretroattività dei trattati risulta dal seguente brano della sentenza citata: "The Court thus concludes that the substantive provisions of the Convention do not impose upon a State obligations in relation to acts said to have occurred before that State became bound by the Convention" (*ibidem*, par. 100).

Si ricorderà, infatti, che la Corte internazionale di giustizia, in questa sentenza, ha sì dichiarato di avere giurisdizione ai sensi dell'art. IX della Convenzione sul genocidio per stabilire se la Serbia fosse responsabile per una serie di eventi verificatisi prima dell'entrata in vigore della Convenzione per tale Stato. Ciò, tuttavia, non perché abbia ritenuto di poter giustificare, in ragione dell'oggetto e dello scopo della Convenzione, un'applicazione retroattiva dell'art. IX, ma per la diversa ragione che questa norma conferirebbe giurisdizione alla Corte per decidere se uno Stato sia responsabile di atti di genocidio commessi da un altro Stato a titolo di successione. Ed anzi la Corte internazionale di giustizia si è preoccupata di precisare che l'impostazione da essa accolta non metterebbe in pericolo il rispetto del principio d'irretroattività dei trattati, dato che nel caso sottoposto al suo esame si doveva stabilire se la Serbia fosse succeduta alla Repubblica federale socialista di Iugoslavia nella responsabilità per violazione di una norma – l'art. III della Convenzione – che sicuramente vincolava quest'ultimo Stato al tempo in cui gli atti oggetto della controversia erano stati commessi[14].

[14] "There is no suggestion here of giving retroactive effect to the provisions of the Convention. Both Parties agree that the SFRY was bound by the Convention at the time when it is alleged that the relevant acts occurred" (Corte internazionale di giustizia, *Application*, cit., par. 113). V. anche *ibid.,* par. 115. Un'impostazione diversa, più incline a prendere in considerazione l'elemento teleologico della Convenzione, ai fini della soluzione della questione riguardante la giurisdizione *ratione temporis*, era stata, invece, seguita dalla Corte nel 1996 nella controversia tra Bosnia ed Erzegovina e Iugoslavia. Cfr. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports* 1996, p. 617, par. 34 (ciò non aveva mancato di suscitare malumori in dottrina, come testimonia F. DOPAGNE, *Article 28*, in O. CORTEN, P. KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sue le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruxelles, 2006, p. 1163 ss., 1172, 1183). La possibilità di un cambiamento di prospettiva era stata anticipata ed almeno in parte giustificata dalla Corte internazionale di giustizia, nella sentenza resa sulle eccezioni preliminari (sentenza che aveva rinviato alla fase del merito la questione relativa alla giurisdizione *ratione temporis*), in base alla considerazione che nella controversia tra Croazia e Serbia, diversamente dal caso deciso nel 1996, veniva in rilievo la questione dell'applicazione retroattiva della Convenzione nei confronti di un *nuovo* Stato (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (*Croatia* v. *Serbia*)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports* 2008, p. 458, par. 123). Ci pare interessante notare, però, che tale considerazione non è poi stata ripresa nella sentenza del 3 febbraio 2015, in cui l'applicazione retroattiva della Convenzione, ivi compreso l'art. IX, è esclusa in termini piuttosto netti e generali.

3. *L'autonomia della Corte europea dei diritti dell'uomo rispetto al modello tradizionale. Possibilità di ricostruire – dietro ad alcune formule ricorrenti – una pluralità di approcci nella giurisprudenza della Corte*

La Corte europea dei diritti umani non si sente vincolata al modello che ho appena succintamente descritto. In diverse, significative, pronunce in cui si accosta al tema dei rapporti tra diritto internazionale non scritto e sistema convenzionale, essa dichiara espressamente di seguire una concezione diversa, riconducibile in senso largo ad una logica di bilanciamento[15].

Dopo un periodo iniziale, in cui le pronunce degli organi di controllo di Strasburgo sembravano muovere da un'impostazione molto vicina a quella tradizionale[16], la Corte ha cominciato ad affermare in modo costante che la questione va affrontata tenendo conto di due esigenze diverse: da un lato, un'esigenza di ordine sistematico, e cioè il fatto che la Convenzione fa parte dell'ordinamento giuridico internazionale e, da un altro lato, un'esigenza di carattere teleologico, e cioè il carattere speciale della Convenzione in quanto strumento di protezione dei diritti umani. Questa dialettica è spesso esplicitata in lunghi brani[17]. Talvolta, però, la Corte è particolarmente sintetica ed efficace. Si prenda la seguente affermazione, contenuta nella sentenza *Cudak*: "The Court must therefore be mindful of the Convention's special character as a human rights trea-

[15] Uso il termine "bilanciamento" ora non in senso proprio, ma in senso largo o improprio, e cioè come un procedimento intellettuale che prende in considerazione fattori diversi ai fini della decisione, assegnandovi un peso, o ordine di preferenza.

[16] Vedi ad esempio Commissione europea dei diritti dell'uomo 9 giugno 1958, ricorso n. 214/56, *De Becker c. Belgio*, punto I delle considerazioni in diritto, in cui la Commissione afferma di poter prendere in considerazione l'eccezione d'irricevibilità *ratione temporis* sollevata dal governo belga, nonostante il fatto che "l'article 66 de la Convention se borne à déterminer quand se produit l'entrée en vigueur de la Convention, sans préciser à partir de quelle date cette entrée en vigueur déploie ses effets". Ciò in quanto "l'existence du chef d'irrecevabilité ratione temporis dérive du principe de la non rétroactivité des traités et conventions, lequel se range parmi les principes de droit international généralement reconnus". La Commissione, peraltro, risolverà il caso nel senso dell'ammissibilità del ricorso, in ragione della distinzione tra illeciti istantanei e illeciti di durata.

[17] Cfr., per un esempio recente, Corte europea dei diritti umani, 12 maggio 2014, *Cipro c. Turchia*, ricorso n. 25781/94, par. 23: "Despite its specific character as a human rights instrument the Convention is an international treaty to be interpreted in accordance with the relevant norms and principles of public International law… As a matter of fact the Court has never considered the provisions of the Convention as the sole framework reference for the interpretation of the rights and freedoms enshrined therein. On the contrary, it must also take into account any relevant rules and principles of international law applicable in relations between the Contracting Parties" .

ty, and it must also take the relevant rules of international law into account"[18].

Il punto è capire cosa intende la Corte quando dichiara di dover tenere contemporaneamente conto di queste due esigenze. Le formule "tener conto"[19], "senza trascurare"[20], "senza perdere di vista"[21], riferite tanto alle norme internazionali generali quanto alla "specialità" della CEDU, così frequenti nella giurisprudenza della Corte, si caratterizzano, infatti, per un notevole tasso di vaghezza e imprecisione.

Ebbene, se si legge quella giurisprudenza con maggiore attenzione, ci si accorge che le formule riferite, più che esprimere una concezione unitaria dei rapporti tra diritto generale e sistema convenzionale, funzionano come una sorta di involucro, destinato a contenere una pluralità di approcci che vanno tenuto distinti. Il mio proposito, allora, è presentare, senza pretesa di esaustività, i principali indirizzi presenti nella giurisprudenza della Corte che, benché partano dalle stesse premesse, conducono a risultati molto diversi tra loro.

4. *Primo orientamento: sostanziale adeguamento al modello tradizionale*

Un primo orientamento giurisprudenziale ridimensiona notevolmente il valore delle formule ricordate nel paragrafo precedente. Si tratta di una serie di casi in cui la Corte, benché ripeta tali formule, si comporta in realtà come di solito si comportano arbitri e giudici internazionali, poiché finisce per ricorrere ai due principi della *presunzione di conformità* al diritto generale e dell'*integrità* della norma generale applicata. Dal

[18] Corte europea dei diritti umani, 23 marzo 2010, *Cudak c. Lituania*, ricorso n. 15869/02, par. 56.

[19] Si tratta della formula più largamente usata. V., per qualche esempio recente, Corte europea dei diritti umani, 12 maggio 2014, *Cipro c. Turchia*, cit., par. 23 (in materia di procedura); 14 gennaio 2014, *Jones e altri c. Regno Unito*, ricorsi numeri 34356/06 e 40528/06, par. 195 (in materia di immunità); 20 novembre 2014, *Jaloud c. Paesi Bassi*, ricorso n. 47708/08, par. 141 (in materia di giurisdizione).

[20] "Being made up of a set of rules and principles that are accepted by the vast majority of States, the common international or domestic law standards of European States reflect a reality that the Court *cannot disregard* when it is called to clarify the scope of a Convention provision" (Corte europea dei diritti umani, 12 novembre 2008, *Demir e Baykara c. Turchia*, ricorso n. 34503/97, par. 76).

[21] The Convention forms part of international law. The Court must consequently determine State responsibility in conformity and harmony with the governing principles of international law, although it must remain mindful of the Convention's special character as a human rights treaty" (Corte europea dei diritti umani, 11 giugno 2013, *Stichting Mothers of Srebrenica e altri c. Paesi Bassi*, ricorso n. 65542/12, par. 144).

primo punto di vista, la Convenzione è interpretata "so far as possible in harmony with other rules of international law of which it forms part". Dal secondo punto di vista, una volta importata la norma generale nel sistema convenzionale, la Corte applica quest'ultima così com'è, senza preoccuparsi di adeguarne contenuto, modo di funzionamento e ambito d'applicazione, ai valori convenzionali. Non è eccessivo affermare, insomma, che, seguendo questa prima impostazione, le differenze tra il modello tradizionale e le premesse da cui parte la Corte si riducono ad un mero disaccordo verbale.

Mi riferisco, in particolare, alla giurisprudenza in tema di rapporti tra le norme generali sull'immunità degli Stati stranieri e dei loro organi, da un lato, e il diritto di accesso alla giustizia, da un altro lato. Come noto, in queste pronunce, la Corte, dopo aver ripetuto le generiche formule che ricordavamo prima, non si preoccupa poi di raggiungere un equilibrio tra le ragioni sottese al riconoscimento delle immunità e l'esigenza di proteggere il diritto di accesso al giudice. Al contrario, la Corte enfatizza la necessità di interpretare la Convenzione in armonia con il diritto internazionale generale. E proprio l'accento posto sull'esigenza di interpretazione sistematica consente alla Corte di affermare, in queste pronunce, che la sentenza interna che, per rispettare la regola in materia di immunità, dichiari il difetto di giurisdizione, non solo persegue un obiettivo legittimo, ma è anche in linea di principio proporzionata allo scopo perseguito: "Measures taken by a State which reflect generally recognized rules of public international law on State immunity cannot in principle be regarded as imposing a disproportionate restriction on the right of access to a court". Di più: alcune restrizioni apposte dagli Stati parte al diritto di accesso al giudice devono essere considerate inerenti al diritto stesso: "an example being those limitations generally accepted by the community of nations as part of the doctrine of State immunity"[22].

Sarebbe del tutto fuori luogo ripetere in questa sede gli argomenti critici (peraltro convincenti) che sono stati avanzati in dottrina riguardo a questo filone giurisprudenziale, che attengono sia a profili metodologici dell'accertamento delle norme generali che al carattere contraddittorio del ragionamento seguito dalla Corte (poiché il giudice prima afferma di

[22] Vedi Corte europea dei diritti dell'uomo, 14 gennaio 2014, *Jones e altri c. Regno Unito*, cit., par. 189 e la giurisprudenza ivi citata. Da ciò deriva che l'accertamento da parte della Corte del carattere non proporzionato della sentenza interna si limita essenzialmente a casi in cui la Corte ritiene che la situazione in cui si trova il ricorrente è fuori dall'ambito di applicazione della norma generale. Vedi, ad esempio, Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 marzo 2010, *Cudak c. Lituania*, ricorso n. 15869/02, paragrafi 69 – 75.

dover tener conto di due opposte esigenze, e poi, in realtà, si disinteressa quasi del tutto di una delle due)[23]. Ciò che interessa segnalare, nel discorso che stiamo facendo, è solo il fatto che questo schema di ragionamento avvicina notevolmente l'approccio della Corte al modello tradizionalmente seguito nella giurisprudenza internazionale che abbiamo sinteticamente descritto nel secondo paragrafo del presente scritto: la Corte presume che la Convenzione sia conforme alla norma internazionale generale sull'immunità e poi applica quest'ultima integralmente, con il sacrificio sistematico del diritto fondamentale in gioco, rappresentato, in questo filone giurisprudenziale, dal diritto di accesso alla giustizia.

5. *Secondo orientamento: limiti alla "presunzione di conformità"*

Il secondo orientamento è diametralmente opposto al precedente, nel senso che le esigenze di specialità della Convenzione sono le sole ad essere prese in considerazione dalla Corte. Il ribaltamento di prospettiva si produce mediante una limitazione della presunzione di conformità al diritto internazionale generale. Ricostruendo limiti a tale principio, infatti, la Corte può impedire alle norme "esterne" di penetrare nel sistema convenzionale.

L'orientamento giurisprudenziale che stiamo adesso descrivendo è stato seguito in particolare in materia di effetti di riserve inammissibili. Come sappiamo, per la Corte una riserva inammissibile deve essere considerata come non apposta. Nel risolvere in questo modo la questione, la Corte parte dall'art. 57 della Convenzione, nonostante che questa norma, benché si occupi di riserve, preveda soltanto i requisiti di ammissibilità dell'istituto nel sistema della Convenzione, mentre nulla dice sulle conseguenze delle riserve inammissibili. Ci troviamo pertanto in una situazione in cui, in base al modello tradizionale, dovrebbe operare la presunzione di conformità al diritto consuetudinario e, quindi, in ultima analisi, al principio del consenso su cui si fonda il diritto dei trattati[24]. Il richia-

[23] Cfr. R. PISILLO MAZZESCHI, *Le immunità degli Stati e degli organi statali precludono l'accesso alla giustizia anche alle vittime di torture: il caso* Jones *dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, http://www.sidi-isil.org/?p=7888.

[24] Cfr. A. PELLET, *Fifteenth Report on reservations to Treaties*, Add. 1, del 26 maggio 2010 (A/CN.4/624/Add.1): "the principle that underlies treaty law: the principle of consent. There is no doubt that the key to the problem is simply the will of the author of the reservation: does it purport to be bound by the treaty even if its reservation is impermissible – without benefit of the reservation – or is its reservation a sine qua non for its commitment to be bound by the treaty?".

mo a tale principio imporrebbe di tener conto della volontà dello Stato che formula la riserva inammissibile quando si tratti di valutarne gli effetti giuridici.

Certo, esistono incertezze in dottrina circa le modalità secondo le quali il principio del consenso è chiamato ad operare e l'idea espressa dalla Commissione di diritto internazionale nelle linee-guida sulle riserve, per cui si potrebbe ipotizzare una presunzione nel senso della volontà dello Stato di restare vincolato al trattato, nel caso in cui la sua riserva sia inammissibile, è oggetto di discussione[25]. La Corte, tuttavia, esprime una linea radicalmente in contrasto non solo con i lavori della Commissione, ma con lo stesso principio del consenso. Non applicando la presunzione di conformità della Convenzione al diritto generale, essa finisce con l'escludere qualsiasi spazio per tale principio, cosa che la porta a dichiarare in termini recisi che nel sistema convenzionale una riserva inammissibile non produce alcun effetto giuridico.

Come noto, se in un primo momento, sembrava che la Corte, nel decidere nel senso dell'inefficacia della riserva inammissibile, avesse tenuto in qualche modo in considerazione la volontà dell'autore[26], nella giurisprudenza successiva questo elemento ha progressivamente perso rilievo[27]. La sentenza del 4 marzo 2014, nel caso *Grande Stevens*[28] costituisce il segno del consolidarsi di un orientamento molto rigido della Corte, che sembra escludere in modo reciso di poter addivenire a soluzioni di equilibrio tra l'esigenza di specialità della Convenzione ed il principio del consenso. Ciò per due ragioni, già messe in luce in dottrina. In primo luogo, in questa pronuncia, la regola secondo cui le riserve inammissibili devono considerarsi come non apposte è applicata dai giudici anche ad una riserva avente ad oggetto una disposizione contenuta in un Protocollo, e cioè ad una riserva che non metteva in gioco la partecipazione dello Stato italiano "al sistema della Convenzione"[29]. In secondo luogo, la

[25] Commissione di diritto internazionale, A/66/10/Add. 1, p. 525, punto 4.5.3, par. 2 delle linee-guida.

[26] Corte europea dei diritti umani, 29 aprile 1988, *Belilos c. Svizzera*, ricorso n. 10328/83, par. 60 ("In short, the declaration in question does not satisfy two of the requirements of Article 64 of the Convention with the result that it must be held invalid. At the same time, it is beyond doubt that Switzerland is, and regards itself as, bound by the Convention irrespective of the validity of the declaration").

[27] Corte europea dei diritti dell'uomo, 22 maggio 1990, *Weber c. Svizzera*, ricorso n. 11034/84, paragrafi 36 – 38; 3 ottobre 2000, *Eisenstecken c. Austria*, ricorso n. 29477/95, paragrafi 21-30.

[28] Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, ricorso n. 18640/10, par. 204-211.

[29] La Corte non si preoccupa cioè del fatto che, diversamente dai casi precedenti, "non si trattava per lo Stato, di essere dentro o fuori rispetto al sistema della Convenzio-

Corte sviluppa nella pronuncia da ultimo ricordata un ragionamento "self contained", in cui non vi è spazio per il confronto né con gli sviluppi della prassi degli altri organi internazionali di controllo sul rispetto dei diritti umani né con i lavori della Commissione di diritto internazionale in materia[30].

La Corte non ha mai chiarito le ragioni sottostanti a questo suo orientamento[31], ma è ragionevole ritenere che essa ricavi dall'art. 57, letto alla luce dello speciale carattere della Convenzione quale strumento regionale di protezione dei diritti umani, una norma *implicita* sull'inefficacia delle riserve inammissibili. Un elemento in tal senso proviene dalla giurisprudenza in materia di ammissibilità ed effetti delle dichiarazioni statali volte a restringere la competenza degli organi di controllo, materia considerata affine a quella delle riserve dalla stessa Corte[32]. Mi riferisco alla considerazione che, nel ragionamento seguito dai giudici di Strasburgo, in quest'altro filone giurisprudenziale, per giungere ad affermare la regola della *separabilità* di un'inammissibile clausola di limitazione della competenza degli organi di controllo dalla dichiarazione di accettazione di tale competenza nel suo insieme, i riferimenti al carattere speciale della Convenzione sono espliciti: "En examinant cette question, la Cour doit tenir compte de la nature particulière de la Convention, instrument de l'ordre public européen pour la protection des êtres humains et de sa mission"[33].

ne, ma soltanto di stabilire se i suoi vincoli comprendessero, nonostante la formulazione della riserva, anche tutti quelli enunciati dal Protocollo n. 7" (G. GAJA, *Le conseguenze di una riserva inammissibile: la sentenza nel caso* Grande Stevens *c.* Italia, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 832 ss., 833).

[30] V. ancora G. GAJA, op. cit., p. 833.

[31] Nelle pronunce rilevanti si trovano, infatti, affermazioni perentorie sul punto. V. ad esempio la sentenza nel caso *Grande Stevens* in cui, dopo aver accertato che la riserva italiana non rispetta le condizioni poste dall'art. 57, par. 2, la Corte afferma che "*this conclusion is a sufficient basis for finding the reservation invalid*, without it being necessary to examine further whether there has been compliance with the other requirements of Article 57" (par. 211, corsivo nostro).

[32] È questa affinità che consente alla Corte di ricordare, nella sentenza *Loizidou* sulle eccezioni preliminari, "son arrêt Belilos c. Suisse du 29 avril 1988 où, après avoir écarté une déclaration interprétative au motif de sa non-conformité avec l'article 64 (art. 64), elle a précisé que la Suisse demeurait liée par la Convention, nonobstant l'invalidité de la déclaration" (Corte europea dei diritti umani, 23 marzo 1995, *Loizidou c. Turchia* (eccezioni preliminari), ricorso n. 15318/89, par. 94).

[33] *Ibidem*, paragrafi 90 – 98.

6. *Terzo orientamento: limiti al "principio d'integrità" e connesse tecniche di "manipolazione" della norma generale*: a*) la ricostruzione di eccezioni*

Il terzo orientamento è il più diffuso nella giurisprudenza della Corte. Esso consiste nel far operare la presunzione di conformità e nell'intervenire poi, però, sulla norma generale, per adeguarla ai valori su cui poggia il sistema convenzionale di protezione dei diritti umani. Ad essere intaccato è, pertanto, il principio di "integrità" della norma generale che trova ingresso nel sistema convenzionale. Si tratta, peraltro, di un modello che presenta diverse varianti al suo interno, che si prestano ad essere descritte secondo la tecnica di "manipolazione" della norma generale di volta in volta impiegata dai giudici.

La prima di queste tecniche consiste nella ricostruzione di *eccezioni* alla norma generale: in assenza di clausole convenzionali che in termini espressi vi deroghino, la Corte ne riconosce l'applicabilità, salvo ricostruire eccezioni, fino a quel momento non previste dal diritto internazionale, per tener conto dei valori convenzionali.

L'esempio più chiaro d'impiego di questa prima tecnica è offerto dalla giurisprudenza in cui la Corte perviene ad un temperamento della norma generale in materia di irretroattività dei trattati in casi riguardanti l'applicazione degli obblighi procedurali derivanti dagli articoli 2 e 3 della Convenzione. Secondo la Corte, questi obblighi e, segnatamente, l'obbligo di condurre inchieste efficaci sulle violazioni del diritto alla vita e del diritto a non essere sottoposti a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti, possono riguardare anche vicende accadute prima dell'entrata in vigore della Convenzione nei confronti dello Stato convenuto.

Nello schema di ragionamento seguito dalla Corte in questi casi, la presunzione di conformità – primo elemento del modello che abbiamo definito tradizionale – trova applicazione. La Corte ritiene che il principio dell'irretroattività costituisca "an established principle in the Court's case-law *based on the general rule* of international law embodied in Article 28 of the Vienna Convention on the Law of Treaties"[34]. Ne conse-

[34] Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 ottobre 2013, *Janowiec e altri c. Russia*, ricorsi 55508/07 e 29520/09, par. 128. Cfr. ivi i riferimenti alla giurisprudenza precedente. Come noto, già nel 1958 la Commissione, nella decisione sulla ricevibilità resa nel caso *De Becker*, aveva affermato che: "l'existence du chef d'irrecevabilité ratione temporis dérive cependant du principe de la non rétroactivité des traités et conventions, lequel se range parmi les principes de droit international généralement reconnus" (Commissione europea dei diritti dell'uomo, 9 giugno 1958, *De Becker c. Belgio*, punto I delle considerazioni in diritto).

gue che "*in accordance with the general rules of international law*, the provisions of the Convention do not bind a Contracting Party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the Convention with respect to that Party"[35].

La norma generale richiamata, però, una volta importata nel sistema convenzionale, può incontrare eccezioni non previste dal diritto generale. In particolare, l'eccezione al principio d'irretroattività che si realizza in relazione agli obblighi procedurali in questione si ricollega alla circostanza che questi ultimi hanno progressivamente acquisito un carattere *autonomo e separabile* rispetto agli obblighi di natura sostanziale previsti negli stessi articoli 2 e 3 della Convenzione[36]. Nel ragionamento della Corte, argomenti legati alla *specialità* della Convenzione ed ai valori da essa protetti vengono in rilievo su due piani diversi.

In *primo* luogo, argomenti di questo tipo assumono importanza centrale già nel processo che ha progressivamente condotto la Corte a ricostruire gli obblighi procedurali derivanti da questi articoli quali autonomi e separabili dagli obblighi di natura sostanziale che le stesse norme pongono a carico degli Stati contraenti. Si deve rammentare che normalmente la Corte non ritiene che obblighi procedurali e sostanziali si prestino ad una simile scissione, quando si tratti di stabilire se un caso rientri nella sua competenza *ratione temporis*. "The Court's temporal jurisdiction is to be determined in relation to the facts constitutive of the alleged interference. If the interference fell outside the Court's jurisdiction, the subsequent failure of remedies aimed at redressing that interference could not bring it within the Court's temporal jurisdiction"[37]. La Corte aveva applicato tale principio anche a casi riguardanti il rispetto dell'obbligo di condurre inchieste efficaci su violazioni dei diritti protetti dagli articoli 2 e 3. Con la sentenza della Grande Camera del 2009 nel caso *Silih c. Slovenia*, però, la Corte ha cambiato atteggiamento, affermando che il criterio generale non può valere – eccezionalmente – proprio quando siano in gioco violazioni del diritto alla vita o del diritto a non essere sottoposti a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti: gli obblighi procedurali devono essere intesi, in questi casi, quali

[35] Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), 8 marzo 2006, *Blecic c. Croazia*, ricorso n. 59532/00, par. 70.

[36] "The Court concludes that the procedural obligation to carry out an effective investigation under Article 2 has evolved into a separate and autonomous duty" (Corte europea dei diritti umani, 9 aprile 2009, *Silih* c. *Slovenia*, ricorso n. 71463/01, paragrafi 159-160).

[37] Corte europea dei diritti umani, 8 marzo 2006, *Blečić c. Croazia*, cit., par. 77.

obblighi *autonomi* con conseguente estensione della competenza *ratione temporis* della Corte[38]. In questo mutamento di prospettiva argomenti di tipo assiologico, in particolare attinenti al "fundamental character" dei diritti protetti e dei valori ai quali quegli obblighi si riferiscono, hanno svolto un ruolo di primo piano[39].

In *secondo* luogo, argomenti legati alla speciale natura della Convenzione quale sistema di protezione dei diritti umani tornano ad essere presi in considerazione in sede di ricostruzione dell'esatta portata dell'eccezione in esame. Da questo secondo punto di vista, si deve partire dalla considerazione che la Corte tiene conto del valore della certezza del diritto che la norma consuetudinaria in materia d'irretroattività dei trattati protegge, tanto da contenere l'eccezione entro un certo ambito temporale[40]. Solo il simultaneo ricorrere di due condizioni permette di far ricadere questioni procedurali relative a decessi (o fatti di tortura o trattamenti disumani o degradanti) avvenuti prima della "data critica" nell'ambito di applicazione *ratione temporis* della Convenzione stessa. Da un lato, deve trattarsi di atti o omissioni, di natura procedurale, che siano avvenuti dopo la "data critica", benché concernenti fatti materiali avvenuti prima di essa. Da un altro lato, tra tali fatti e la "data critica" deve sussistere una "genuine connection", legame che la Corte è pronta a riconoscere nel caso in cui "a significant proportion of the procedural steps required… will have been or ought to have been carried out after the critical date"[41]. A tale riguardo, la Corte ha avuto modo di precisare che la retroattività degli obblighi procedurali non opera, in linea di principio, riguardo a fatti avvenuti più di dieci anni prima dell'entrata in vigore della Convenzione per lo Stato convenuto[42].

[38] Corte europea dei diritti umani, 9 aprile 2009, *Silih* c. *Slovenia*, cit., paragrafi 139-167.

[39] "The Court notes that the test and the criteria established in the *Blečić* case are of a general character, which requires that the special nature of certain rights, such as those laid down in Articles 2 and 3 of the Convention, be taken into consideration when applying those criteria. The Court reiterates in this connection that Article 2 together with Article 3 are amongst the most fundamental provisions in the Convention and also enshrine the basic values of the democratic societies making up the Council of Europe" (Corte europea dei diritti umani, 9 aprile 2009, *Silih* c. *Slovenia*, cit., par. 147).

[40] Corte europea dei diritti umani, 9 aprile 2009 *Silih* c. *Slovenia*, cit., par. 161: "Having regard to the principle of legal certainty, the Court's temporal jurisdiction as regards compliance with the procedural obligation of Article 2 in respect of deaths that occur before the critical date is not open-ended".

[41] Corte europea dei diritti umani, 9 aprile 2009, *Silih* c. *Slovenia*, cit., paragrafi 162-163.

[42] Corte europea dei diritti umani, 21 ottobre 2013, *Janowiec e altri* c. *Russia*, cit., par. 146.

È a questo punto, però, che argomenti attinenti alla particolare natura della Convenzione quale strumento di protezione dei diritti umani tornano a fare breccia nel ragionamento della Corte. I giudici affermano, infatti, che il limite temporale così individuato non opera quando si versi in situazioni straordinarie in cui entra in gioco l'esigenza di proteggere i valori fondamentali su cui poggia la Convenzione[43]. Una situazione di questo tipo si verifica in particolare, secondo la Corte, quando si tratti di assicurare che gli Stati conducano inchieste efficaci su "serious crimes under international law, such as war crimes, genocide or crimes against humanity". In simili casi, infatti, "the triggering event was of a larger dimension than an ordinary criminal offence and amounted to the negation of the very foundations of the Convention"[44].

Non è irrilevante notare che, allo stato attuale della giurisprudenza della Corte, i valori di riferimento sono valori *propri* del sistema convenzionale, più che della Comunità internazionale nel suo insieme, dal momento che la commissione di crimini internazionali può far scattare obblighi procedurali, anche se commessi prima l'entrata in vigore della Convenzione per lo Stato convenuto, ma *non* prima dell'adozione della Convenzione il 4 novembre 1950, "for it was only then that the Convention began its existence as an international human rights treaty"[45].

7. Segue*:* b*) l'interpretazione autonoma*

La seconda tecnica impiegata dalla Corte per conseguire l'effetto di adeguare la norma internazionale non scritta (e generale) al sistema di valori della Convenzione è riconducibile al concetto di interpretazione autonoma. In questi casi la Corte richiama una norma consuetudinaria, ma attribuisce a nozioni o concetti rilevanti ai fini dell'applicazione della norma richiamata un significato autonomo, diverso cioè da quello comunemente attribuito alle nozioni stesse. L'esame di questa tecnica ci porta di fronte ad un aspetto centrale della questione della cd. frammentazione del diritto internazionale, consistente nel rischio di interpretazioni diver-

[43] "There would be extraordinary situations which do not satisfy the "genuine connection" standard as outlined above, but where the need to ensure the real and effective protection of the guarantees and the underlying values of the Convention would constitute a sufficient basis for recognizing the existence of a connection" (*Ibidem*, par. 149).

[44] *Ibidem*, par. 150.

[45] *Ibidem*, par. 151. Per un commento alla sentenza Janowiec, cfr. S. FORLATI, *Ancora sull'autonomia degli obblighi procedurali discendenti dall'art. 2 della Convenzione europea: la pronuncia della* Grande Camera *nel caso* Janowiec, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 210 ss.

genti di una medesima norma internazionale a seconda di una o più caratteristiche del "sistema" in cui opera il giudice internazionale.

Partiamo dal caso paradigmatico nel dibattito sulla frammentazione, ovvero dalle interpretazioni divergenti che nella giurisprudenza internazionale sono state date alla nozione di "controllo", ai fini dell'attribuzione ad uno Stato della condotta di individui che non siano suoi organi. Come noto, la Corte si è occupata di tale nozione prima nella vicenda di Cipro del Nord, a proposito dell'imputabilità alla Turchia di violazioni di diritti umani perpetrate da organi della repubblica turco-cipriota, e poi nella vicenda della regione moldava della Transnistria, con riguardo al problema dell'attribuzione alla Russia delle azioni di un movimento separatista operante su quel territorio. In questi casi, la Corte ha considerato attribuibili allo Stato comportamenti di gruppi ad esso formalmente esterni, indipendentemente dall'accertamento di un controllo effettivo sulla specifica condotta che veniva in rilievo, a condizione, però, che lo Stato esercitasse un controllo globale sul territorio straniero in cui tali comportamenti erano stati tenuti. Ora, non è del tutto chiaro se in queste sentenze la Corte abbia voluto usare la regola sul controllo per l'attribuzione allo Stato di comportamenti di privati (a termini dell'art. 8 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale dello Stato per fatto illecito) o se abbia piuttosto accertato la sussistenza di un legame organico, benché di fatto[46], sicché non è neppure certo che in questi casi la Corte abbia fatto ricorso alla tecnica dell'interpretazione autonoma.

Ci pare, tuttavia, che almeno nella sentenza resa nel caso *Catan* del 19 ottobre 2012, la Grande Camera abbia accettato di misurarsi con il concetto di "controllo effettivo" dello Stato sull'entità separatista, come richiesto dal governo russo. Chiamata a risolvere la questione dell'attribuzione di violazioni commesse dai movimenti separatisti in Transnistria, in una fase della vicenda caratterizza da un più basso grado di controllo territoriale della Russia sulla regione, la Corte ha richiamato espressamente tale concetto, non senza precisare però che il test per stabilire se vi è controllo effettivo *nel sistema convenzionale* è diverso da quello comunemente impiegato in diritto internazionale[47]. In particolare,

[46] Per questa seconda tesi cfr. P. PALCHETTI, *L'organo di fatto dello Stato nell'illecito internazionale*, Milano, 2007, p. 89 ss. e 167.

[47] L'atteggiamento che stiamo descrivendo nel testo sembra ricollegabile alla più generale tendenza della Corte a confondere questioni riguardanti la giurisdizione e questioni di attribuzione dell'illecito (v. sul punto le considerazioni di M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Oxford, 2011, p. 41 ss.) La confusione dei due piani emerge da ciò che, da un lato, la Corte riconosce che si tratta di decidere se la Russia ha esercitato un controllo effettivo sul gruppo secessionista operante in Transnistria e, quindi, di accertare un legame ai fini dell'attribuzione di violazioni material-

secondo la Corte, un forte sostegno economico, militare e politico fornito da uno Stato parte ad un movimento secessionista può, in certe circostanze, essere sufficiente ai fini dell'accertamento di un controllo del primo sul secondo, anche in assenza di un vero e proprio controllo globale sul territorio[48]. L'impiego di un test diverso determina, però, uno scivolamento di significato, ben rappresentato sul piano lessicale dall'impiego, nella sentenza citata, delle espressioni "controllo effettivo" e "influenza decisiva" come sinonimi[49].

Ad ogni modo, la nozione di controllo, ai sensi dell'art. 8 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale dello Stato per fatto illecito, non costituisce l'unico caso di impiego della tecnica dell'interpretazione autonoma, che ci sembra sia stata usata dalla Corte, per esempio, anche in relazione a norme consuetudinarie concernenti l'interpretazione dei trattati. Si sa che la Corte, per quanto rimanga nella cornice metodologica di tipo obiettivistico accolta dal diritto consuetudinario e cristallizzata nella Convenzione di Vienna del 1969 sul dritto dei trattati, vi introduce un'impronta marcatamente teleologica e dinamico/evolutiva[50]. Ora, se è certo che un simile atteggiamento non rappresenta di per sé una deviazione rispetto alla regola generale d'interpre-

mente compiute da quest'ultimo ("In the circumstances of the present case the Court must ascertain whether, as a matter of fact, Russia exercised effective control over the "MRT" during the period August 2002 – July 2004" (Corte europea dei diritti umani (Grande Camera), 19 ottobre 2012, *Catan e altri c. Moldova e Russia*, ricorsi n. 43370/04, 8252/05 e 18454/06, par. 116). Da un altro lato, però, la Corte afferma che la questione sottoposta al suo esame non va trattata come una questione di attribuzione di una condotta di un gruppo di privati in base al diritto internazionale. La Corte sarebbe invece "concerned with a different question, namely, whether facts complained of by an applicant fell within the meaning of Article 1 of the Convention" (*Ibid*., par. 115). Ora, poiché "The test for establishing the existence of "jurisdiction" under Article 1 of the Convention has never been equated with the test for establishing a State's responsibility for an internationally wrongful act under international law" (*Ibid*., par. 115), è chiaro che la trattazione di una questione di attribuzione all'interno di una questione di *jurisdiction* costituisce la premessa per l'uso di un autonomo concetto di "controllo effettivo".

[48] *Ibid*., paragrafi 118-121. Già nella sentenza resa nel caso *Ilascu*, la Corte aveva concluso nel senso che il regime separatista della Transnistria "remains under the effective authority, *or at the very least under the decisive influence* of the Russian Federation" (Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 luglio 2004, *Ilascu e altri c. Moldova e Russia*, ricorso n. 48787/99, par. 392).

[49] "In these circumstances, the MRT's high level of dependency on Russian support provides a strong indication that Russia exercised effective control and decisive influence over the MRT administration during the period of the school's crisis" (*Ibid*., par. 122).

[50] Cfr. S. TOUZE, *Les techniques interprétative des organes de protection des droit de l'homme*, in *Revue générale de droit international public*, 2011, p. 517 ss.

tazione dei trattati[51], è altrettanto chiaro che esso costituisce un quadro generale di riferimento in cui nozioni di diritto consuetudinario possono ricevere una *rivisitazione*. In altri termini, uno sfondo interpretativo di tipo teleologico crea le condizioni per attribuire ad alcuni concetti utilizzati negli articoli 31-33 della Convenzione di Vienna un significato diverso da quello che è ad essi comunemente assegnato nella giurisprudenza e nella prassi internazionale.

Si può pensare al concetto di prassi successiva degli Stati ai fini dell'interpretazione del trattato. Sappiamo che, in base all'art. 31, par. 3, lettera *b*), questa prassi rileva in quanto espressione di un accordo tacito delle parti sull'interpretazione di un precedente trattato. Se è vero, infatti, che la Commissione di diritto internazionale ha chiarito che non occorre che tutte le parti siano "individually engaged" nella prassi interpretativa di una disposizione convenzionale affinché la prassi stessa possa avere valore ai fini dell'art. 31, par. 3, lettera *b*), è altrettanto vero che un simile valore è subordinato alla condizione che le parti non individualmente coinvolte nella prassi accettino, in qualche modo, l'interpretazione da essa risultante[52].

Ebbene, anche nella giurisprudenza della Corte, la prassi delle Parti contraenti successiva all'entrata in vigore della Convenzione rileva quale mezzo interpretativo, con la differenza, però, che alla ricerca di un'interpretazione autentica si sostituisce la ricerca delle "idee prevalenti negli Stati democratici oggi" e che a tale diverso approccio corrisponde – come noto – l'impiego del concetto del "consenso europeo".

Ai fini della ricostruzione di questo consenso non occorre, come invece per l'accordo tacito d'interpretazione autentica di un precedente trattato, che la prassi, allorché non provenga da tutti gli Stati parte, sia accettata dagli Stati che non vi partecipano individualmente. Il punto di partenza, per la Corte, è la considerazione della Convenzione quale "living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions and of ideas prevailing in democratic States today". Partendo

[51] Cfr. sul punto T. KAMMINGA, *Final Report on the Impact of International Human Rights Law on General International Law (June 1, 2008). Report of the 73d Conference of the International Law Association*, p. 663-685, 2008, reperibile all'indirizzo SSRN: http://ssrn.com/abstract=1150664 ("The principles for the interpretation of human rights treaties that have been relied upon by the European and Inter-American Courts of Human Rights do not differ substantially from the *methods* of treaty interpretation that are available under general international law").

[52] Cfr. *ILC Yearbook*, 1966-II, pagine 221-222. Cfr. anche il secondo rapporto del relatore speciale della Commissione di diritto internazionale, Georg Nolte, sul tema "Subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties", A/CN.4/671, par. 60.

da tale premessa, è sufficiente per la Corte che, riguardo all'esigenza di rispondere a certe richieste di tutela provenienti dalla società, si possa accertare l'avvenuta formazione del consenso di una *maggioranza* di Stati parte. Inoltre, se in certi casi la Corte si preoccupa di ricercare il consenso di "an overwhelming majority" di Stati[53], in altri ritiene che può bastare anche soltanto una "evolving convergence as to the standards to be achieved"[54], o il rapido passaggio da un "emerging consensus" alla formazione di una maggioranza, benché ancora risicata[55].

Neppure importa che la prassi riguardi in senso proprio l'applicazione della Convenzione, poiché di solito a venire in rilievo è una prassi legislativa o amministrativa in buona misura sganciata dalla Convenzione, formata cioè da atti che non sono adottati dagli Stati al fine specifico di rispettare gli obblighi convenzionali, ma che cionondimeno attestano l'evoluzione dei loro ordinamenti giuridici in una certa direzione nel campo dell'interpretazione di un diritto protetto nel sistema della Cedu.

Senza pensare, infine, che lo Stato è talvolta inteso dalla Corte, in alcune pronunce riconducibili a questo filone giurisprudenziale, come stato-società o stato-comunità più che come stato-apparato o stato-governo, tanto che la Corte si fa carico, talvolta, di aspettative di tutela provenienti direttamente dalla società, anche se la legislazione o la giurisprudenza degli Stati non vi si sia ancora pienamente conformata[56].

8. Segue*: c) l'impiego combinato delle due tecniche precedenti*

In una terza linea giurisprudenziale, le due tecniche su cui ci siamo soffermati nei due precedenti paragrafi sono utilizzate insieme, in modo combinato: in certi casi, una certa norma consuetudinaria è presa in considerazione dalla Corte, ma con l'aggiunta di eccezioni originariamente

[53] Corte europea dei diritti umani, 7 luglio 2011, *Bayatyan c. Armenia*, ricorso n. 23459/03, par. 108.

[54] Corte europea dei diritti umani, 11 luglio 2002, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, ricorso n. 28957/95, par. 74.

[55] Corte europea dei diritti umani, 21 luglio 2015, ricorsi n. 18766/11 e 36030/11, *Oliari e altri c. Italia*, par. 178.

[56] L'esempio più famoso al riguardo è costituito dalla già citata sentenza resa l'11 giugno 2002 nel caso *Christine Goodwin*, dove si legge, al par. 85, che la Corte "attaches less importance to the lack of evidence of a common European approach to the resolution of the legal and practical problems posed, than to the clear and uncontested evidence of *a continuing international trend in favour not only of increased social acceptance of transsexuals but of legal recognition of the new sexual identity of post-operative transsexuals*" (corsivo nostro).

non previste dal diritto generale; in altri casi l'applicazione di quella stessa norma si fonda su di un'interpretazione autonoma di uno o più concetti, improntata ad un principio di favore per le vittime delle violazioni dei diritti umani. La combinazione di queste due tecniche, consolidandosi nel tempo, può condurre anche alla formazione di norme *ad hoc*, che finiscono con il sostituirsi alla disciplina generale. Il diritto non scritto finisce, insomma, per diventare fonte d'ispirazione per la creazione per via giurisprudenziale di norme aventi contenuto autonomo.

Una situazione di questo tipo sembrerebbe essersi realizzata in materia di previo esaurimento dei mezzi di ricorso interni. La regola del previo esaurimento, in base all'art. 35 della Convenzione, deve essere intesa "secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti". La Corte, tuttavia, come si sa, ha dichiarato spesso che, nell'ambito di un meccanismo di protezione dei diritti umani, la regola deve essere *interpretata con una certa flessibilità*, vale a dire in senso favorevole all'individuo, in modo tale da ridurre, ove possibile, gli ostacoli all'esercizio del diritto di ricorso[57]. Ciò ha condotto ad alcune importanti deviazioni dalla regola così come intesa nel settore della protezione diplomatica entro il quale essa si era originariamente consolidata. Si pensi, ad esempio, all'esclusione dei ricorsi straordinari dalla tipologia di ricorsi interni che devono essere esperiti prima di poter rivolgersi alla Corte o ancora all'interpretazione larga dei concetti di inaccessibilità, inefficacia o inadeguatezza, sempre riferiti ai ricorsi interni, ai fini dell'applicabilità della regola[58].

Allo stesso tempo, alla Corte non è estranea, in questa materia, la possibilità di ricostruire *eccezioni* alla regola del previo esaurimento dei mezzi di ricorso interni, in aggiunta alle eccezioni già consolidate nel diritto internazionale, al fine di tener conto del diverso contesto in cui la regola è chiamata ad operare (un sistema regionale di tutela dei diritti umani) rispetto a quello suo originario (il settore della protezione diplomatica). Un'ipotesi di questo tipo sembra costituita dalle cd. misure nazionali e prassi amministrative illecite e cioè al principio affermato dalla Corte per cui, allorquando la violazione che la vittima chiede di accertare s'inserisce in un contesto di violazioni ripetute nel tempo e di tolleranza da parte delle autorità statali, si deve presumere che i ricorsi interni non

[57] Cfr. R. PISILLO MAZZESCHI, *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, Torino, 2004, p. 194 ss.

[58] Per la giurisprudenza v. C. PITEA, *Art. 35*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 661 ss.

siano adeguati ed efficaci, con conseguente inapplicabilità della regola sul previo esaurimento[59].

9. *Quarto orientamento: il bilanciamento in senso stretto*

Un quarto orientamento che può assumere la giurisprudenza della Corte è costituito, infine, dal ricorso al bilanciamento in senso proprio, vale a dire ad un modello di giudizio in cui la dialettica tra l'esigenza di riconoscere la specialità della Convenzione in quanto strumento di protezione di diritti umani, da un lato, e l'esigenza di assicurare un'armonia tra le norme della Convenzione e le norme generali di diritto internazionale, da un altro lato, è risolta caso per caso, con prevalenza ora della prima, ora della seconda, senza pervenire a gerarchie fisse e stabili.

Diversamente dalle norme sulle immunità, che tendono a prevalere *sistematicamente* sul diritto di accesso al giudice[60], la Corte sembra in-

[59] Per la considerazione che la ripetizione di atti amministrativi con la tolleranza delle autorità statali non escluda in termini assoluti l'applicazione della regola, ma dia vita ad una presunzione nel senso dell'inadeguatezza ed inefficacia della regola v. R. PISILLO MAZZESCHI, *Esaurimento*…, cit., p. 191.

[60] La tecnica del bilanciamento era in realtà stata inizialmente impiegata in relazione al rapporto tra norme previste in trattati internazionali in materia di immunità di organizzazioni internazionali e diritto di accesso al giudice nei noti casi *Waite and Kennedy* e *Beer and Regan c. Germania*, decisi con due sentenze del 18 febbraio 1999, in cui la Corte aveva affermato che il riconoscimento dell'immunità ad un'organizzazione internazionale poteva essere considerato compatibile con il diritto di accesso al giudice a condizione che l'individuo potesse avvalersi di rimedi alternativi (va peraltro rammentato che la valutazione in concreto svolta dalla Corte in queste sentenze circa la sussistenza del requisito della proporzionalità era stata considerata in dottrina poco approfondita (v. per quest'ultima osservazione critica P. PUSTORINO, *Immunità giurisdizionale delle organizzazioni internazionali e tutela dei diritti fondamentali: le sentenze della Corte europea nei casi* Waite et Kennedy *e* Beer et Regan, in *Rivista di diritto internazionale*, 2000, p. 132 ss.). Quest'impostazione è stata tuttavia successivamente ripudiata nella decisione relativa al caso *Madri di Srebrenica*, almeno quando si tratta dell'ONU. Secondo la Corte, la sua giurisprudenza precedente non andrebbe interpretata in termini assoluti, ma tenendo conto della particolare natura delle funzioni assegnate alle Nazioni Unite, con conseguente sostanziale inapplicabilità della tecnica del bilanciamento caso per caso e soccombenza sistematica del diritto di accesso al giudice rispetto al fine del perseguimento della pace e della sicurezza internazionale (Corte europea dei diritti dell'uomo, 11 giugno 2013, *Associazione Madri di Srebrenica c. Paesi Bassi*, ricorso n. 65542/12, paragrafi 154, 164-165). Per considerazioni critiche su tale soluzione v. I. PAPA, *Immunità delle Nazioni Unite dalla giurisdizione e rapporti tra CEDU e diritto delle Nazioni Unite: la decisione della Corte europea dei diritti umani nel caso dell'*Associazione Madri di Srebrenica, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 27 ss.; F. ANDREOLI, *Immunità delle Nazioni Unite e protezione equivalente: l'affare* Associazione Madri di Srebrenica, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 443 ss.

cline ad impiegare la tecnica del bilanciamento in relazione ad altre norme consuetudinarie *materiali* che possono venire in rilievo nell'ambito del controllo di proporzionalità su misure di restrizione nel godimento di diritti convenzionalmente protetti.

Per un esempio abbastanza recente, in materia di diritto di proprietà, si può pensare alla sentenza resa il 16 luglio 2014 nel caso *Alisic*, in cui la Corte afferma che l'esigenza di rispettare le norme internazionali consuetudinarie in materia di successione degli Stati nei debiti contratti con privati può rilevare per stabilire se lo Stato convenuto è addivenuto ad un "fair balance" tra interessi generali e diritto di proprietà del ricorrente, come richiesto dall'art. 1 del Protocollo addizionale. In questa sentenza la Corte ha riconosciuto la Slovenia e la Serbia responsabili per il rifiuto opposto da due banche, rispettivamente la Ljubljanska Banka e la Investbanka, alla richiesta di restituire certe somme depositate presso di esse dai ricorrenti. Si trattava di somme in valuta straniera depositate all'epoca in cui ancora esisteva la Repubblica federale socialista di Iugoslavia e poi congelate, prima nel quadro di un insieme di misure di emergenza economica e poi per ragioni legate alla guerra civile. Una volta terminata la guerra, e passate le due banche sotto il controllo di Slovenia e Serbia, le somme non erano peraltro tornate nella disponibilità dei ricorrenti, in mancanza di un accordo tra i successori della ex Iugoslavia sulle modalità per ripartire questo tipo di debito.

La Corte, dopo aver riconosciuto, in linea di principio, la responsabilità di Serbia e Slovenia, essenzialmente a causa della natura pubblica delle due banche, ha accettato di prendere in considerazione l'esigenza di tener conto del diritto internazionale generale in materia, nell'ambito della valutazione dell'esistenza – nel caso concreto – di un ragionevole equilibrio tra interessi pubblici e privati[61].

[61] Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 luglio 2015, *Alisic e altri c. Bosnia ed Erzegovina, Croazia, Serbia, Slovenia ed ex Repubblica di Macedonia*, ricorso n. 60642/08, par. 120. Per ragioni di completezza, è opportuno ricordare che in questo caso la Corte ha finito con l'accertare l'esistenza di una violazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale, in base alla considerazione che il contenuto delle norme di diritto consuetudinario applicabili era diverso da come descritto dagli Stati convenuti. La Corte nota, infatti, che il diritto internazionale generale non si limita a richiedere ai successori di negoziare in buona fede una soluzione concordata, ma impone anche, qualora non si addivenga ad un accordo entro un tempo ragionevole, che i debiti siano ripartiti secondo il principio dell'"equa distribuzione" o, eccezionalmente, qualora si tratti di debiti localizzabili (categoria nella quale peraltro chiaramente non rientravano i debiti verso i ricorrenti), in base al principio della distribuzione su base "territoriale" *Ibid.*, paragrafi 121-123.

10. *Conclusioni*

È possibile a questo punto svolgere qualche osservazione finale, non senza aver prima ricordato che il problema affrontato in queste pagine, che attiene alla possibilità di ricostruire un "modello" di rapporti tra diritto internazionale generale e Convenzione al quale la Corte s'ispiri, è solo uno tra i diversi problemi che rientrano nel più ampio tema dei rapporti tra il diritto generale e il sistema della Convenzione[62].

Solo a questo aspetto della tematica si riferiscono pertanto le considerazioni che mi appresto a svolgere. Più precisamente, si tratta di due osservazioni circa i rapporti tra la giurisprudenza esaminata e la questione della cd. frammentazione del diritto internazionale. Da questo punto di vista, il quadro che abbiamo tracciato sin qui delinea una dialettica tra generalità e specialità che non si presta ad essere spiegato ricorrendo al concetto di frammentazione, ma che è il segno, peraltro, di una marcata autonomia del sistema di protezione dei diritti umani istituito con la Cedu.

La prima osservazione riguarda la prospettiva che negli studi sulla frammentazione viene definita come *istituzionale*, poiché ha a che fare con il ruolo svolto dalla Corte in questo ambito. Come dovrebbe essere chiaro a questo punto del discorso, il quadro che emerge dall'analisi della giurisprudenza non consente di ricostruire un modello unitario di riferimento della Corte in tema di rapporti tra diritto generale e trattati. Dal quadro tracciato, che si presenta, al contrario, piuttosto complesso ed articolato, se non addirittura, a sua volta, "frammentato", non escono pertanto rafforzate le opinioni, di recente sostenute in dottrina, che tendono a rappresentare la Corte addirittura come un garante dell'unità dell'ordinamento internazionale[63], dopo che proprio la Corte era stata per anni accusata di costituire uno dei più seri rischi di carattere istituzionale per tale unità[64].

[62] Cfr. *supra*, par. 1.

[63] Cfr. ad esempio, di recente, A. RACHOVITSA, *Fragmentation of International Law Revisited: Insights, Good Practices, and Lessons to be Learned from the Case Law of the European Court of Human Rights*, in *Leiden Journal of International Law*, 2015, p. 863 ss. ("The independent reliance of the Court upon PIL norms evidences that mitigating the difficulties arising due to the fragmentation of PIL is the Court's duty and one of its priorities").

[64] Si pensi al "fastidio" manifestato da Jennings per l'insistenza della Corte sulle ragioni di specialità della Convenzione. Cfr. R. Y. JENNINGS, *The Judiciary, International and National, and the Development of International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1996, p. 1 ss., 5 ("I feel bound to say that I find this insistence on separateness disturbing").

L'argomento principale usato in questa linea teorica per sostenere che la Corte avrebbe adottato un "open and integrationist approach to international law" consiste nella circostanza che essa si preoccupa costantemente di riconoscere che la Convenzione è *parte* dell'ordinamento internazionale[65]. Tuttavia, come abbiamo potuto notare, già sul piano dei semplici proclami, a quest'affermazione si accompagna sempre, nella giurisprudenza, il riferimento alle esigenze di specialità della Convenzione, quale trattato in materia di diritti umani. Inoltre, se alla constatazione dei proclami si aggiunge un'analisi più approfondita della giurisprudenza, diventa agevole costatare che tali esigenze vengono sempre in rilievo, anche se in modo e con un peso diverso a seconda dell'approccio di volta in volta seguito (approccio tradizionale; limiti alla presunzione di conformità; limiti al principio d'integrità; bilanciamento in senso stretto, ecc.). Ecco perché pare condivisibile, in quanto maggiormente realistica, l'opinione secondo cui la giurisprudenza della Corte oscilla tra due diversi modelli: un *closed paradigm*, vale a dire un modello "marked by judicial restraint and few references to international law" ed un *open paradigm*, "characterized by a high level of judicial activism and unhindered references to international law"[66]. Alla tesi ora riferita si può peraltro obiettare che le possibilità di scelta della Corte non si esauriscono a questi due "paradigmi" antitetici, ma comprendono una gamma più estesa e articolata di modelli, come risulta dalla ricostruzione che abbiamo offerto nei precedenti paragrafi.

Il secondo spunto di riflessione riguarda sempre la questione della frammentazione, vista però adesso da un punto di vista *normativo*, poiché ha ad oggetto l'impatto che il quadro frastagliato che emerge dalla giurisprudenza esaminata può avere sulla questione del valore delle norme consuetudinarie come "presidio anti-frammentazione". Si tratta di capire, in altri termini, se questa giurisprudenza, nella sua complessità, può dirci qualcosa riguardo ad un problema su cui si scontrano da qual-

[65] Cfr. I. ZIEMELE, *Customary International Law*, cit., p. 244 ("The Court continued spelling out what could be seen as its pronouncement of an open and integrationist approach to international law").

[66] Cfr. M. FOROWICZ, *The Reception*, cit., p. 5. La scelta tra i due modelli, poi, secondo l'autrice, "largely depends on the results that need to be achieved and on whether the external sources are compliant with the specific character of the ECHR". Ci sembra che quanto notato nel testo circa la complessità che assume nella giurisprudenza il problema di contemperare esigenze di carattere sistematico ed esigenze di specialità della Cedu, emerga, anche se con accenti diversi, negli scritti di giudici ed ex giudici della Corte. Cfr. in particolare L. WILDHABER, *The European Convention on Human Rights and International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2007, p. 217 ss., ma anche il già citato lavoro di I. ZIEMELE, *Customary International Law*, cit., *passim*.

che tempo in dottrina "specialisti" e "generalisti": se cioè il diritto consuetudinario sia in grado di mantenere unito l'ordinamento internazionale di fronte alle spinte centrifughe provenienti dai diversi sotto-sistemi in cui esso sembrerebbe andando frazionandosi[67].

Sotto questo diverso profilo, la giurisprudenza della Corte non soltanto non dà al problema una risposta definitiva, ma ci restituisce un problema più complesso, in cui i rapporti tra diritto generale e Convenzione non rispondono alla logica lineare dell'alternativa generalità/specialità, ma si fanno più aggrovigliati.

Da un lato, infatti, la Corte fa spesso uso del diritto consuetudinario, vuoi per interpretare la Convenzione, vuoi per integrare le lacune del sistema. Una simile considerazione sembrerebbe spingere nella direzione auspicata dall'approccio generalista. Da un altro lato, però, è importante sottolineare che se le norme consuetudinarie hanno potuto svolgere queste funzioni nel sistema convenzionale è anche per una particolare qualità che tali norme hanno mostrato di possedere, *quantomeno nelle mani dei giudici di Strasburgo*, una qualità che potrebbe essere definita ricorrendo al termine "elasticità". Non intendiamo qui riferirci al concetto di flessibilità, che consiste, come noto, nella derogabilità della consuetudine da parte dei trattati[68]. Si tratta piuttosto di riconoscere che, in funzione dei valori protetti dal sistema in cui vengono chiamate ad operare, le norme consuetudinarie si sono rivelate suscettibili di subire vere e proprie alterazioni quanto al loro contenuto o al loro ambito di applicazione. Tali alterazioni possono consistere poi sia in *aggiunte* che in *sottrazioni*. Da un lato, ad esempio, la tecnica che abbiamo definito come "interpretazione autonoma" consente alla Corte d'introdurre concetti, per esempio quello di "consenso europeo", ignoti al diritto consuetudinario, anche se rispondenti alla più generale esigenza, che questo diritto in una certa misura tiene in considerazione – o quanto meno non vieta di tenere in considerazione – di assicurare che certi trattati siano interpretati in modo dinamico. Da un altro lato, invece, la tecnica manipolativa consistente nella creazione di eccezioni, permette alla Corte di sottrarre certe fattispecie dall'ambito di applicazione di una norma generale.

[67] V., per una riaffermazione del ruolo della consuetudine a garanzia del carattere unitario dell'ordinamento, L. CONDORELLI, *Customary International Law: The Yesterday, Today, and Tomorrow of General International Law*, in A. CASSESE (ed.), *Realizing Utopia. The Future of International Law*, Oxford, 2012, p. 147 ss., 150 ("Customary international law has a central role to play in the life of international relations, since it has the task of providing the unitary legal framework of principles and rules by which to ensure coherence in the system as a whole").

[68] Cfr. per tutti B. CONFORTI, *Diritto internazionale*[10], Napoli, 2014, p. 185 s.

Si può anzi notare che questa elasticità crea in certi casi delle situazioni a prima vista paradossali. Può accadere, per esempio, che una norma consuetudinaria, richiamata dalla Corte per integrare il contenuto della Convenzione, sia fatta a sua volta oggetto di un'argomentazione integrativa, nel senso che il suo contenuto è *integrato* dalla Corte partendo dai valori su cui la Convenzione si fonda (si pensi ai principi generali in materia di previo esaurimento dei mezzi di ricorso)[69]. Così come può accadere che una norma consuetudinaria, usata per interpretare nozioni contenute nel testo della Convenzione, sia a sua volta *interpretata* alla luce dell'oggetto e dello scopo della Convenzione e dei valori che ne sono a fondamento (si pensi ai rapporti tra i concetti di "prassi successiva ai fini dell'interpretazione di un trattato" e di "consenso europeo")[70]. Simili situazioni testimoniano che per la Corte "the relationship of general international law with the Convention is a dynamic and evolutive one, in the sense that the Convention and international law find themselves in a kind of interactive mutual relationship, checking and building on each other"[71].

[69] Cfr. *supra*, par. 8.
[70] Cfr. *supra*, par. 7.
[71] Cfr. L. WILDHABER, *The European Convention on Human Rights and International Law*, cit., p. 232.

IL DIRITTO NON SCRITTO NEL SISTEMA DELLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE

Beatrice I. BONAFÈ*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Sullo sfondo … il dibattito sul diritto internazionale penale applicabile. – 3. Le disposizioni dello Statuto relative al diritto applicabile. – 4. Il diritto non scritto nella giurisprudenza della Corte penale internazionale. – 4.1. Il rinvio espresso al diritto consuetudinario. – 4.2. Lacune e ricorso al diritto non scritto a fini interpretativi. – 4.3. Il ruolo dei diritti umani internazionalmente riconosciuti. – 4.4. L'incerto valore della dottrina. – 4.5. Infine, i propri precedenti giurisprudenziali. – 5. Il giudice internazionale *bouche de la loi*.

1. *Introduzione*

Il problema della perdurante o declinante rilevanza del diritto non scritto si pone anche in relazione al diritto internazionale penale. Si potrebbe anzi ritenere che in questo ambito del diritto internazionale il problema abbia un'importanza particolare dato il suo sviluppo assai recente, la presenza di vasti regimi non coperti da norme scritte – si pensi solo ai crimini contro l'umanità –, e non ultimo per il fatto che le norme penali dovrebbero essere caratterizzate da un elevato grado di certezza.

Il presente contributo esaminerà la questione limitatamente alla Corte penale internazionale (CPI). Il suo scopo essenziale è determinare se il diritto non scritto svolga ancora un ruolo significativo oppure appaia del tutto secondario nel sistema della Corte. A tal fine si ripercorreranno: in primo luogo, i termini principali del dibattito che riguarda l'applicazione del diritto non scritto nel diritto internazionale penale; in secondo luogo, le disposizioni dello Statuto che disciplinano il diritto applicabile dalla Corte; e, in terzo luogo, le principali decisioni che mostrano quali strumenti sono stati concretamente impiegati dalla Corte per fare ricorso al diritto non scritto; per giungere infine a una valutazione complessiva del ruolo che il diritto non scritto ricopre oggi nel sistema della Corte.

* Associato di Diritto Internazionale, Università di Roma "La Sapienza".

2. *Sullo sfondo ... il dibattito sul diritto internazionale penale applicabile*

L'applicazione del diritto non scritto da parte del giudice internazionale penale è oggetto di un vivo dibattito in dottrina. Semplificando i termini di tale dibattito, due approcci prevalenti possono essere schematicamente indicati.

Il primo approccio si sviluppa solitamente a partire da una critica dell'operato dei tribunali *ad hoc* – i quali avrebbero fatto un ricorso eccessivo al diritto non scritto nella definizione del diritto internazionale penale applicabile in base ai propri statuti – per giungere alla conclusione che occorre relegare il diritto non scritto a una posizione subordinata al diritto scritto[1], quando non si auspica una decisa *marginalizzazione* delle norme internazionali penali non scritte[2]. Diversi sono gli ostacoli che si opporrebbero all'applicazione del diritto non scritto nel quadro del diritto internazionale penale. Primo fra tutti, il principio di legalità esclude l'applicazione di norme che non siano sufficientemente precise e prevedibili e tra queste si annoverano appunto le norme non scritte. In secondo luogo, si afferma la difficoltà di rinvenire nel diritto non scritto il fondamento di norme internazionali penali di natura soprattutto procedurale a causa della profonda differenza che caratterizzerebbe, da una parte, i sistemi processuali di *common law* e di *civil law* e, dall'altra, quella tra le norme che regolano il processo penale davanti a diversi tribunali internazionali penali. Nelle sue versioni più estreme, questa linea argomentativa porta alcuni a ritenere che, a causa di un contrasto insanabile tra il principio di legalità e il diritto non scritto, il secondo non dovrebbe trovare applicazione alcuna nel diritto internazionale penale[3] e che, per lo stesso motivo, i metodi interpretativi codificati dalla convenzione di Vienna del 1969 non sarebbero applicabili nel diritto internazionale penale[4]. In sostanza, ciò che si vuole evitare è un intervento "creatore" del

[1] Così ad esempio D. AKANDE, *Sources of international criminal law*, in A. CASSESE (a cura di), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, 2009, p. 49 ss.

[2] Si veda in particolare L. VAN DEN HERIK, *The decline of customary international law as a source of international criminal law*, Grotius Centre Working Paper 2014/038-ICL, disponibile su ssrn.com/abstract=2587622.

[3] G.P. FLETCHER, J.D. OHLIN, *Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2005, p. 539 ss.; B. VAN SCHAACK, Crimen Sine Lege: *Judicial Lawmaking at the Intersection of Law and Morals*, in *The Georgetown Law Journal*, 2008, p. 119 ss.

[4] D. JACOBS, *Positivism and International Criminal Law: The Principle of Legality as a Rule of Conflict of Theories*, in J. D'ASPREMONT, J. KAMMERHOFER (a cura di), *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, Cambridge, 2014, p. 466 ss.

giudice internazionale penale il quale dovrebbe limitarsi, secondo il precetto montesquieuiano, all'applicazione di norme scritte il cui contenuto sia conoscibile e il cui esito applicativo sia prevedibile.

Il secondo approccio si oppone a tale marginalizzazione e parte dal presupposto di una necessaria ricontestualizzazione dell'applicazione del diritto internazionale penale nel suo ordinamento di appartenenza. Se l'operato dei tribunali *ad hoc* non è sempre esente da critiche, in particolare per il modo in cui il diritto non scritto è stato ricostruito[5], la dottrina ricorda come il diritto non scritto faccia parte delle fonti normalmente applicabili per non dire indispensabili al giudice internazionale, quello penale incluso[6]. Il diritto internazionale generale è considerato come perfettamente compatibile con il principio di legalità così come sancito nei trattati internazionali a tutela dei diritti dell'uomo e come confermato dalla giurisprudenza degli organi internazionali deputati alla loro applicazione e interpretazione[7].

Inevitabilmente, tale dibattito si riflette sull'interpretazione delle norme dello Statuto di Roma che disciplinano il diritto applicabile dalla Corte penale internazionale. Per i primi, lo Statuto intenderebbe fornire, mediante norme chiare e dettagliate, una disciplina pressoché esaustiva, offrirebbe un quadro procedurale specifico – che si differenzia da quello degli altri tribunali penali internazionali – e non lascerebbe pertanto spazio al diritto non scritto se non in presenza di un espresso rinvio. Per i secondi, il ricorso al diritto non scritto non è escluso dallo Statuto e sarebbe anzi doveroso al fine di evitare che la preferenza per le norme

[5] La questione è stata ampiamente discussa in dottrina. Si vedano in generale L. GRADONI, Nullum Crimen Sine Consuetudine – *A Few Observations on How the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia Has Been Identifying Custom*, *ESIL Inaugural Conference 13-15 May 2004*, disponibile su www.esil-sedi.eu/sites/default/files/Gradoni_0.PDF; B. SCHLÜTTER, *Constitutionalisation at its best or at its worst? Lessons from the development of customary international criminal law*, *ESIL Biennial Conference 18-20 May 2006*, disponibile su www.esil-sedi.eu/sites/default/files/Schleutter.PDF.

[6] Si veda in particolare A. PELLET, *Applicable Law*, in A. CASSESE, P. GAETA, J.R.W.D. JONES (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. II, Oxford, 2002, p. 1054 ss. Secondo alcuni la giurisprudenza dei tribunali *ad hoc* fornisce persino l'esempio migliore di come le decisioni dei tribunali internazionali debbano ormai essere equiparate a nuove espressioni "consuetudinarie" del diritto internazionale contemporaneo (R.B. BAKER, *Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates*, in *European Journal of International Law*, 2010, p. 184 ss.).

[7] L. CONDORELLI, *Présentation de la IIème partie*, in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet (a cura di), *Droit international pénal*, Paris, 2000, p. 246. Per una decisione recente della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia si veda Grande Camera, *Kononov c. Lettonia*, ricorso n. 36376/04, sentenza del 17 maggio 2010, par. 237 e 243.

scritte dello Statuto "congeli" le norme del diritto internazionale penale[8], accresca il divario tra il regime convenzionale e il diritto internazionale generale[9] e di riflesso impedisca lo sviluppo di quest'ultimo[10].

L'analisi che segue intende lasciare questo dibattito sullo sfondo e concentrarsi sulle norme dello Statuto e soprattutto sull'uso che ne hanno fatto i giudici della Corte in questi primi anni di attività.

3. *Le disposizioni dello Statuto relative al diritto applicabile*

L'articolo 21 dello Statuto di Roma contiene norme specifiche sul diritto applicabile dalla Corte, circostanza peraltro assai comune – se non negli statuti dei tribunali penali internazionali[11] – negli strumenti che creano organi giurisdizionali internazionali[12]. Altre disposizioni dello Statuto completano il quadro fornendo precisazioni sul diritto applicabile nel sistema della CPI o sui limiti che tale diritto incontra.

La Corte è tenuta ad applicare "in primo luogo" lo Statuto, gli Elementi dei crimini e il Regolamento di procedura e prova (lettera (a)) e "in secondo luogo", se lo ritiene opportuno, trattati, principi e regole del diritto internazionale (lettera (b))[13]. In mancanza di simili norme, la Cor-

[8] A. PELLET, *Applicable Law*, cit., p. 1056.

[9] La distinzione tra regime convenzionale e diritto internazionale generale appare già presupposta dall'articolo 10 dello Statuto di Roma per cui "Aucune disposition du présent chapitre ne doit être interprétée comme limitant ou affectant de quelque manière que ce soit les règles du droit international existantes ou en formation qui visent d'autres fins que le présent Statut".

[10] A. CASSESE, *The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections*, in *European Journal of International Law*, 1999, p. 157 ss.

[11] G. BITTI, *Article 21 and the Hierarchy of Sources of Law before the ICC*, in C. STAHN (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, 2015, p. 412.

[12] Si vedano, a mero titolo esemplificativo, l'articolo 35 del Règlement d'Arbitrage della Corte permanente di arbitrato (del 2012), l'articolo 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, l'articolo 42 della Convenzione ICSID, l'articolo 23 dello Statuto del Tribunale internazionale del diritto del mare.

[13] L'articolo 21 recita: «1. La Cour applique a) en premier lieu, le présent Statut, les éléments des crimes et le Règlement de procédure et de preuve; b) en second lieu, selon qu'il convient, les traités applicables et les principes et règles du droit international, y compris les principes établis du droit international des conflits armés; à défaut, les principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde, y compris, selon qu'il convient, les lois nationales des États sous la juridiction desquels tomberait normalement le crime, si ces principes ne sont pas incompatibles avec le présent Statut ni avec le droit international et les règles et normes internationales reconnues. 2. La Cour peut appliquer les principes et règles de droit tels qu'elle les a interprétés dans ses décisions antérieures. 3.

te può ricorrere ai principi generali dedotti dagli ordinamenti interni (lettera (c)). La diposizione, al paragrafo 2, aggiunge la possibilità che la Corte applichi principi e regole secondo l'interpretazione adottata in precedenti pronunce. Infine, il paragrafo 3 precisa che il diritto applicabile dalla Corte deve essere conforme ai "diritti dell'uomo internazionalmente riconosciuti".

Da un'interpretazione letterale dello Statuto si ricava una certa *preferenza* per il diritto scritto. Le altre fonti del diritto internazionale e in particolare il diritto non scritto appaiono applicabili solo in via sussidiaria, ma l'articolo 21 non sembrerebbe dar luogo a una gerarchia tra le fonti delle lettere (a) e (b)[14]. Da questo punto di vista, la norma rispecchia l'ordine normalmente seguito dal giudice internazionale – si pensi *in primis* all'ordine in cui l'articolo 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia elenca le norme da essa applicabili – incluso quello penale *ad hoc*. Appaiono invece *sicuramente marginalizzati* i principi generali comuni agli ordinamenti interni i quali avevano dato luogo a un ampio dibattito durante i lavori preparatori dello Statuto a causa della discrezionalità di cui godrebbe il giudice nella loro ricostruzione[15]. Quanto alla possibilità offerta alla Corte di sviluppare una *jurisprudence constante*, essa rappresenta senz'altro un'opportunità per rendere più prevedibili e certe le norme applicate dalla Corte, sebbene a tal fine non appaia indispensabile la presenza di una specifica disposizione facoltizzante. Più interessante è l'articolo 21(3), che dovrebbe porre un *limite* al diritto applicabile dalla Corte sottoponendolo al vaglio del rispetto dei diritti umani ma che non è sempre stato considerato tale nella prassi giurisprudenziale.

Merita ricordare anche l'articolo 22 dedicato al principio *nullum crimen sine lege* il quale, al paragrafo 2, precisa che le norme incriminatrici devono essere interpretate a) in maniera restrittiva e b) senza poter

L'application et l'interprétation du droit prévues au présent article doivent être compatibles avec les droits de l'homme internationalement reconnus et exemptes de toute discrimination fondée sur des considérations telles que l'appartenance à l'un ou l'autre sexe tel que défini à l'article 7, paragraphe 3, l'âge, la race, la couleur, la langue, la religion ou la conviction, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale, ethnique ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre qualité».

[14] In questo senso J. VERHOEVEN, *Article 21 of the Rome Statute and the Ambiguities of Applicable Law*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 2002, p. 11.

[15] M.M. DE GUZMAN, *Article 21 – Applicable Law*, in TRIFFTERER (a cura di), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2 ed., Munich, 2008, p. 702 s.

far ricorso all'analogia, secondo due corollari classici del principio di legalità[16].

Nel complesso, se ne può dedurre una certa intenzione degli Stati che hanno redatto lo Statuto di limitare il potere discrezionale dei giudici nella determinazione del diritto applicabile. Innanzitutto, si è accordato un *ruolo preminente allo Statuto*, che prevale sul Regolamento di procedura e prova[17], e che, almeno in linea di principio, dovrebbe prevalere anche sugli Elementi dei crimini i quali hanno solo la funzione di "assistere" la Corte nell'interpretazione e applicazione delle norme incriminatrici[18]. In secondo luogo, è lo Statuto che si premura di specificare alcuni ambiti in cui è apparso appropriato lasciare una discrezionalità maggiore al giudice, così come emerge dall'articolo 8 relativo ai crimini di guerra o dall'articolo 31 relativo alle esimenti[19]. Infine, lo Statuto circoscrive il ricorso alla fonte più controversa, ovvero i principi generali derivati dagli ordinamenti interni.

Il ruolo preminente del diritto scritto e in particolare dello Statuto non può essere compreso senza però prendere in considerazione lo sforzo di *codificazione* e *precisazione* delle norme del diritto internazionale penale che la Corte è chiamata ad applicare e che dovrebbe, almeno in teoria, circoscrivere l'impiego di fonti normative esterne allo Statuto. Tale sforzo appare senz'altro apprezzabile non solo nella parte "speciale" – ovvero nelle definizioni dei crimini fornite dagli articoli da 6 a 8 *bis* e completate dagli Elementi dei crimini – ma soprattutto nella definizione di una parte "generale" che include i principi generali del diritto internazionale penale[20] e le principali forme di partecipazione alla com-

[16] Si veda in generale A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford, 2003, p. 22 ss.

[17] Ai sensi dell'articolo 51, par. 5, dello Statuto «En cas de conflit entre le Statut et le Règlement de procédure et de preuve, le Statut prévaut».

[18] Secondo l'articolo 9, par. 1, dello Statuto «Les éléments des crimes aident la Cour à interpréter et appliquer les articles 6, 7 et 8», mentre l'articolo 9, par. 3, chiarisce che «Les éléments des crimes et les amendements s'y rapportant sont conformes au présent Statut».

[19] L'articolo 31, par. 3, la Corte può, durante il processo, «prendre en considération un motif d'exonération autre que ceux qui sont prévus au paragraphe 1, si ce motif découle du droit applicable indiqué à l'article 21. La procédure d'examen de ce motif d'exonération est fixée dans le Règlement de procédure et de preuve».

[20] Un primo tentativo di codificare alcuni principi generali del diritto internazionale penale si rinviene già in alcune disposizioni del Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità adottato dalla Commissione del diritto internazionale nel 1996 (Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, vol. II(2), articoli da 1 a 15).

missione di crimini internazionali che comportano la responsabilità penale individuale[21].

Tuttavia, a seconda che l'enfasi venga posta sull'opera di *codificazione* – ovvero sulla conformità delle norme dello Statuto al diritto consuetudinario – oppure quella di *precisazione* – ovvero sulle loro specificità nei confronti delle norme esistenti di diritto internazionale generale – necessariamente il ruolo del diritto non scritto verrà apprezzato in maniera diversa: nel primo caso, esso sarà la naturale fonte normativa da chiamare in causa quando sia necessario interpretare o integrare le disposizioni dello Statuto; nel secondo caso, la specificità dello Statuto potrebbe agevolmente giustificare una disciplina divergente rispetto al diritto generale esistente. Se questi due possibili approcci non si escludono reciprocamente, essi potrebbero spiegare alcune posizioni altalenanti assunte dalla Corte nella sua giurisprudenza.

4. *Il diritto non scritto nella giurisprudenza della Corte penale internazionale*

Le prime pronunce della Corte sembrano confermare quanto emerge da un'interpretazione testuale dello Statuto e indicare un'apparente *marginalizzazione* del diritto non scritto. Alcuni autori hanno infatti ritenuto che le prime decisioni della Corte tendessero a "restricting the application of both Article 21(1)(b) and (c), in order to give full effect to the superiority of the Statute and the Rules regarding the procedural framework of the Court—a result certainly intended by the states when drafting the Statute and the Rules"[22]. Tre aspetti principali possono essere segnalati.

In primo luogo, è del tutto eccezionale trovare nelle decisioni della Corte riferimenti espliciti al diritto non scritto. Quanto ai rari tentativi dell'accusa di invocare l'applicazione di principi generali comuni agli ordinamenti interni, la Corte ha solitamente concluso per l'inesistenza di simili norme[23]. In secondo luogo, fin dalle prime pronunce la Corte ha

[21] Si veda l'articolo 25 dello Statuto di Roma. Tale disposizione non appare sempre conforme al diritto consuetudinario – si pensi solo alle modalità attraverso le quali può essere commesso un genocidio secondo l'articolo II della Convenzione del 1948 che non trovano sempre riscontro nello Statuto di Roma – e mostra sotto diversi aspetti piuttosto un tentativo di sviluppo progressivo.

[22] G. BITTI, *Article 21 and the Hierarchy of Sources of Law before the ICC*, cit., p. 427.

[23] Si vedano, ad esempio, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, 13 luglio 2006, Appeals Chamber, *Judgment on the Prosecutor's Application for Extraordi-*

confermato non solo una predilezione, per certi versi comprensibile, per il diritto scritto dello Statuto ma ha anche fatto leva sulla specificità delle soluzioni procedurali o sostanziali accolte nelle sue disposizioni[24]. In terzo luogo, la Corte ha espresso una chiara preferenza per le fonti "interne", quelle elencate all'articolo 21(1)(a), dello Statuto, poiché ha relegato l'applicazione delle fonti "esterne" del diritto internazionale, quelle elencate all'articolo 21(1), lettere (b) e (c), a una posizione inferiore rispetto alle prime dal momento che le seconde, incluso il diritto non scritto, si applicano solo in presenza di una lacuna nelle fonti interne, tanto che la giurisprudenza ha qualificato come *gerarchico* il rapporto tra fonti interne e fonti esterne[25].

Tuttavia, non ci si può limitare a questa prima, superficiale impressione. Il diritto consuetudinario comincia a fare un'apparizione più consistente nelle decisioni più recenti e la giurisprudenza della Corte – dopo aver rassicurato gli Stati sul ruolo delle norme dello Statuto e sul rispetto del principio di legalità – sembra aver trovato nelle maglie dell'articolo 21 e più in generale dello Statuto il modo per fare un ricorso *sistematico* al diritto internazionale non scritto. Gli strumenti principali usati a tal fine, che possono a volte sollevare qualche incertezza e ambiguità, sono analizzati qui di seguito.

nary Review of Pre-Trial Chamber I's 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal, par. 32 («It emerges from the above that nothing in the nature of a general principle of law exists or is universally adopted entailing the review of decisions of hierarchically subordinate courts disallowing or not permitting an appeal»); *Prosecutor v. Lubanga*, 14 dicembre 2006, Appeals Chamber, *Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19 (2) (a) of the Statute of 3 October 2006*, par. 33 («The doctrine of abuse of process as known to English law finds no application in the Romano-Germanic systems of law.») e 35 («The power to stay proceedings for abuse of process, as indicated, is not generally recognised as an indispensable power of a court of law,an inseverable attribute of the judicial power.»).

[24] Così, tra le altre, *Procureur c. Lubanga*, 30 novembre 2007, Chambre de première instance I, *Décision relative aux pratiques employées pour préparer et familiariser les témoins avant qu'ils ne déposent au procès*, par. 44-45.

[25] *Procureur c. Katanga*, 7 marzo 2014, Chambre de première instace II, *Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut*, par. 39 («La Chambre tient à souligner que l'article 21 du Statut établit une hiérarchie des sources du droit applicable et que, dans toute décision qu'elle est appelée à rendre, elle se doit de faire application, "en premier lieu ", des dispositions pertinentes du Statut. Compte tenu de la hiérarchie ainsi instaurée, la Chambre n'appliquera dès lors les sources de droit subsidiaires prévues aux articles 21-1-b et 21-1-c du Statut que lorsqu'elle constatera qu'il existe un vide juridique dans les dispositions du Statut, des Eléments des crimes et du Règlement»).

4.1. Il rinvio espresso al diritto consuetudinario

Alcune norme statutarie contengono un esplicito riferimento al diritto consuetudinario. Se la Corte non ha avuto modo di utilizzare l'opportunità offerta dall'articolo 31, essa ha invece colto quella contenuta nell'articolo 8 relativo ai crimini di guerra. In particolare, l'articolo 8(2)(b), così come l'articolo 8(2)(e), rinviano espressamente alle leggi e consuetudini di guerra, ovvero al diritto non scritto.

In generale, la Corte ha considerato che in questi casi l'articolo 8 deve essere interpretato alla luce del diritto internazionale, incluso il diritto non scritto, e in particolare quello dei conflitti armati. Ad esempio, essa ha affermato che l'interpretazione dell'articolo 8(2)(e)(vii) deve essere conforme all'"established framework of the international law of armed conflict"[26]. In tre occasioni, la Corte ha fatto un richiamo espresso alle norme consuetudinarie. Essa ha considerato che gli "attacchi indiscriminati" sono vietati dal diritto consuetudinario[27]; che il fondamento della liceità dei "danni collaterali" va rinvenuto in una norma consuetudinaria[28]; e che la "proibizione di usare i bambini soldato" è ugualmente dettata da una norma consuetudinaria[29]. Va sottolineato però che in queste decisioni la Corte non ha dimostrato l'esistenza della norma consuetudinaria attraverso un esame della relativa prassi e *opinio juris*, ma essa ha essenzialmente fatto rinvio alla giurisprudenza precedente dei tribunali penali internazionali, quali il Tribunale penale internazionale per la ex Iugoslavia (ICTY) oppure la Corte speciale per la Sierra Leone, considerata come prova sufficiente dell'esistenza di simili norme consuetudinarie.

In altri casi è meno chiaro se la Corte abbia applicato norme "esterne" di diritto internazionale, ovvero la Corte non ha specificato se l'articolo 8 sia stato considerato come una norma di codificazione del diritto consuetudinario e quindi sia stato interpretato in modo conforme

[26] *Prosecutor v. Lubanga*, 1 dicembre 2014, Appeals Chamber, Jugement on *the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction*, par. 322.

[27] *Procureur c. Katanga*, 7 marzo 2014, Chambre de première instance II, *Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut*, par. 802.

[28] *Ibid*., par. 895.

[29] *Prosecutor v. Lubanga*, 1 dicembre 2014, Appeals Chamber, *Jugement on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction*, par. 327. Più in particolare, la Corte ha affermato che la nozione di "reclutamento" di bambini soldato, che non è definita dallo Statuto, deve essere ricostruita interpretando l'articolo 8 alla luce degli articoli 21 e 22 dello Statuto e della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (*Prosecutor v. Lubanga*, 14 marzo 2012, Trial Chamber I, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, par. 600-625).

ad esso oppure se tale disposizione, considerata lacunosa, sia stata integrata dall'applicazione di norme consuetudinarie per il tramite dell'articolo 21(1)(b). Quanto alla nozione di "conflitto armato", la Corte ha prima ritenuto che essa dovesse essere ricostruita tenendo conto dell'articolo 21(1)(b) nonché dell'articolo 21(3) e a tal fine la Corte ha fatto riferimento alle Convenzioni di Ginevra, al Commentario del Comitato internazionale della Croce rossa e alla giurisprudenza dell'ICTY[30], per poi fare sostanzialmente proprie sia la definizione di conflitto internazionale e di "*controllo globale*" sia la definizione di conflitto interno sviluppate dalla giurisprudenza dell'ICTY[31]. Anche quando la Corte ha accordato particolare importanza all'articolo 21(2) dello Statuto, la stessa questione è stata risolta con un rinvio alla giurisprudenza precedente dei tribunali penali internazionali[32]. In merito alla nozione di "attacco contro i *peacekeepers*", la Corte ha ritenuto che l'articolo 8(2)(e)(iii) andasse applicato in conformità con quanto disposto dall'articolo 21(1)(b) facendo rinvio alle Convenzioni di Ginevra[33]. Per quanto riguarda infine la nozione di "partecipazione diretta alle ostilità", la Corte ha ammesso che essa non fosse definita né dallo Statuto né dal diritto internazionale; se un ricorso all'articolo 21(1)(c) poteva apparire appropriato, la Corte ha ritenuto di poter interpretare l'articolo 8 facendo riferimento al Commentario del Comitato internazionale della Croce rossa e al Secondo Protocollo alle Convenzioni di Ginevra relegando in una nota le citazioni della pertinente giurisprudenza dell'ICTY[34].

Resta da capire se la presenza di un termine non definito dallo Statuto o dagli Elementi dei crimini comporti l'esistenza di una lacuna, il che richiederebbe a sua volta l'applicazione di fonti "esterne" allo Statuto ai sensi dell'articolo 21(1), lettere (b) e (c), oppure se la questione sia considerata dalla Corte come mera interpretazione delle norme pertinenti dello Statuto.

[30] *Procureur c. Lubanga*, 29 gennaio 2007, Chambre préliminaire I, *Décision sur la confirmation des charges*, par. 205.

[31] *Ibid*., par. 211 e 233.

[32] *Procureur c. Bemba*, 15 giugno 2009, Chambre préliminaire II, *Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo*, par. 218.

[33] *Prosecutor v. Abu Garda*, 8 febbraio 2010, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the Confirmation of Charges*, par. 64-65.

[34] *Procureur c. Katanga*, 7 marzo 2014, Chambre de première instance II, *Jugement rendu en l'application de l'article 74 du Statut*, par. 789-790.

4.2. Lacune e ricorso al diritto non scritto a fini interpretativi

Nella stragrande maggioranza dei casi è senz'altro un'esigenza interpretativa che ha permesso alla Corte di fare rinvio al diritto internazionale non scritto mediante un ricorso al "metodo interpretativo" dell'articolo 31(3)(c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Lo strumento non ha niente di innovativo – esso permette di interpretare una disposizione alla luce di qualsiasi regola internazionale pertinente applicabile fra le parti – e costituisce una delle norme più citate dai giudici internazionali. Questo strumento ha permesso alla CPI di giustificare non solo il richiamo di norme convenzionali o consuetudinarie ma soprattutto il sistematico ricorso alla giurisprudenza "esterna" come prova dell'esistenza di norme non scritte cui la Corte ha fatto riferimento per applicare le disposizioni dello Statuto; al riguardo, le note a piè di pagina delle decisioni della Corte sono solitamente più istruttive del testo.

Il primo aspetto su cui merita soffermarsi è l'argomentazione impiegata dalla Corte per riconciliare questo vasto ricorso al diritto non scritto con la propria interpretazione dell'articolo 21 dello Statuto. Si ricorderà che in linea di principio la Corte ha espresso una chiara preferenza per le norme dello Statuto e ha relegato l'applicazione del diritto non scritto alla circostanza in cui le fonti "interne" appaiano lacunose. Nel caso in cui lo Statuto fornisca una disciplina esaustiva, l'applicazione delle fonti esterne appare in principio esclusa, mentre l'applicazione delle fonti richiamate all'articolo 21(1), lettere (b) e (c), si giustificherebbe solo in presenza di una lacuna delle disposizioni interne[35].

È chiaro che tale giurisprudenza limitava notevolmente l'applicazione del diritto non scritto, che con il tempo si è progressivamente rivelata indispensabile all'esercizio della funzione giudiziaria della Corte. L'adozione di una nozione ampia di "lacuna" avrebbe potuto rappresentare una possibile via per estenderne l'applicazione. Tuttavia, la definizione fornita in una delle prime decisioni della Corte non è apparsa particolarmente adatta a tale scopo[36].

[35] *Prosecutor v. Lubanga*, 14 dicembre 2006, Appeals Chamber, *Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19 (2) (a) of the Statute of 3 October 2006*, par. 34.

[36] L'unica precisazione sulla nozione di lacuna accolta dalla Corte ai fini dell'applicazione dell'articolo 21 si ritrova in una decisione relativa la caso *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, 13 luglio 2006, Appeals Chamber, *Judgment on the Prosecutor's Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I's 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal*: «an objective not being given effect to by [the Statute's] provisions» (par. 39). Se questa nozione può ben riguardare (come nel

La Corte sembra aver preferito una soluzione più sofisticata che in ogni caso le ha permesso di individuare una via alternativa per giustificare il ricorso al diritto "esterno", incluso il diritto non scritto. Va ammesso che l'argomentazione della Corte non è delle più lineari, una scelta che è forse dovuta al tentativo di rendere meno apparente la chiara apertura al ricorso al diritto esterno. Nel caso *Al-Bashir*, la Corte ha affermato che le fonti "esterne" – una formulazione che includerebbe trattati, consuetudini, principi del diritto internazionale e principi comuni agli ordinamenti interni – possono essere "invocate" non solo nel caso di un "vide juridique" nelle fonti "interne" ma anche qualora questa lacuna non possa essere colmata "applicando i criteri enunciati agli articoli 31 e 32 della Convenzione di Vienna oppure l'articolo 21(3)"[37]. Così facendo, la Corte sembra aver introdotto una nuova circostanza nella quale il ricorso alle fonti esterne è ammesso, ovvero quando la lacuna non possa essere colmata ricorrendo a tecniche interpretative. L'importanza della decisione della Corte non risiede tanto nell'aver individuato una seconda circostanza che giustifica l'applicazione del diritto esterno, quanto nell'introduzione di una particolare metodologia per escludere l'esistenza di una lacuna. Sarebbe la stessa tecnica interpretativa a prevenire la formazione di lacune e quindi impedire l'applicazione delle fonti esterne, nonostante il fatto che tale tecnica interpretativa implichi un ricorso al diritto "esterno". L'importanza della decisione risiede allora nell'aver ammesso un ricorso illimitato alle fonti esterne quando ciò sia necessario per interpretare il diritto interno o prevenire l'insorgere di lacune. In definitiva, la Corte ha sostituito all'applicazione del diritto esterno – peraltro prevista dall'articolo 21 – il suo impiego a fini interpretativi. Si noti che la medesima operazione riguarda anche l'articolo 21(3) trasformando il limite del rispetto dei diritti umani in un strumento interpretativo.

Sebbene l'esito sia del tutto condivisibile, l'argomentazione della Corte mostra due principali aspetti problematici. Innanzitutto è dubbio

caso di specie e alcuni casi precedenti) la ricostruzione di particolari poteri processuali della Corte, più difficilmente si applica a lacune concernenti norme sostanziali quali quelle, ad esempio, sulla definizione dei crimini (nelle quali l'obiettivo dello Statuto corrisponde alla repressione dei crimini inseriti nella competenza della Corte).

[37] *Procureur c. Al Bashir*, 4 marzo 2009, Chambre préliminaire I, *Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, par. 44 («conformément à l'article 21 du Statut, les autres sources du droit, telles qu'énoncées aux paragraphes 1-b et 1-c de l'article 21 du Statut, ne peuvent être invoquées que lorsque les deux conditions suivantes sont réunies: i) il y a un vide juridique dans les dispositions écrites du Statut, des Eléments des crimes et du Règlement; et ii) ce vide ne peut être comblé par l'application des critères énoncés aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et à l'article 21-3 du Statut»).

che una lacuna possa essere colmata per via interpretativa, quantomeno non è chiaro come ciò sia possibile senza annullare la distinzione tra applicazione e interpretazione di norme giuridiche. In secondo luogo, la nozione di lacuna sembra perdere qualsiasi utilità giacché l'interpretazione costituisce uno strumento per prevenirne l'insorgenza. Ne è dimostrazione il fatto che la giurisprudenza successiva non identifichi alcuna lacuna che comporti l'applicazione, attraverso l'articolo 21, di fonti normative esterne. Il ricorso a queste ultime è, in seguito alla decisione esaminata, sempre giustificato dalla necessità di interpretare le fonti interne. Alla nozione di applicazione la Corte ha allora semplicemente sostituito quella di interpretazione svincolandola dalle condizioni dell'articolo 21. In sostanza, questa giurisprudenza non ha certo limitato o comportato un abbandono del ricorso al diritto non scritto; essa ha al contrario permesso alla Corte di fare un uso sempre più consistente del diritto non scritto e di applicare lo Statuto, e le altri fonti interne, senza isolarlo dalle norme generali del proprio ordinamento di appartenenza.

Il secondo aspetto che merita un approfondimento concerne il ricorso sistematico alla giurisprudenza "esterna" al sistema della CPI. Colpisce, infatti, la frequenza con la quale la Corte ha "fatto propria", ha "accettato", ha trovato "conferma" alle proprie interpretazioni o semplicemente ha fatto rinvio alla giurisprudenza dei tribunali *ad hoc*, così come a quella della Corte speciale per la Sierra Leone, della Corte europea dei diritti dell'uomo, della Corte interamericana o persino della Corte internazionale di giustizia. Il ricorso alla giurisprudenza esterna è stato giustificato anch'esso mediante il descritto metodo interpretativo. L'articolo 31(3)(c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati è stato espressamente usato dalla Corte, nelle pronunce più recenti, per rinvenire un fondamento al ricorso a precedenti decisioni di altri tribunali internazionali[38], in particolare quando tali decisioni costituiscono "*persuasive authority*" oppure dimostrano l'esistenza di una norma consuetudinaria[39].

[38] *Procureur c. Katanga*, 7 marzo 2014, Chambre de première instance II, *Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut*, par. 47: «[Au sens de l'article 31-3-c de la Convention de Vienne] il conviendra pour la Chambre, lorsque les textes fondateurs ne résolvent pas précisément telle ou telle question, de se référer, notamment, au droit conventionnel et humanitaire ainsi qu'aux principes généraux du droit. A cette fin, elle pourra, par exemple, être conduite à faire référence à la jurisprudence élaborée en ce domaine par les tribunaux ad hoc comme par d'autres cours».

[39] *Prosecutor v. Ruto et al.*, 23 gennaio 2012, Pre-Trial Chamber II, *Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, par. 289: «The jurisprudence of other international or hybrid tribunals is not, in principle, ap-

Va riconosciuto che in alcune decisioni la Corte si è discostata dalla giurisprudenza costante dei tribunali penali internazionali. Ma in simili situazioni non sembra che ciò sia dovuto al mancato carattere consuetudinario della norma applicata dalla giurisprudenza "esterna" quanto piuttosto alla *specificità* delle norme dello Statuto. In altre parole, la Corte ha ammesso che le disposizioni dello Statuto possano discostarsi dal diritto consuetudinario. Tre esempi possono essere brevemente richiamati. La Corte si è attenuta agli elementi costitutivi del crimine di genocidio elencati negli Elementi dei crimini nonostante essi includano un elemento di sistematicità che non è presente nella definizione consuetudinaria di genocidio[40]; la Corte ha interpretato l'articolo 25 in maniera parzialmente difforme rispetto al diritto consuetudinario il quale per sua stessa ammissione include la forma di concorso della *joint criminal enterprise*[41]; la Corte ha infine fatto leva sul particolare quadro procedurale creato dallo Statuto per discostarsi da soluzioni relative a questioni procedurali cui erano pervenuti in maniera costante i tribunali *ad hoc*[42].

Il terzo aspetto riguarda l'uso sempre più disinvolto del metodo interpretativo descritto che ha recentemente permesso alla Corte di ricorrere al diritto non scritto per giungere a interpretazioni integrative, se non persino modificative, dello Statuto. Nel procedimento nei confronti del Presidente Kenyatta, la Corte ha impiegato questa metodologia per interpretare le norme dello Statuto in modo tale da distaccarsi dal loro tenore letterale. L'articolo 63 dello Statuto richiede espressamente la presenza dell'accusato durante il procedimento a suo carico, mentre la difesa dell'accusato chiedeva che fosse dispensato da una continua presenza durante il processo. La Corte ha prima di tutto insistito sul ruolo assolu-

plicable law before the Court and may be resorted to only as a sort of persuasive authority, unless it is indicative of a principle or rule of international law.»

[40] Si veda *Procureur c. Al Bashir*, 4 marzo 2009, Chambre préliminaire I, *Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, par. 119-132; e *Prosecutor v. Al Bashir*, 3 febbraio 2010, Appeals Chamber, *Judgment on the appeal of the Prosecutor against the "Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir"*, par. 13.

[41] Al riguardo si vedano in particolare *Procureur c. Lubanga*, 29 gennaio 2007, Chambre préliminaire I, *Décision sur la confirmation des charges*, par. 338; *Procureur c. Katanga*, 30 settembre 2008, Chambre préliminaire I, *Décision relative à la confirmation des charges*, par. 508; *Prosecutor v. Ruto*, 23 gennaio 2012, Pre-Trial Chamber II, *Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, par. 289; *Procureur c. Katanga*, 7 marzo 2014, Chambre de première instance II, *Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut*, par. 1394-1395.

[42] Si veda in particolare *Procureur c. Lubanga*, 30 novembre 2007, Chambre de première instance I, *Décision relative aux pratiques employées pour préparer et familiariser les témoins avant qu'ils ne déposent au procès*, par. 44-45.

tamente secondario del ricorso ai lavori preparatori per poi affermare un'ampia *discrezionalità* del giudice nell'interpretazione dello Statuto. In quanto "strumento giuridico vivente", la Corte "must be free to construe the existing text in the best way it sees that achieves the ends of fairness, reasonableness, good faith and justice in the case"[43]. In altre parole, lo Statuto deve essere interpretato alla luce del suo oggetto e del suo scopo senza che il suo contenuto sia "fossilizzato" all'epoca dei lavori preparatori[44]. In secondo luogo, nella sezione intitolata "*Judicial Choice of Public Policy in Statutory or Treaty Interpretation*", la Corte ha rivendicato il potere di operare scelte interpretative non perfettamente in linea con la lettera dell'articolo 63 ma finalizzate a tenere conto di "esigenze superiori di giustizia" e ha quindi ammesso che l'accusato potesse non essere sempre presente al processo[45]. Tale metodologia interpretativa, secondo la Corte, troverebbe un ampio riscontro in dottrina,[46] e la presenza limitata dell'accusato in funzione dei propri impegni istituzionali costituirebbe una soluzione non estranea alla prassi giurisprudenziale interna[47].

Va infine osservato che il metodo interpretativo descritto è utilizzato dalla Corte per accordare rilevanza al diritto non scritto nelle materie più diverse e indipendentemente dalla natura sostanziale o procedurale della norma "interna" oggetto di interpretazione. Un elenco non esaustivo può includere in ordine sparso: le regole sull'ammissibilità delle prove, la definizione di conflitto armato internazionale e interno, lo standard della prova nel giudizio di merito e in appello, la riunione di istanze separate,

[43] *Prosecutor v. Kenyatta*, 18 ottobre 2013, Trial Chamber V(B), *Decision on Defence Request for Conditional Excusai from Continuous Presence at Tria*l, par. 77 («it is the Chamber's responsibility to construe the text of a particular provision in the Rome Statute which is a living legal document. The Chamber must be free to construe the existing text in the best way it sees that achieves the ends of faimess, reasonableness, good faith and justice in the case; having particular regard to the text of the provision in context and bearing in mind the overall object and purpose of the Statute […] intemational law, in any of its aspects, will be much the poorer in its purpose of service to the living world, if important treaties are fossilised in the remains of *travaux* that may not embody improved content or understanding of other necessary tributaries of the law than at the time the treaty was drafted»).

[44] *Ibid*.

[45] *Ibid*., par. 108 («The 'quest for justice' or the 'superior demands of justice' for victims of atrocities would be defeated by an interpretation of Article 63(1) in the manner urged by the Prosecutor, which would leave a Trial Chamber no discretion to proceed with the trial of an accused person who absconds after having initially made appearances before the Court and accepted its jurisdiction»).

[46] *Ibid*., par. 93-111.

[47] *Ibid*., par. 120, in cui la Corte cita come precedente la decisione relativa al legittimo impedimento invocato da Berlusconi davanti al giudice milanese.

la nozione di vittima, alcuni elementi dei crimini contro l'umanità come la nozione di attacco generalizzato o sistematico, quella di popolazione civile, di omicidio, o ancora di schiavitù sessuale, i criteri di equità e ragionevole durata del processo, le regole per la valutazione delle prove, la responsabilità del comandante, l'istigazione, alcuni elementi dei crimini di guerra quali la nozione di partecipazione diretta alle ostilità, di attacchi contro i civili, di obiettivo militare, di danno collaterale, di saccheggio di guerra, o ancora di reclutamento dei bambini soldato, la nozione di complicità, il diritto delle vittime alla riparazione, le condanne multiple e si potrebbe ancora proseguire. Qualche esempio più specifico può illustrare l'importanza che è stata accordata al diritto non scritto nell'applicazione di norme sia sostanziali sia procedurali.

La giurisprudenza più recente si è soffermata su norme sostanziali dello Statuto che la Corte ha considerato come norme di codificazione e che pertanto devono essere interpretate alla luce del diritto consuetudinario esistente. In merito all'articolo 7 che contiene la definizione dei crimini contro l'umanità, la Corte ha affermato in via del tutto generale che "pour interpréter les termes de l'article 7 du Statut et, si besoin, des Eléments des crimes, il y a lieu de faire référence à la jurisprudence des tribunaux ad hoc dans la mesure où elle dégage une règle de valeur coutumière pertinente, au sens de l'article 31-3-c de la Convention de Vienne. A cet égard, on doit relever que la définition du crime contre l'humanité a été négociée en partant du principe qu'il s'agissait de codifier le droit coutumier alors existant"[48]. Già in precedenza la Corte aveva interpretato l'articolo 7(1)(k) e in particolare gli "altri atti disumani" alla luce del diritto consuetudinario[49], sebbene avesse poi fatto sostanzialmente rinvio alla definizione delle "atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale" fornita dalla giurisprudenza dell'ICTY[50]. Per quanto concerne le modalità ascrittive, si può ricordare che anche quando la Corte ha valorizzato le specificità dello Statuto adottando una nozione di concorso (il cd. "control over the crime") diversa da quella inizialmente elaborata dai tribunali *ad hoc* e poi consolidatasi nel diritto consuetudinario (la cd. "joint criminal enterprise")[51], essa ha nondimeno fatto pro-

[48] *Procureur c. Katanga*, 7 marzo 2014, Chambre de première instance II, *Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut*, par. 1100.

[49] Si veda *Procureur c. Katanga*, 30 settembre 2008, Chambre préliminaire I, *Décision relative à la confirmation des charges*, par. 448, dove i crimini contro l'umanità sono definiti come «violazioni gravi del diritto consuetudinario e dei diritti fondamentali della persona derivanti dalle norme internazionali a protezione dei diritti umani dalla natura e gravità comparabile agli atti elencati nell'articolo 7(1)».

[50] *Ibid*., par. 449-455.

[51] Si veda *supra* nota 41.

pria la nozione di "disegno criminale" sviluppata dalla giurisprudenza dei tribunali *ad hoc* e considerata come un requisito consuetudinario comune alle due diverse nozioni di concorso[52]. Più in generale da tale giurisprudenza emerge che l'applicazione di norme incriminatrici consuetudinarie non appare contraria al principio di legalità poiché la Corte ha affermato che l'interpretazione delle relative norme sostanziali dello Statuto è conforme all'articolo 22. Inoltre, l'interpretazione delle norme sostanziali dello Statuto alla luce delle corrispondenti norme consuetudinarie potrebbe essere in futuro ulteriormente valorizzata e generalizzata dalla Corte, permettendole ad esempio di correggere la posizione assunta in merito agli elementi costitutivi del crimine di genocidio nel caso *Al-Bashir* in conformità con quanto disposto dall'articolo 10 dello Statuto.

Quanto alle norme statutarie di natura procedurale, il ricorso al diritto non scritto ha permesso alla Corte di precisare il contenuto di termini impiegati dallo Statuto o di integrarne disposizioni assai generiche. L'interpretazione dello Statuto alla luce del diritto internazionale generale è stata poi essenziale per ricostruire una serie di poteri processuali impliciti che la Corte possederebbe in base allo Statuto. Ad esempio, la "compétence de la compétence" della Corte è stata derivata da un'interpretazione dell'articolo 19(1) che rispecchierebbe un principio generale[53]. In una delle decisioni più interessanti dal punto di vista del ricorso al diritto internazionale non scritto, la Corte si è riconosciuta il *potere implicito* di adottare misure atte a obbligare un testimone a comparire davanti ad essa, come d'altronde avevano già fatto altri tribunali penali internazionali[54]. Tale potere è stato ricondotto all'articolo 4(1) dello Statuto[55] mediante un'interpretazione conforme al principio generale del diritto internazionale che sancisce l'esistenza di poteri impliciti delle organizzazioni e dei tribunali internazionali[56]. Nella decisione,

[52] *Procureur c. Katanga*, 7 marzo 2014, Chambre de première instance II, *Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut*, par. 1625.

[53] *Procureur c. Bemba*, 15 giugno 2009, Chambre préliminaire II, *Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo*, par. 23.

[54] *Prosecutor v. Ruto*, 17 aprile 2014, Trial Chamber V(A), *Decision on Prosecutor's Application for Witness Summonses and resulting Request for State Party Cooperation,* par. 61-101.

[55] La disposizione recita: «La Cour a la personnalité juridique internationale. Elle a aussi la capacité juridique qui lui est nécessaire pour exercer ses fonctions et accomplir sa mission».

[56] *Prosecutor v. Ruto*, 17 aprile 2014, Trial Chamber V(A), *Decision on Prosecutor's Application for Witness Summonses and resulting Request for State Party Cooperation,* par. 81: «the general principle of international law reiterated in the Nuclear Tests Cases and the line of jurisprudence reviewed above had long crystallised as follows. An

l'esistenza di tale principio è ricostruita attraverso un esame dettagliato della giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia e sarebbe confermata dalla più autorevole dottrina[57] e dalla "*customary international criminal procedural law*"[58], ovvero da un principio generale del diritto "nazionale" che la Corte riconduce all'articolo 21(1)(c) dello Statuto[59]. Più dubbia appare la derivazione di poteri processuali impliciti dall'articolo 21(3): ad esempio, nel silenzio dello Statuto la Corte ha affermato di avere il potere di sospendere un procedimento già avviato in presenza di un grave violazione dei diritti dell'accusato[60].

4.3. Il ruolo dei diritti umani internazionalmente riconosciuti

L'articolo 21(3) secondo il quale "L'application et l'interprétation du droit prévues au présent article doivent être compatibles avec les droits de l'homme internationalement reconnus et exemptes de toute discrimination […]" è stato inizialmente usato dalla Corte soprattutto per interpretare le norme procedurali dello Statuto in conformità con il principio dell'equo processo[61].

international institution – particularly an international court – is deemed to have such implied powers as are essential for the exercise of its primary jurisdiction or the performance of its essential duties and functions.»

[57] *Ibid*., par. 82, in cui la Corte cita le opere di Grozio, Wolff, e de Vattel.

[58] *Ibid*., par. 88-93, in cui la Corte rinvia alle norme applicate dai tribunali *ad hoc*, il Tribunale speciale per il Libano, la Corte speciale per la Sierra Leone, e le Camere straordinarie cambogiane.

[59] *Ibid*., par. 91-92.

[60] *Prosecutor v. Lubanga*, 21 ottobre 2008, Appeals Chamber, *Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber I entitled "Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008"*, par. 77-82. Va notato che la soluzione cui è giunta la Corte corrisponde sostanzialmente a quella già fatta propria dalla giurisprudenza dei tribunali *ad hoc* che avevano considerato questo potere come "inerente".

[61] *Prosecutor v. Lubanga*, 15 maggio 2006, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the final system of disclosure and the establishment of a timetable*, Annex I; *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, 13 luglio 2006, Appeals Chamber, *Judgment on the Prosecutor's Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I's 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal*, par. 38; *Prosecutor v. Lubanga*, 14 dicembre 2006, Appeals Chamber, *Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19 (2) (a) of the Statute of 3 October 2006*, par. 37; *Procureur c. Ahmad Harun et Ali Kushayb*, 27 aprile 2007, Chambre préliminaire I, *Décision relative à la requête déposée par l'Accusation en vertu de l'article 58-7 du Statut*, par. 28; *Prosecutor v. Bemba*, 25 agosto 2008, Pre-Trial Chamber III, *Decision on the Prosecutor's application for leave to appeal Pre-Trial Chamber Ill's decision on disclosure*, par. 13 e 57.

La disposizione pone principalmente il problema della definizione del rinvio ai "diritti umani internazionalmente riconosciuti". Per definirne il contenuto, la Corte non ha esitato a fare ricorso a fonti "esterne" allo Stato ovvero norme di diritto internazionale. Se frequente è il rinvio al diritto scritto, che si tratti di trattati universali e regionali a tutela dei diritti dell'uomo così come della giurisprudenza al riguardo in particolare della Corte europea dei diritti dell'uomo, la Corte si è persino fatta "guidare" da documenti di *soft law*. Sia sufficiente ricordare che nel caso *Lubanga* la Corte ha affermato che: «the right to reparations is a well-established and basic human right, that is enshrined in universal and regional human rights treaties, and in other international instruments, including the UN Basic Principles; the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power; the Guidelines on Justice in Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime; the Nairobi Declaration; the Cape Town Principles and Best Practices on the Recruitment of Children into the Armed Forces and on Demobilization and Social Reintegration of Child Soldiers in Africa; and the Paris Principles. These international instruments, as well as certain significant human rights reports, have provided *guidance* to the Chamber in establishing the present principles»[62].

Da una parte, la giurisprudenza relativa a questa disposizione conferma un uso molto frequente del diritto "esterno" allo Statuto, incluso il diritto non scritto, che si è rivelato essenziale, come in ben altre circostanze, per precisare il contenuto della disciplina "interna". Dall'altra, la Corte ha ammesso che il rispetto della disciplina dello Statuto possa prevalere sul rispetto dei diritti umani internazionalmente riconosciuti[63]. Nel caso *Ngudjolo*, la Corte ha ritenuto che alcuni testimoni, richiedenti asilo presso le autorità olandesi, dovessero comunque fare rientro nel loro paese alla fine del processo e che il rispetto dei diritti dell'uomo sancito dall'articolo 21(3) non potesse prevalere sulle norme dello Statuto: "article 21 (3) of the Statute requires that article 93 (7) of the Statute be applied and interpreted in conformity with intemationally recognised human rights; it does not require the Court to *violate* its obligations pursuant to article 93 (7) (b) of the Statute"[64].

[62] *Prosecutor v. Lubanga*, 7 agosto 2012, Trial Chamber I, *Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparation*s, par. 185 (corsivo aggiunto).

[63] Per una ricostruzione in parte diversa si veda A. PELLET, *Applicable Law*, cit., p. 1079 ss.; D. SHEPPARD, *The International Criminal Court and "Internationally Recognized Human Rights": Understanding Article 21(3) of the Rome Statute*, in *International Criminal Law Review*, 2010, p. 43 ss.

[64] *Prosecutor v. Ngudjolo*, 20 gennaio 2014, Appeals Chamber, *Order on the implementation of the cooperation agreement between the Court and the Democratic Re-*

4.4. L'incerto valore della dottrina

L'articolo 21 dello Statuto non menziona la dottrina tra gli strumenti sussidiari cui la Corte penale internazionale può fare ricorso nell'applicazione o interpretazione dello Statuto. La giurisprudenza mostra tuttavia un uso in certi casi molto timido, altre volte decisamente disinvolto delle opinioni degli autori che si sono occupati delle questioni che la Corte è stata chiamata a risolvere.

Nel caso *Lubanga* la Corte ha dovuto precisare lo standard della prova applicabile all'accertamento del danno che può dar diritto alla riparazione delle vittime. La Corte ha concluso che uno standard della prova meno elevato della prova al di là di ogni ragionevole dubbio potesse essere sufficiente. Il testo della decisione non fornisce alcun fondamento per tale conclusione, mentre le note a piè di pagina rinviano ampiamente alla dottrina, che viene usata anche per precisare la definizione stessa dello standard della prova del "balance of probabilities" che la Corte ha fatto proprio[65]. In maniera del tutto analoga, per concludere che il principio della *res judicata* fosse un principio generale del diritto internazionale la Corte si è limitata a rinviare in nota ad alcune opere dottrinali, a una dichiarazione del giudice Nieto-Navia allegata ad una decisione del Tribunale penale internazionale per il Ruanda e a un'opinione dissenziente del giudice Anzilotti allegata a una sentenza della Corte permanente di giustizia internazionale[66]. La dottrina sembra aver svolto un ruolo decisivo anche nella giurisprudenza relativa alla definizione della forma di concorso del "control over the crime" che la Corte ha ricondotto all'articolo 25(3) dello Statuto[67].

In altre decisioni, l'uso della dottrina è ben più esplicito. Ad esempio, chiamata a precisare il nesso causale richiesto dal crimine di guerra concernente l'attacco contro i membri delle missioni di mantenimento

public of the Congo concluded pursuant article 93 (7) of the Statute, par. 26 (corsivo aggiunto). La pronuncia in qualche modo fa ricadere sull'Olanda la decisione di scegliere quale dei due obblighi confliggenti (cooperazione con la CPI e diritto al *non-refoulement*) vada rispettato.

[65] *Prosecutor v. Lubanga*, 7 agosto 2012, Trial Chamber I, *Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparation*s, par. 251-253 e relative note a piè di pagina.

[66] *Prosecutor v. Ngudjolo*, 7 aprile 2015, Appeals Chamber, *Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Trial Chamber II entitled "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute"*, par. 246.

[67] *Procureur c. Katanga*, 30 settembre 2008, Chambre préliminaire I, *Décision relative à la confirmation des charges*, par. 482, nota 641, e par. 484-485; *Prosecutor v. Ngudjolo*, 30 settembre 2008, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the confirmation of charges*, par. 510.

della pace delle Nazioni Unite, la Corte si è limitata a citare nel testo della decisione quanto affermato dalla dottrina al riguardo[68]. La decisione nella quale la Corte ha affermato di poter disporre di poteri impliciti si contraddistingue per un uso ancora più importante della dottrina[69]. Le opere di autori quali Singh, Bennion, Wendell Holmes, Higgins, Lauterpacht, Shahabudeen, e Lord Reid vengono citate e analizzate nel testo della decisione per permettere alla Corte di discostarsi da una interpretazione letterale dello Statuto e ricostruire l'esistenza di poteri non esplicitamente previsti dalle sue disposizioni[70].

La dottrina sembra pertanto svolgere, se non altro, almeno quel ruolo di "subsidiary means for the determination of rules of law" che le accorda l'articolo 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia nonostante il fatto che tale possibilità non sia stata esplicitamente inclusa nell'articolo 21.

4.5. Infine, i propri precedenti giurisprudenziali

L'articolo 21(2) dispone che la Corte possa applicare "les principes et règles de droit tels qu'elle les a interprétés dans ses décisions antérieures". La formula esprime il compromesso tra i redattori dello Statuto favorevoli e quelli contrari all'affermazione del valore vincolante del precedente e lascia la Corte sostanzialmente libera al riguardo.

Dalla giurisprudenza emerge chiaramente che tale opportunità è sfruttata in maniera sistematica e che progressivamente le decisioni della Corte che hanno fatto ricorso al diritto internazionale non scritto sono state integrate nella sua giurisprudenza successiva. Nel lungo periodo, il diritto non scritto è così entrato a far parte delle "decisioni precedenti" e le fonti "esterne" sono state per così dire "internalizzate" dalla Corte. Questa tendenza spiega, almeno nelle decisioni più recenti, perché gli espliciti riferimenti al diritto internazionale non scritto siano molto limitati. Quando esso è già stato richiamato in una decisione precedente, la Corte tenderà a fare rinvio a tale decisione e non alla norma del diritto non scritto. In questo modo, la "stabilizzazione" normativa realizzata

[68] *Prosecutor v. Abu Garda*, 8 febbraio 2010, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the Confirmation of Charges*, par. 67.

[69] *Prosecutor v. Kenyatta*, 18 ottobre 2013, Trial Chamber V(B), *Decision on Defence Request for Conditional Excusai from Continuous Presence at Tria*l, par. 80-120.

[70] *Ibid*., par. 93-111.

dalle norme dello Statuto[71] può dirsi affiancata da una stabilizzazione ottenuta per via giurisprudenziale.

Riassumendo, si può allora concludere che, sebbene il sistema della Corte penale internazionale si caratterizzi almeno nell'intenzione dei redattori dello Statuto, per una valorizzazione del diritto scritto, la giurisprudenza della Corte non mostra certo un declino del diritto non scritto. Nonostante il dibattito ricordato all'inizio, si può ritenere che il diritto non scritto goda di ottima salute nel sistema della Corte. A esclusione dei casi in cui la disciplina dello Statuto rivela un grado di specificità tale da richiedere l'applicazione di norme non corrispondenti al diritto consuetudinario, un sistematico ricorso al diritto non scritto si è rivelato indispensabile nell'applicazione di norme sia sostanziali sia procedurali dello Statuto. Se si può discutere sul fatto che tale risultato derivi da una diretta applicazione del diritto esterno piuttosto che dal metodo interpretativo che la Corte dichiara di seguire, ciò non sembra cambiare il risultato: il presunto metodo interpretativo usato dalla Corte le permette di riferirsi al diritto non scritto in presenza di norme applicabili dello Statuto, in assenza di simili norme e persino a discapito di norme interne che la Corte finisce per accantonare. Non si può dire se questa metodologia faccia parte di una strategia della Corte per rendere meno evidente l'applicazione del diritto esterno e in particolare del diritto non scritto. Dall'analisi che precede emerge però chiaramente che l'iniziale rigore nel rispetto della lettera dello Statuto ha gradualmente ceduto il passo ad un approccio sempre più flessibile grazie al quale la Corte può prendere decisioni alla luce del diritto internazionale generale. Si può pertanto ritenere che, forse diversamente dai redattori dello Statuto, la Corte concepisca in maniera assai ampia il proprio potere di determinare il diritto applicabile nonché il ruolo che il diritto non scritto è chiamato a svolgere nel sistema della Corte. Peraltro, questi due aspetti – il potere del giudice nel determinare il diritto applicabile e il ruolo del diritto non scritto – appaiono strettamente connessi.

5. *Il giudice internazionale* bouche de la loi

Si potrebbe infine cercare di spiegare perché nel sistema della Corte il ricorso al diritto non scritto appaia nonostante tutto necessario e perché

[71] M. CATENACCI, *Il principio di legalità ed il sistema delle fonti nello statuto della Corte penale internazionale*, in G. FORNASARI, R. WENIN (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale. Atti del XXVII Seminario internazionale di studi italo-tedeschi, Merano 26-27 ottobre 2007*, Università degli Studi di Trento, 2009, p. 71.

il ruolo del giudice nella sua applicazione sia così importante. Al riguardo, si potrebbero senz'altro svolgere alcune considerazioni generali che sono valide per qualsiasi giudice internazionale e che concernono la natura internazionale dell'organo giudicante, la natura internazionale delle fonti da esso applicabili, il fatto che le norme generali dell'ordinamento internazionale sono per definizione norme non scritte … insomma il semplice fatto che il giudice internazionale non è altro che "la bouche de la loi" *internationale*. Il potere del giudice internazionale, il quale *iura novit* secondo il principio generale, non può che essere concepito in riferimento alle caratteristiche dell'ordinamento giuridico nel quale è chiamato a svolgere la propria funzione.

La celeberrima definizione di Montesquieu è inserita in un brano che conviene riportare per esteso: «Il pourrait arriver que la loi, qui est en même temps clairvoyante et aveugle, serait, en de certains cas, trop rigoureuse. Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur. C'est donc la partie du corps législatif, que nous venons de dire être, dans une autre occasion, un tribunal nécessaire, qui l'est encore dans celle-ci; c'est à son autorité suprême à modérer la loi en faveur de la loi même, en prononçant moins rigoureusement qu'elle»[72].

Tale definizione dovrebbe allora essere adattata alle caratteristiche dell'ordinamento internazionale. L'affermazione per cui il giudice è un essere inanimato chiamato solo ad applicare la legge si basa sul presupposto dell'esistenza di una separazione dei poteri e dell'esistenza di un legislatore nazionale che assicuri la certezza, la prevedibilità e l'uniformità delle norme giuridiche. Il fatto che tali presupposti non siano verificati nell'ordinamento internazionale potrebbe giustificare il ruolo decisamente più importante che il diritto non scritto e il giudice sono chiamati a svolgere in questo ordinamento in confronto al diritto interno.

Dal canto suo, la Corte penale internazionale sembra ritenere che l'Assemblea degli Stati Parte, ammesso che possa essere equiparata a un legislatore *inter partes*, non si sia sempre contraddistinta per doti di "clairvoyance"[73] giustificando forse un intervento "compensatore" del

[72] MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, vol. I, Paris, 1979, Livre XI, Chapitre VI, p. 301.

[73] In una recente decisione si legge: « *there is no reliable evidence* that the States Parties to the Statute had clearly indicated their own 'policy preferences' in any manner that should reasonably lead to the factual conclusion *that they clearly foresaw and carefully considered the negative results indicated earlier and accepted them* as part of the incidence of Article 63(1) as it should be applied » (*Prosecutor v. Kenyatta*, 18 ottobre

giudice. Dall'altra, citando Lauterpacht, la Corte ha esplicitamente rigettato "the sort of argument heard in the present litigation: that judges are no more than 'automatic slot-machines' who must abandon any thinking in the application of a statutory text as it might first appear on paper"[74]. Il fatto che la Corte abbia rivendicato un ruolo più attivo nella determinazione del diritto applicabile e soprattutto nell'applicazione del diritto non scritto, a scapito delle limitazioni contenute nello Statuto, potrebbe essere spiegata anche da ragioni maggiormente attinenti al sistema della Corte penale internazionale.

Va innanzitutto riconosciuto che, nonostante gli sforzi dei suoi redattori, lo Statuto rimane lacunoso, ad esempio, include nozioni che non sono state definite e non prevede tutti i poteri necessari affinché la Corte eserciti la propria giurisdizione. In altre parole, lo Statuto non è un *self-contained regime* e ciò spiega che la Corte non possa fare altro che interpretare, completare, a volte forse persino "correggere" le sue disposizioni ricorrendo necessariamente alle norme generali del diritto internazionale, ovvero a norme non scritte. L'aspetto forse più interessante della giurisprudenza esaminata è che, anche riconoscendo la specificità di alcune norme inserite nello Statuto, la Corte senta la necessità di applicarle per quanto possibile in modo conforme al diritto generale.

La considerazione appare generalizzabile agli altri tribunali penali internazionali. In assenza di un codice internazionale che contenga norme generali di natura sia sostanziale sia processuale, ogni tribunale si trova necessariamente nella posizione di applicare le "proprie" norme incriminatrici e il "proprio" quadro processuale alla luce del diritto non scritto bilanciando opportunamente la specificità del singolo quadro istituzionale con le esigenze di uniformità e certezza del diritto applicabile. In questo modo ogni giudice contribuisce non solo al consolidamento ma anche all'evoluzione del diritto non scritto, ovvero delle norme che nell'ordinamento internazionale meglio si prestano ad assicurare un costante adattamento alle mutevoli esigenze della comunità internazionale.

Quanto al ruolo particolare che le decisioni giurisprudenziali sembrano svolgere nel diritto internazionale penale, si può ritenere che il ruolo del giudice sia particolarmente importante in questo ambito del diritto internazionale per due ragioni. Da un lato, il giudice penale internazionale – a differenza degli altri ambiti del diritto internazionale – è l'*unico* organo chiamato a dare applicazione concreta alle norme del di-

2013, Trial Chamber V(B), *Decision on Defence Request for Conditional Excusai from Continuous Presence at Tria*l, par. 82).

[74] *Ibid*., par. 107.

ritto internazionale penale. Dall'altro, il giudice penale internazionale non è solo "la bocca della legge internazionale penale" ma le sue decisioni forniscono anche la *prova scritta* dell'esistenza delle norme non scritte. Una giurisprudenza costante può assicurare quell'uniformità e quella prevedibilità da ultimo richieste dal principio di legalità. In breve, il giudice può contribuire a quella funzione stabilizzatrice tanto importante nelle discipline penalistiche.

SECONDA SESSIONE PLENARIA

IL DIRITTO INTERNAZIONALE NON SCRITTO NELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE ITALIANO

Presidenza
EDOARDO GREPPI

Edoardo GREPPI*

Il tema dell'adattamento dell'ordinamento costituzionale italiano al diritto non scritto ha assunto connotati particolari dopo la sentenza n. 238 del 2014 della Corte costituzionale, la prima pronuncia che affronta il problema della legittimità di una norma internazionale. Il nostro riferimento essenziale resta, ovviamente, l'art. 10 Cost., il "trasformatore permanente" delle norme di diritto internazionale "generalmente riconosciute".

L'argomento ha suscitato una ripresa di interesse dopo la sentenza 238, che il convegno della SIDI ha proposto alla riflessione del professor Roberto Bin.

Numerosi sono stati i commenti di internazionalisti, sulla *Rivista di diritto internazionale*, su *Diritti umani e diritto internazionale* e su altre riviste, nonché nel sito della SIDI, con un vivace dibattito sul SIDIBlog.

La sentenza è significativa, anzitutto perché si pone, per così dire, in rotta di collisione con la decisione della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012, nel caso Germania c. Italia, e perché, per la prima volta, la Corte costituzionale ritiene che una norma consuetudinaria dell'ordinamento internazionale sia in contrasto con i principi fondamentali della nostra Costituzione. Nello specifico, secondo la Consulta la norma sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione straniera, così come appare descritta dalla Corte internazionale di giustizia, sarebbe in posizione di conflitto con il principio di accesso alla giustizia.

Come è noto, la Corte dichiara di non voler procedere allo scrutinio della norma sull'immunità, affermando che «si tratta di una norma di diritto internazionale, dunque, esterna all'ordinamento giuridico italiano». La via che la Corte addita è quella per cui, riprendendo le sentenze n. 48 del 1979 e n. 73 del 2001, «non vi è dubbio che i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscano "un limite all'ingresso (…) delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento italiano si conforma secondo l'art. 10, primo comma della Costituzione", ed operino quali "contro limiti"». Conclude che «rappresentano, in altri termini, gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale», rivendicando a se stessa la «verifica di compatibilità» «anche in riferimento alle norme

* Già Segretario generale della Società italiana di Diritto internazionale.

consuetudinarie internazionali», dal momento che siamo in regime di costituzione rigida.

Entrando più nello specifico, la Corte chiude dichiarando che «la norma internazionale alla quale il nostro ordinamento si è conformato in virtù dell'art. 10, primo comma Cost. non comprende l'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile in relazione ad azioni di danni derivanti da crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona, i quali risultano per ciò stesso non privi della necessaria tutela giurisdizionale effettiva».

Certo, nella prospettiva dell'internazionalista, appare irrisolto un altro problema di fondo, relativo a un interesse costituzionalmente tutelato: quello collegato all'obbligo di conformarsi ad un principio del diritto internazionale quale quello richiamato e affermato dalla Corte internazionale di giustizia. Occorre infatti ricordare che si tratta comunque di una sentenza resa dalla massima giurisdizione internazionale in sede contenziosa.

In definitiva, il conflitto tra le due pronunce lascia aperta una divaricazione che non mancherà di produrre conseguenze sul terreno dei rapporti tra ordinamenti e su quello degli obblighi di adattamento. L'art. 94 della Carta delle Nazioni Unite obbliga lo Stato a conformarsi alle decisioni della Corte internazionale di giustizia, e l'art. 11 della Costituzione rappresenta il punto di riferimento dei rapporti tra ordinamenti. Le due corti sono la massima espressione giudiziaria dei rispettivi ordinamenti. Le loro pronunce rischiano ora di portare a una conseguenza imbarazzante: una netta divaricazione, con la sentenza del giudice interno che sostanzialmente sprona lo Stato a non conformarsi a quella del giudice internazionale.

Nel merito, sempre nella prospettiva dell'internazionalista, resta un po' di disagio dinanzi a soluzioni giurisprudenziali – come quella della Corte internazionale di giustizia – che vedano prevalere l'immunità sulla tutela dei diritti umani.

Pronunce recenti, anche della Corte europea dei diritti dell'uomo, come criticamente osserva Benedetto Conforti nella premessa all'ultima edizione del suo manuale di diritto internazionale (2014), continuano a dare prevalenza alla regola generale sull'immunità, anche in casi in cui si tratti di obblighi di protezione di diritti umani. In filigrana troviamo la difficoltà di conciliare la vecchia e consolidata regola dell'immunità statale con il diritto delle vittime di gravi violazioni dei diritti umani di ricorrere a un giudice e, dunque, ad ottenere ristoro. Sebbene larga parte della dottrina sia ormai orientata a ritenere che il secondo debba prevalere sulla prima, la prassi internazionale, soprattutto giudiziale, continua ad esprimere riluttanza a prendere le distanze da un istituto del diritto internazionale che al nostro tempo suscita non poche perplessità. Ma questo è un altro discorso.

L'ADATTAMENTO DELL'ORDINAMENTO ITALIANO AL DIRITTO INTERNAZIONALE NON SCRITTO DOPO LA SENT. 238/2014

Roberto BIN*

SOMMARIO: 1. Le premesse storiche. – 2. I precedenti della Corte costituzionale. – 3. Disposizione e norma: sull'oggetto del giudizio della Corte costituzionale. – 4. Chi è che bilancia? – 5. A che uditorio si rivolge la Corte costituzionale?

1. *Le premesse storiche*

Le modalità con cui l'ordinamento italiano si adatta al diritto internazionale furono fissate presto dalla Assemblea costituente, anche se non con molta chiarezza. Dopo aver deciso di separare la questione del rapporto tra lo Stato e la Chiesa cattolica (accantonando la proposta di Dossetti di accomunare in un'unica disposizione il riconoscimento da parte dell'Italia della "originarietà" dell'ordinamento giuridico internazionale, degli ordinamenti degli altri Stati e dell'ordinamento della Chiesa) da quella delle relazioni con l'ordinamento internazionale, due erano i nodi che si dovettero sciogliere per definire la "apertura" dell'ordinamento italiano: se ci potesse essere qualcosa di "automatico" nell'adeguamento del diritto italiano al diritto internazionale, e quali parti di quell'ordinamento potessero godere di questo speciale meccanismo.

La proposta di Tupini, presidente della prima Sottocommissione della "Commissione dei 75", tendeva alla massima apertura dell'ordinamento italiano all'ordinamento internazionale sia per estensione che per intensità del rinvio («Le norme di diritto internazionale fanno parte dell'ordinamento della Repubblica. Le leggi della Repubblica non possono contraddirvi»). Ma fu Togliatti a ritagliare i termini della questione, respingendo il testo proposto «poiché esso riconosce norme del diritto internazionale che non esistono. Esistono principi di diritto internazionale elaborati da una scienza molto complicata, ma per i quali non esiste una codificazione, poiché vi sono soltanto delle norme che entrano nei

* Ordinario di diritto costituzionale, Università di Ferrara.

trattati internazionali, e questi trattati costituiscono l'unica codificazione del diritto internazionale… per quel che riguarda il diritto pubblico internazionale tutto rimane nell'ambito dei principi generali e fa parte del costume o della consuetudine»[1].

L'intervento di Togliatti facilitò il compito del relatore, Cevelotto, che propose una formulazione del testo che, salvo la revisione terminologica, resterà ferma a lungo: «Le norme del diritto delle genti generalmente riconosciute sono considerate come parte integrante del diritto della Repubblica italiana». Il testo definitivo fu il frutto di un emendamento "trasversale" approvato dalla seduta plenaria della Commissione per la Costituzione del 24 gennaio 1947. Fu Perassi a sostenerlo «per ragioni di pura tecnica giuridica», sostituendo l'obsoleta formula «diritto delle genti», ma soprattutto impiegando per la prima volta la formula del «trasformatore permanente» per chiarire la natura giuridica del rinvio al diritto internazionale generale. In effetti quest'ultimo era il punto più discusso: siccome «nelle parole "si conforma" non v'è niente di automatico» (Einaudi), per alcuni l'automaticità dell'adeguamento avrebbe dovuto essere espressa più chiaramente (Dossetti, Einaudi, Leone), per altri invece l'ambiguità avrebbe dovuto essere risolta nel senso opposto, escludendo cioè l'automatismo (Lussu). L'emendamento Perassi passa alla fine dopo che il promotore ha chiaramente ribadito il carattere automatico dell'adattamento: e il testo rimane immutato sino alla conclusione dei lavori.

2. *I precedenti della Corte costituzionale*

L'impianto teorizzato da Perassi nei lavori preparatori resta il punto di riferimento della giurisprudenza della Corte costituzionale negli anni a seguire[2]. Un'ottantina tra sentenze e ordinanze ribadisce soprattutto quanto Perassi aveva sostenuto con forza contro i tentativi di coloro che erano favorevoli all'estensione del rinvio automatico fuori dai confini – per altro tutt'altro che precisi – del diritto internazionale generale. Mentre da un lato la Corte ha ribadito che attraverso la "porta" dell'art. 10.1 Cost. non poteva infiltrarsi il principio dell'immediata obbligatorietà e prevalenza dei trattati internazionali nell'ordinamento interno, restava

[1] Dal resoconto della seduta dell'11 dicembre 1946 della prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione.

[2] Con variazioni ben evidenziate da F. SALERNO, *Giustizia costituzionale versus giustizia internazionale nell'applicazione del diritto internazionale generalmente riconosciuto*, in *Quaderni costituzionali,* 2015, p. 45 ss.

alquanto generico l'oggetto verso il quale opera quel rinvio. Il *cliché* equipara le «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute» alle «norme consuetudinarie»[3], ai «principi generali di diritto consuetudinario»[4], ai «principi di diritto internazionale»[5] o ai principi e alle consuetudini accomunati in una sorta di endiadi[6]. Non si è prestata particolare attenzione nel sondare la natura delle norme internazionali richiamate neppure nella giurisprudenza che ha affrontato il problema dei c.d. "controlimiti", ossia della resistenza che i principi fondamentali della Costituzione oppongono all'ingresso nell'ordinamento italiano di norme internazionali *ex* art. 10.1 Cost.

La "dottrina dei controlimiti" nasce – come è noto – in altro contesto, quello dei rapporti tra ordinamento italiano e ordinamento europeo[7]. Ma il meccanismo su cui si basa ha portata più generale, poiché poggia su una "visione sistematica della rigidità della Costituzione", visione sulla quale la Corte costituzionale è assestata da tempo. Non vi è un modo legale – secondo questa visione – per togliere la protezione costituzionale ai principi fondamentali della Costituzione: questa non solo pone un limite espresso alla sua revisione, dato che la "forma repubblicana" non era più, dopo il *referendum* istituzionale del 1946, nella disponibilità degli stessi costituenti; sicché nessuno degli strumenti da essi apprestati, compreso quello della revisione costituzionale, potrebbe legittimamente essere impiegato per modificarla[8]. Per di più la stessa natura pluralistica della carta costituzionale – in cui non esistono principi o diritti "assoluti", poiché ognuno può essere sacrificato laddove fosse necessario assicurare un certo grado di protezione a principi o diritti occasionalmente concorrenti[9] – impedisce di far prevalere incondizionatamente una dispo-

[3] Per es., sentt. n. 96 del 1982 (in cui si parla di "consuetudini e delle altre regole generalmente riconosciute"), n. 153 del 1987, nn. 18, 322 e 323 del 1989 (in cui però si parla anche del principio *pacta sunt servanda*), n. 329 del 1992, n. 146 del 1996, n. 288 del 1997, n. 348 del 2007, n. 129 del 2008, ord. n. 496 del 1991, n. 421 del 1997.

[4] Per es. sent. n. 69 del 1976, ord. n. 180 del 2011.

[5] Per es. sent. n. 48 del 1967.

[6] Talvolta legate da una particella congiuntiva (per es. sent. n. 349 del 2007), talaltra da una disgiuntiva (per es. sent. n. 168 del 1994)

[7] Il primo accenno è contenuto già nella sent. n. 98 del 1965, ma viene sviluppato nella sent. n. 183 del 1973 e poi compiutamente teorizzato nella sent. n. 170 del 1984. Nella sent. n. 232 del 1989 l'applicazione dei controlimiti è ampiamente motivata, ma poi evitata grazie a uno stratagemma procedurale.

[8] Sent. n. 1146 del 1988. Sul tema, ovviamente molto trattato dalla dottrina costituzionalistica, cfr. ora la monografia di P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015.

[9] Come la Corte costituzionale ha costantemente affermato sin dalla sua prima decisione (sent. n. 1 del 1956), precostituendo le premesse della sua giurisprudenza sul bilanciamento degli interessi. Ho dedicato a questo tema *Diritti e argomenti*, Milano, 1992.

sizione del testo costituzionale su ogni altra. Anche la c.d. "apertura internazionalistica" della Costituzione, così come la sua *Europafreundlichkeit*, benché siano principi fatti risalire dalla stessa Corte a solidi agganci testuali, soggiacciono allo stesso condizionamento. Le norme immesse nel nostro ordinamento, quale ne sia la fonte e l'autorizzazione costituzionale all'importazione, non possono pretendere di imporsi nella loro assolutezza, senza fare i conti con il sistema dei principi e dei diritti fondamentali, che si pongono come "limiti all'ingresso"[10] delle norme *extra ordinem*. Perciò la Corte costituzionale, che di tali limiti si erge a custode, ha impedito che trovassero applicazione in Italia regole concordatarie in materia di matrimonio giudicate incompatibili con i principi costituzionali, dichiarando illegittime "nella parte in cui" le norme di esecuzione del Concordato[11]; perciò ha ammonito chi stava intraprendendo un vasto programma di riforme costituzionali sui limiti a cui esse devono soggiacere[12]; perciò ha posto un argine all'immissione di norme prodotte dalla Corte europea dei diritti umani che non siano compatibili con la Costituzione[13]. Sono ipotesi diverse e diversi sono i meccanismi costituzionali implicati: ma in tutti questi casi si tratta di assicurare «un corretto bilanciamento» tra le esigenze che ispirano quei meccanismi «e quella di evitare che ciò possa comportare per altro verso un vulnus alla Costituzione stessa»[14].

3. *Disposizione e norma: sull'oggetto del giudizio della Corte costituzionale*

Sino alla sent. n. 238 del 2014 la Corte costituzionale non aveva mai sindacato la compatibilità costituzionale di una "norma internazionale generalmente riconosciuta". Anzi, non si è mai neppure espressa sulle modalità di un tale giudizio. Dal punto di vista della dommatica costituzionalistica, l'art. 134 Cost. consente alla Corte di esprimersi sulla legittimità costituzionale solo delle "leggi e atti aventi forza di legge"; le fonti importate dall'esterno dell'ordinamento giuridico italiano sono considerate "fonti-fatto", come tali non sindacabili dalla Corte se non attraverso l'impugnazione della disposizione legislativa di rinvio, come è stato

[10] Sent. n. 73 del 2001 (punto 3.1 del "diritto").
[11] Sentt. nn. 16 e 18 del 1982, anticipate però dal preannuncio contenuto nelle sentt. nn. 30 e 31 del 1971.
[12] Sent. n. 1146 del 1988.
[13] Sentt. nn. 348 e 349 del 2007.
[14] Così la sent. n. 348 del 2007 (punto 6.2 del "diritto").

abbozzato dalle sentt. n. 183 del 1973 e n. 170 del 1984 a proposito delle norme comunitarie. *Di fatto* la Corte giudica della costituzionalità della norma internazionale, ma *formalmente* l'oggetto dell'impugnazione è l'ordine di esecuzione del trattato o della disposizione legislativa di rinvio "nella parte in cui" consenta l'ingresso nell'ordinamento italiano della norma incompatibile con i principi costituzionali.

Coerente con questa ricostruzione – da cui in precedenza la Corte non aveva mai accennato di volersi discostare[15] – ma con una variazione che merita attenzione, è lo schema seguito nelle sentt. nn. 348 e 349 del 2007, in riferimento alle norme prodotte dalla Corte EDU in sede di interpretazione della Convenzione. Esse non sono "immuni dal controllo di legittimità costituzionale", come non può esserlo alcuna norma "d'importazione". Ma in questo caso non c'è un ordine di esecuzione attraverso la cui "manipolazione" poter bloccare l'ingresso della norma in questione: e, oltretutto, è cambiato il contesto costituzionale rispetto alla giurisprudenza costituzionale richiamata in precedenza. Il "nuovo" art. 117.1 Cost. – come chiarisce la sent. n. 348 del 2007 – impone ai giudici il rispetto degli "obblighi internazionali", e in essi vanno inclusi anche quelli derivanti dalla interpretazione della Convenzione fornita dalla Corte EDU. Le norme importate, perciò, integrano il parametro costituzionale: il giudice interno deve applicarle come "parametro interposto" di legittimità costituzionale delle leggi. Se sospetta la loro incompatibilità con la Costituzione (non solo con i principi supremi e i diritti fondamentali, ma in relazione a «ogni profilo di contrasto tra le "norme interposte" e quelle costituzionali»[16]), il giudice deve investire la Corte costituzionale della questione: nel caso la Corte riscontri il contrasto, «ha il dovere di dichiarare l'inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano»[17].

Rispetto a questi precedenti, la sent. n. 238 del 2014 segna una rottura concettuale significativa[18]. Nelle sentenze "gemelle" del 2007, la "sanzione" che la Corte minaccia di infliggere alle norme "internazionali" incompatibili con la Costituzione consiste nell'escludere che esse possano integrare il *parametro* del giudizio di costituzionalità: ma il giu-

[15] Tanto da far ritenere "difficilmente realizzabile" un *revirement* in proposito: cfr. A. BONOMI, *Il 'limite' degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, Torino, 2008, p. 62.

[16] *Idem* (punto 4.7 del "diritto").

[17] *Idem* (punto 4.7 del "diritto").

[18] Di "peculiarità (o anomalia?) della fattispecie" parla M. BRANCA, *Il punto sui "controlimiti"*, in *Giurisprudenza costituzionale,* 2014, p. 3900.

dizio radicato davanti alla Corte costituzionale avrebbe comunque ad oggetto non certo le norme CEDU stesse, bensì la legge italiana che risulti non conforme alla giurisprudenza della Corte EDU (giudizio che pertanto, se si riscontri l'incompatibilità della norma CEDU con la Costituzione, dovrà concludersi *non applicando* come parametro la norma CEDU ma quella costituzionale). Nella sentenza del 2014 invece, la Corte esordisce sovvertendo quello che rappresentava il filo logico che univa tutta la sua giurisprudenza precedente: cambia infatti la lettura dell'art. 134 Cost., cioè della disposizione che definisce le attribuzioni della Corte stessa[19]. «*Tale disposizione – secondo questa inedita lettura – assoggetta al controllo accentrato di costituzionalità tutte le leggi, gli atti e le norme le quali, pur provviste della stessa efficacia delle leggi formali, ordinarie e costituzionali, siano venute ad esistenza* per vie diverse dal procedimento legislativo»[20]. Forse per un eccesso di antiformalismo[21], o forse per un'inconsapevole leggerezza dommatica, la Corte finisce in tal modo con sovvertire uno dei pilastri del *judicial review* così come costruito nell'ordinamento italiano. In esso, infatti, non si impugnano *norme*, ma *atti* e *disposizioni*: più esattamente, si impugnano *disposizioni* (cioè gli enunciati normativi contenuti negli atti che hanno la forma o la forza della legge) per le *norme* che da esse il giudice *a quo* ritiene di dover ricavare in via di interpretazione in relazione al caso che ha in esame (la consistenza di questa relazione è vigilata dal *criterio della rilevanza*); a sua volta, la Corte, se constata la fondatezza della questione, dichiarerà l'illegittimità dell'*atto* (soprattutto se i vizi sono formali) o della *disposizione*, "nella parte in cui" essa esprime una determinata *norma* (in questa

[19] Così anche M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Questione giustizia,* 2015, p. 85 ss.

[20] Sent. n. 238 del 2014 (punto 2.1 del "diritto"): corsivo aggiunto. È interessante notare (come giustamente fa S. LEONE, *Sul dispositivo della sentenza n. 238 del 2014: una soluzione preordinata ad accentrare il sindacato sulle consuetudini internazionali presso Palazzo della Consulta*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 11/2014) che qui la Corte impiega alla lettera, senza ovviamente citare la fonte, l'espressione usata da A. LA PERGOLA, *Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, Milano, 1961, p. 394, cioè da una delle poche voci dissonanti rispetto alla dottrina costantemente professata e applicata dalla Corte costituzionale (che ora viene riassunta nel testo), alla quale La Pergola è rimasto in seguito fedele anche come giudice della Corte costituzionale (si veda la ben nota sent. n. 170 del 1984, di cui fu redattore).

[21] Che sembra segnare un *trend* nella giurisprudenza costituzionale più recente (culminando nella sent. n. 1 del 2014 sulla legge elettorale) e che trova l'approvazione (con specifico riferimento alla sent. n. 238 del 2014) dell'ex Presidente della Corte G. SILVESTRI, *Sovranità vs. diritti fondamentali*, in *Questione giustizia*, 1/2015, p. 61, il quale infatti avrebbe preferito una pronuncia di illegittimità che colpisse direttamente la norma consuetudinaria internazionale (p. 62). Sul punto si veda però M. LUCIANI, *I controlimiti,* cit., p. 87.

distinzione tra disposizione e norma[22] si inserisce l'intera gamma delle sentenze interpretative, manipolative, additive ecc.). Si impugnano "cose" – l'atto legislativo o le sue singole parti (le "disposizioni") – imputando ad esse, in via d'interpretazione, determinati "significati" (le "norme") incompatibili con le norme ricavate dalla Costituzione. Questa è la via sempre seguita, per la quale si giunge per altro con indicare l'ipotesi di impugnazione della disposizione interna di adeguamento "nella parte in cui" consente l'ingresso alla norma internazionale denunciata come il «vero oggetto del giudizio»[23].

Creando questo cortocircuito tra disposizione e norma, la sent. n. 238 del 2014 finisce con scambiare ciò che le sentenze del 2007 (nell'onda della giurisprudenza consolidata) identificano come il *parametro* del giudizio (la *norma* di derivazione internazionale che integra il precetto dell'art. 117.1 Cost.), con l'*oggetto* del giudizio stesso. Che questa sia una strategia sbagliata lo mostra l'evidente difficoltà di giungere ad una conclusione coerente dopo aver riscontrato l'incompatibilità della norma internazionale con la Costituzione[24]. La Corte infatti non può dichiararne l'illegittimità costituzionale, perché sarebbe una conclusione abnorme: l'illegittimità implica la violazione di un rapporto gerarchico tra fonti (in ciò la teoria giuridica fa consistere il vizio della *invalidità* di un atto), e questo a sua volta sussiste soltanto all'interno di un ordinamento giuridico unitario. Salvo non adottare una visione ipermonista statocentrica, tale conclusione appare impossibile. Ed infatti la Corte chiude il suo giudizio, con cui contesta la compatibilità della norma internazionale con i principi costituzionali, non dichiarandone l'illegittimità, ma negandole l'ingresso nell'ordinamento italiano. «*Ne consegue* – conclude la Corte[25] – *che la parte della norma sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati che confligge con i predetti principi fondamentali* non è entrata *nell'ordinamento italiano e non vi spiega, quin-*

[22] Questa fondamentale distinzione è stata teorizzata dal fondamentale scritto di V. CRISAFULLI, *Disposizione e norma,* in *Encicl. Dir.* XIII.

[23] Sent. n. 48 del 1979 (punto 3 del "diritto").

[24] Come hanno evidenziato subito i primi commenti: cfr. per tutti A. RUGGERI, *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in www.giurcost.org/studi/ruggeri42.pdf, ma anche S. LEONE, *Sul dispositivo,* cit., e S. LIETO, *Il diritto al giudice e l'immunità giurisdizionale degli Stati nella sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 11/2014.

[25] Sent. n. 238 del 2014 (punto 3.5 del "diritto": corsivo aggiunto).

di, alcun effetto»: il che sta semplicemente a significare che tale norma non può integrare il parametro di giudizio di costituzionalità[26].

Per concludere su questo punto, sembra che la Corte avrebbe rispettato i propri precedenti e la dottrina che ad essi è sottesa se avesse accolto l'eccezione di inammissibilità sollevata dall'Avvocatura dello Stato per l'impugnazione diretta della norma internazionale, affermando contestualmente che essa non ha accesso al nostro ordinamento. Diversamente, se il giudice avesse sollevato – per ipotesi – una questione relativa alle norme civilistiche che assicurano il risarcimento del danno subito dalle vittime, per violazione della norma consuetudinaria accreditata dalla Corte internazionale di giustizia (CIG), e avesse contestualmente interrogato la Corte costituzionale sulla compatibilità di questa con i principi costituzionali fondamentali, la Corte avrebbe potuto dichiarare la questione infondata – "ai sensi di cui in motivazione" secondo la formula di rito – perché la norma CIG, non potendo avere ingresso nel nostro ordinamento, non integra il parametro costituzionale.

4. *Chi è che bilancia?*

Un secondo aspetto critico della sent. n. 238 del 2014 può rintracciarsi nelle operazioni di bilanciamento che in essa vengono annunciate e svolte. Afferma la Corte che è «*precisamente questo il* thema decidendum» che le è sottoposto dal giudice remittente: «*verificare la compatibilità della norma internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati, così come interpretata dalla CIG, con un principio fondamentale del nostro ordinamento costituzionale quale il diritto al giudice (art. 24), congiuntamente al principio posto a tutela di diritti fondamentali della persona (art. 2)*»; e che questa operazione corrisponde alle operazioni di bilanciamento che le sono famigliari[27].

Anche se nel linguaggio corrente appare il contrario, le operazioni di "bilanciamento" (tra principi, tra diritti, tra interessi…) non sono di competenza della Corte costituzionale, ma del legislatore. Questo è un

[26] Di quale giudizio di legittimità costituzionale? Sicuramente di quello che ha ad oggetto – secondo lo schema concettuale tradizionale – la legge n. 5/2013, con la quale l'Italia ha disposto l'autorizzazione all'adesione e la piena ed intera esecuzione della Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, che contiene però anche una disposizione di adattamento ordinario diretta alla esecuzione della contestata sentenza della CIG. E forse anche delle norme interne che disciplinano il risarcimento del danno per crimini contro l'umanità, nella parte in cui sono rese inapplicabili a causa di quella sentenza.

[27] Punto 3.1 del "diritto".

punto che va ben messo in chiaro, per evitare gli equivoci che il linguaggio corrente può ingenerare.

Siccome la Costituzione ha una struttura fortemente pluralista, che pone al riparo dalle decisioni assunte dalle maggioranze politiche contingenti i principi (diritti, interessi ecc.) cari a ogni componente politica che ha concorso alla sua formazione, spetta alla legge voluta dalla maggioranza che vince le elezioni scegliere il punto di equilibrio che più soddisfa il suo programma politico, mentre il compito della Corte costituzionale è di verificare che questo equilibrio rappresenti un bilanciamento ragionevole tra gli opposti interessi e non comporti il sacrificio eccessivo di uno di essi[28]. Nella giurisprudenza costituzionale è questa funzione che emerge con chiarezza come tipica del giudice delle leggi: al legislatore spetta di scegliere quale bilanciamento operare tra gli interessi, alla Corte controllare che esso non "trasmodi" in irragionevolezza. Questo controllo si snoda per una serie di tappe che inizia con l'accertamento della "topografia" degli interessi in gioco (premessa decisiva, perché significa includere/escludere determinati interessi dal novero di quelli che vanno considerati[29]) e prosegue attraverso il giudizio sulla congruità del mezzo legislativo prescelto rispetto al fine, sulla proporzionalità dei sacrifici imposti agli interessi soccombenti rispetto ai vantaggi conseguiti, sulla configurabilità di soluzioni meno "costose" in termini di sacrifici ecc.[30] La legge sottoposta alla Corte costituzionale incorpora un "bilanciamento" tra principi e lo traduce in una *regola*; la Corte valuta che questa regola non sia troppo squilibrata, non privilegi un unico interesse a danno di ogni altro, lasci un minimo vitale di protezione all'interesse soccombente, ecc.

Qui sta il punto. Com'è stato giustamente messo in risalto[31], la sentenza della CIG, che rappresenta la norma assunta dalla Corte costituzionale ad oggetto della sua valutazione, non esprime un *principio*, ma una *regola*. In fase di accertamento della *consuetudine internazionale*, la CIG

[28] Rinvio a R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quaderni costituzionali,* 1/2007, p. 11 ss.

[29] «*…the articulation of the interests may be an even more important function for the courts than the balancing process itself*»: K.L. KARST*, Legislative facts in constitutional litigation,* in P.B. KURLAND (ed.), *The Supreme Court and the Constitution*, Chicago, 1960, p. 7.

[30] Per un'analisi della giurisprudenza costituzionale in tema di bilanciamento degli interessi, mi sia consentito rinviare a *Diritti e argomenti*, cit.

[31] Cfr. L. GRADONI, *Un giudizio mostruoso. Quarta istantanea della sentenza 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, in *SIDI Blog* 15 dicembre 2014, ma già L. GRADONI, A. TANZI, *Immunità dello Stato e crimini internazionali tra consuetudine e bilanciamento: note critiche a margine della sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012*, in *La Comunità internazionale*, 2012, p. 203 ss.

dichiara l'assoluta prevalenza dell'immunità degli Stati per fatti commessi dalle proprie forze armate nel contesto del conflitto armato senza operare alcun bilanciamento con altri interessi o principi, quali – ad esempio – quelli che si riassumono nella tutela dei diritti umani fondamentali[32]. La Corte costituzionale non contrappone al bilanciamento compiuto dalla CIG un suo proprio bilanciamento tra interessi e principi (che si collocherebbero tra l'altro in ordinamenti diversi[33]): valuta invece se quel bilanciamento è tollerabile nel quadro dei principi della Costituzione italiana. È già nella prima fase del giudizio sul bilanciamento degli interessi che la *regola* accreditata dalla CIG fallisce il test a cui la Corte costituzionale la sottopone: la drastica prevalenza degli interessi degli Stati esclude che si possa procedere ad un bilanciamento con gli altri interessi che la Corte costituzionale ritiene debbano – in base alla Costituzione italiana – entrare nella "topografia del conflitto", cioè il rispetto dei diritti fondamentali e il diritto alla tutela effettiva di essi davanti ad un giudice[34].

C'è un equivoco che si annida nella scrittura dell'art. 10.1 Cost., e che è stato messo magistralmente in luce già da Rolando Quadri[35]: i *principi* e le *consuetudini* non sono categorie omogenee. Senza pretendere di riassumere qui una letteratura sterminata che si è venuta formando, specie negli ultimi decenni, sulla natura della distinzione tra *principi* e *regole*, il dato fondamentale è che mentre le *regole* fissano un determinato bilanciamento tra gli interessi in gioco – nel senso che indicando le modalità e i limiti della prevalenza di un interesse sull'altro – i *principi*

[32] In effetti il rapporto tra diritti umani fondamentali e principio di immunità degli Stati ha acquisito di recente una posizione di rilievo nella letteratura internazionalistica, soprattutto per il problema di individuare i rimedi contro la violazione dei primi: cfr. per tutti E. CANNIZZARO, B. I. BONAFÉ, *Of Rights and Remedies: Sovereign Immunity and Fundamental Human Rights*, in *From Bilatelarism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma*, Oxford, 2011, p. 825 ss., e, con specifico riferimento alla sent. CIG, L. GRADONI, A. TANZI, *Immunità dello Stato,* cit., pp. 208-219, che pongono in risalto anche la debolezza teorica dell'argomentazione della CIG nella parte in cui collocano su piani diversi il principio processuale dell'immunità degli Stati e quello sostanziale della tutela dei diritti delle vittime, negando pertanto che ci sia un vero e proprio conflitto.

[33] Si veda a tale proposito P. PALOMBELLA, *Senza identità. Dal diritto internazionale alla Corte costituzionale tra consuetudine, jus cogens e principi «supremi»*, in *Quaderni Costituzionali,* 2015, p. 823 ss.

[34] Com'è noto questa era la posizione assunta, prima della sentenza della CIG, dalle sezioni unite della Cassazione civile italiana nella sent. *Ferrini* (n. 5044 del 2004), confermata poi dalla sent. n. 11163 del 2011 della sez. I civ.

[35] *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1968[5], p. 106 ss.

sono *Optimierungsgebote*[36], che non circostanziano il rapporto tra l'interesse per cui esprimono un *favor* e gli altri interessi in gioco. La sentenza della CIG ha trasformato il *principio* dell'immunità giurisdizionale degli Stati in una *regola* che esclude qualsiasi altro interesse.

Che questa operazione interpretativa, camuffata nelle sembianze di un "accertamento" della regola consuetudinaria[37], sia lecita nell'ambito del diritto internazionale è contestabile, specie se – seguendo le indicazioni di Quadri – si muove dal presupposto, tutt'altro che azzardato, di una prevalenza gerarchica dei *principi* rispetto alle *consuetudini*: una regola consuetudinaria che fissasse la prevalenza incondizionata di un principio su ogni altro principio accreditabile nell'ordinamento internazionale ne comporterebbe inevitabilmente la violazione. Ma questa è una prospettiva che interessa poco o nulla alla Corte costituzionale italiana: essa ha in cura il delicato rapporto tra i principi della Costituzione italiana e le modalità in cui essi sono bilanciati nelle diverse regole poste dalla legislazione: l'invalidità è la sanzione che colpisce le regole generate dai meccanismi legislativi italiani, il divieto di ingresso nell'ordinamento interno la sanzione comminata alle norme *extra ordinem*. Il punto di vista della Corte costituzionale è obbligato: dal testo della Carta costituzionale, dalla teoria interpretativa che su di esso si è sviluppata, dalla sua stessa storia.

5. *A che uditorio si rivolge la Corte costituzionale?*

Nell'ordinamento italiano non c'è una disposizione che fondi espressamente l'attribuzione alla Corte costituzionale del controllo sulle norme d'importazione, quale per es. l'art. 100.2 del *Grundgesetz*: ma, come si è visto, è il sistema che impernia sulla Corte costituzionale il congegno che, per iniziativa del giudice ordinario a cui è richiesto di applicare la norma *extra ordinem*, consente all'ordinamento di resistere all'ingresso della norma incompatibile con i principi costituzionali. Il si-

[36] Secondo la ben nota terminologia di R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985, p. 79 ss.

[37] Pone giustamente in luce come sia paradossale che la CIG "accerti" la sopravvivenza di una consuetudine internazionale nonostante i materiali normativi provenienti dalle giurisprudenze nazionali mostrino chiare tendenze al superamento di essa, A. GUAZZAROTTI, *Il paradosso della ricognizione delle consuetudini internazionali. Note minime a Corte cost. n. 238 del 2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 11/2014. Che tra i benefici derivanti dalla sent. n. 238 del 2014 si possa ascrivere anche quello di «*partecipare attivamente ad un processo di trasformazione della regola consuetudinaria*» è sostenuto da A. TANZI, *Sulla sent. Cost. 238/2014:* cui prodest*?, ivi*, § 3.

stema comprende anche un profilo che sinora non ho preso in considerazione: il controllo sul comportamento tenuto dagli organi costituzionali in campo internazionale.

È chiaro che spetta al Parlamento il controllo *politico* sulla politica estera del Governo: ma quando la politica estera produce atti giuridici che si traducono in norme che i giudici devono applicare nei giudizi instaurati davanti a loro, è inevitabile che la Corte eserciti su di essi un controllo equivalente a quello che è tenuta a svolgere sugli atti legislativi interni. Perciò rientra nelle sue attribuzioni *ex* art. 134 Cost. il sindacato sull'uso (costituzionalmente) legittimo del potere estero quando esso si rifletta sulla tutela di diritti azionabili davanti ad un giudice. L'esigenza è ovvia: si tratta di evitare che il Governo, quale principale – se non esclusivo – agente sul piano internazionale, e la "sua" maggioranza parlamentare si liberino dei lacci che la Costituzione pone all'azione normativa sul piano interno con il semplice spostamento delle decisioni fuori dai confini nazionali. È la stessa esigenza che spinge i Parlamenti ad "inseguire" i loro rispettivi Governi nelle principali organizzazioni internazionali istituendo in esse assemblee parlamentari a loro collegati: in un sistema costituzionale in cui i diritti sono tutelati giurisdizionalmente anche il controllo di costituzionalità dei processi normativi deve "inseguire" il Governo (e la "sua" maggioranza parlamentare).

Letta in questa prospettiva, la sent. n. 238 del 2014 rivela tutte le modalità con cui questo controllo si può svolgere. Posto che l'immissione nel nostro ordinamento di norme internazionali non scritte, e quindi non prodotte con procedimenti formali di cui lo Stato sia parte, non possono entrare nel nostro ordinamento se risultano incompatibili con (un corretto bilanciamento tra) i principi costituzionali, la Corte costituzionale invalida anche l'ordine di esecuzione – disposizione dello Stato italiano – dello Statuto ONU "nella parte in cui" obbliga i giudici nazionali a adeguarsi alla consuetudine internazionale "accertata" dalla sentenza CIG. Le due pronunce visibilmente non stanno insieme, perché la prima – la norma internazionale non entra nel nostro ordinamento, infatti non integra il parametro costituzionale – contraddice la seconda – è illegittimo l'ordine di esecuzione, perché consente che la sentenza CIG, riconoscendo la norma internazionale, vincoli il giudice nazionale. Mentre autonomo e rilevante significato assume la terza pronuncia, che dichiara l'illegittimità della specifica disposizione che accompagna l'ordine di esecuzione della Convenzione sull'immunità degli Stati, dando espressa e acritica attuazione alla sentenza CIG. Benché la disposizione legislativa sia fraseggiata come se si trattasse davvero di una fattispecie generale e astratta («quando la CIG, con sentenza che ha definito

un procedimento di cui è stato parte lo Stato italiano, ha escluso l'assoggettamento di specifiche condotte di altro Stato alla giurisdizione civile»), la Corte, sulla base dei lavori preparatori e delle circostanze della sua emanazione, la riconosce come «*una disposizione di adattamento ordinario, diretta alla esecuzione della sentenza della CIG del 3 settembre 2012*», il cui obiettivo è di interferire con i giudizi civili in corso e su quelli eventualmente già decisi. Per di più la disposizione non esclude l'ipotesi in cui la CIG «abbia affermato l'immunità dalla giurisdizione civile degli Stati in relazione ad azioni risarcitorie di danni prodotti da atti che siano configurabili quali crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona, anche ove posti in essere dalle forze armate dello Stato sul territorio dello Stato del foro», senza prevedere «alcuna altra forma di riparazione giudiziaria dei diritti fondamentali violati»[38].

Qui l'oggetto delle censure della Corte costituzionale non è più la sentenza CIG, ma il comportamento degli organi politici italiani e del Governo in particolare. Anche se al Governo non può essere imputata dalla Corte la soccombenza nella lite davanti alla CIG (benché essa potrebbe almeno in parte essere il frutto di una scelta difensiva volutamente debole), certo gli può essere attribuita la responsabilità di dare immediata esecuzione alla sentenza CIG con un norma rigidissima, che intende bloccare ogni ulteriore rivendicazione da parte delle vittime e dei loro eredi. Un divieto esplicito di esercitare il diritto di difesa dei propri diritti, principio fondamentalissimo sancito dall'art. 24 Cost., che la legge italiana non cerca neppure di affievolire garantendo una qualche forma di ristoro: quella "tutela equivalente" che pure la sentenza CIG sembra adombrare e che porrebbe sulle spalle dello Stato italiano l'onere di equilibrare ciò che la ragion di Stato ha tolto alle persone coinvolte[39]. In fondo è proprio questa la questione: se lo Stato italiano, anziché porre in atto la disposizione legislativa che ha provocato la censura dalla Corte costituzionale, avesse predisposto gli strumenti per indennizzare le vittime dei crimini di guerra nazisti (tramite nuovi negoziati con la Germania – soluzione adombrata dalla stessa sentenza CIG – o assumendosene direttamente gli oneri derivanti dai danni subiti dai suoi cittadini in conse-

[38] Tutte le citazioni sono tratte dalla sent. n. 238 del 2014, punto 5.1 del "diritto".

[39] Cfr. F. SALERNO, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 51 ss. Interessanti a proposito del rapporto tra iniziativa giudiziaria delle vittime e iniziativa politica, che è venuta a mancare, le considerazioni di R. CAPONI, *Immunità dello Stato dalla giurisdizione, negoziato diplomatico e diritto di azione nella vicenda delle pretese risarcitorie per i crimini nazisti*, in *Giurisprudenza costituzionale,* 2014, p. 3908 ss.

guenza delle attività condotte dallo Stato sul piano internazionale[40]), la questione si sarebbe risolta senza il rischio di sovvertire i fondamenti delle relazioni tra gli Stati e pur non avendo ancora il diritto internazionale sviluppato un sistema adeguato di rimedi per le violazioni dei c.d. diritti umani[41].

[40] Cfr. in questo senso E. CANNIZZARO, *Jurisdictional immunities and judicial protection: the decision of the Italian Constitutional Court no. 238 of 2014*, in *Rivista di diritto internazionale,* 2015, p. 131.

[41] Cfr. in questo senso E. CANNIZZARO, B. I. BONAFÉ, *Of Rights and Remedies*, cit., p. 841.

TERZA SESSIONE PLENARIA

IL DIRITTO NON SCRITTO
NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

Presidenza
ANGELO DAVÌ

I PRINCIPI GENERALI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO EUROPEO

INTRODUZIONE

Angelo DAVÌ*

Il tema dei principi generali di diritto non scritto nell'ambito del sistema europeo di diritto internazionale privato attualmente in via di costruzione presenta una notevole complessità, derivante principalmente dal fatto che il diritto internazionale privato europeo non si limita al perseguimento degli obiettivi tradizionali della materia ma è altresì finalizzato a favorire lo sviluppo del processo di integrazione politica, economica e sociale tra gli Stati membri dell'Unione. Di conseguenza, al suo interno assumono rilievo ed operano, accanto ai principi del diritto internazionale privato classico, anche quelli propri del diritto dell'Unione europea e, in particolare, i principi di struttura e di funzionamento del mercato interno e i principi, almeno in parte consimili, dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, al rispetto di entrambi i quali tutti gli atti di diritto derivato dell'Unione sono naturalmente vincolati; a questi primi due gruppi deve poi aggiungersene un terzo, costituito dagli ordinari principi giuridici generali che sono sostanzialmente comuni a tutti gli ordinamenti e a tutti i rami del diritto e che, come tali, esercitano ovviamente un ruolo anche nell'ambito del diritto internazionale privato dell'Unione.

È proprio la coesistenza degli obiettivi e dei principi tradizionali del diritto internazionale privato con quelli propri dell'integrazione che conferisce al diritto internazionale privato dell'Unione una sua identità specifica, che vale a distinguerlo sia dal diritto internazionale privato interno dei singoli Stati, sia da quello creato da essi collettivamente mediante convenzioni internazionali, il quale non persegue di norma nessuno speciale scopo diverso da una generale finalità di coordinamento (v., in particolare, l'art. 1 dello Statuto della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, che indica come unico fine dell'attività della Conferenza il semplice «but de travailler à l'unification progressive des règles de droit international privé»).

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

I principi generali del diritto internazionale privato sono quelli, ben noti, elaborati nel corso dei secoli dalla dottrina, quali, tra l'altro, il principio dell'armonia internazionale delle soluzioni o, secondo la formulazione datane da Wengler, del minimo dei conflitti, il principio della prossimità, quello dell'effettività (che ha trovato di recente attuazione negli articoli 12 e 30 del regolamento n. 650/2012 concernente il diritto internazionale privato delle successioni) e la considerazione degli obiettivi materiali delle norme interne. Essi non richiedono nella attuale sede apposita disamina, non presentando, in linea di massima, nella loro applicazione al diritto internazionale privato dell'Unione particolarità molto significative. Lo stesso è a dirsi per i principi generali di diritto comuni a tutti i sistemi giuridici, tra cui possono menzionarsi il principio di eguaglianza (inammissibilità di discriminazioni arbitrarie, in particolare tra i cittadini europei), quello di proporzionalità (additato dalla Corte di giustizia in più occasioni, come, ad esempio, nella sentenza *Arblade* e nei suoi vari seguiti, quale limite alla possibilità degli Stati membri di opporre le proprie norme di carattere imperativo all'esercizio delle libertà del mercato) o alcuni principi interpretativi. È sufficiente qui ricordare che tra questi principi generali di diritto occupano una posizione preminente quelli che impongono il rispetto, in tutte le situazioni transfrontaliere o transnazionali, dei diritti essenziali della persona umana, quali risultano, oltre che dalla Carta europea dei diritti fondamentali, anche dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e che appunto, come esplicitamente indicato dall'art. 6, par. 3, TUE, «fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali» (di particolare rilievo tra essi, per il numero e l'importanza delle applicazioni giurisprudenziali che hanno ricevuto, il diritto all'accesso alla giustizia e ad un equo processo e il diritto al rispetto della vita privata e familiare).

Maggiore significato rivestono invece, proprio perché specificamente caratterizzanti del diritto internazionale privato europeo, i principi generali del diritto dell'Unione, peraltro solo in parte non scritti, essendo almeno taluni di essi desumibili o addirittura esplicitamente enunciati da disposizioni reperibili nei trattati, tra le quali, ad esempio, alcune delle «disposizioni di applicazione generale» contenute negli articoli 7 ss. TFUE. Tra questi principi ricopre un ruolo sicuramente preponderante quello del mutuo riconoscimento, che può essere senz'altro considerato come il vero asse portante – o nella formulazione adottata dalle conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Tampere del 1999, la «pietra angolare» – dello spazio giuridico europeo e del sistema di diritto internazionale privato dell'Unione. Fondato inizialmente sulla celebre

giurisprudenza *Cassis de Dijon* (1978) e poi, soprattutto per quanto riguarda le leggi nazionali concernenti il diritto pubblico dell'economia, sull'art. 100 B, introdotto nel Trattato CEE dall'Atto unico europeo nel 1986, tale principio aveva assunto in origine a propria premessa l'equivalenza delle legislazioni. Questa base iniziale è stata ormai sostituita, nell'applicazione del principio alle decisioni giudiziarie ed extragiudiziarie, contemplata dagli articoli 67, par. 4, e 81, par. 1, e par. 2, lett. a), TFUE, nonché alla «accettazione» degli atti pubblici e dei documenti, ma anche, per impulso giurisprudenziale, alle mere «situazioni» – e quindi, indirettamente, alle leggi nazionali in base a cui le prime sono venute ad esistenza (sentenze *Centros* e successive, sentenza *Grunkin e Paul*) – dalla più ampia e generica nozione di fiducia reciproca tra gli Stati membri. La posizione di caposaldo del sistema occupata dal principio in questione dipende dal fatto che il mutuo riconoscimento delle decisioni in forma divenuta ormai automatica o semiautomatica, accompagnato dalla unificazione delle competenze e delle regole di conflitto applicabili, ha finito per creare, nei settori in cui questi risultati sono stati raggiunti, uno spazio giuridico sostanzialmente unitario che tende in pratica a riprodurre quasi interamente la situazione esistente all'interno di uno Stato unico, data anche l'eccezionalità delle ipotesi in cui ricorrono legittimi motivi di rifiuto del riconoscimento (il numero delle quali è stimabile attualmente, almeno per quanto riguarda il riconoscimento delle decisioni e degli atti pubblici, in meno del 10% del totale).

Tra gli altri principi che rivestono maggiore rilievo meritano di essere segnalati principalmente i seguenti. Anzitutto il favore per la mobilità transfrontaliera delle persone, la quale, come è stato sottolineato in dottrina[1] nel diritto internazionale privato dell'Unione costituisce un obiettivo da attingere, mentre in quello tradizionale degli Stati o in quello da essi uniformato tramite convenzioni internazionali è semplicemente un presupposto. Tale principio di favore si trova ad esempio alla base della disciplina contenuta nel regolamento n. 1259/2010 istitutivo di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, che ha riservato senza alcun dubbio maggiore attenzione all'esigenza di promuovere la circolazione delle persone nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia permettendo alle medesime di trarre ampiamente profitto dalla diversità tra le legislazioni materiali degli Stati membri esistente in materia che all'esigenza, di regola comune a

[1] C. KESSEDJAN, *Un code européen au regard des objectifs du droit international privé*, in FALLON, LAGARDE, POILLOT-PERUZZETTO (a cura di), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, Bruxelles, 2011, p. 119.

tutte le opere di codificazione del diritto internazionale privato intraprese su scala multilaterale, di instaurare nei rapporti tra gli stessi Stati membri (o almeno tra quelli partecipanti alla cooperazione rafforzata) una situazione di uniformità normativa atta ad assicurare la certezza e la prevedibilità del diritto applicabile e l'armonia delle decisioni suscettibili di essere emanate dai tribunali rispettivi[2]. In secondo luogo il principio che può definirsi, conformemente alla formula esplicitamente adottata dall'art. 9 TFUE, della «protezione sociale», o, se si preferisce, della solidarietà, e che, tra le altre cose, costituisce il fondamento della disciplina speciale protettiva dei consumatori e dei lavoratori dipendenti dettata dagli articoli 6 e 8 del regolamento n. 593/2008 (Roma I) in deroga alla regola generale che sottopone in linea di massima il contratto alla legge del paese in cui ha sede il prestatore caratteristico, nella quale regola trova invece sostanzialmente espressione il diverso principio del diritto dell'Unione detto «del paese d'origine» (*Herkunftslandprinzip*). Inoltre il principio di efficienza economica, ricostruibile, tra l'altro, anche a partire dalla norma concernente la politica economica degli Stati membri contenuta nell'art. 120 TFUE; tale principio ha tra i suoi corollari il favore del diritto internazionale privato dell'Unione per l'autonomia della volontà nella determinazione del diritto applicabile, la quale, oltre a rappresentare un fattore atto a promuovere l'instaurazione di un regime di concorrenza tra gli ordinamenti, con i ben noti connessi benefici e inconvenienti, contribuisce significativamente, su un piano politico più generale, allo sviluppo dell'integrazione sociale degli individui in uno spazio giuridico comune in cui si riduce progressivamente la loro soggezione al dominio del potere dei singoli Stati e perdono sempre di più importanza i legami che li uniscono ad una o a un'altra società nazionale. Altri principi, quali ad esempio quelli della non discriminazione e della certezza e prevedibilità del diritto applicabile, pur esercitando indubbiamente un ruolo di non poco rilievo nel diritto internazionale privato in genere, sono meno specifici del diritto dell'Unione, essendo largamente comuni alla quasi totalità dei sistemi giuridici.

Le funzioni fondamentali che gli indicati principi possono svolgere nel quadro del diritto internazionale privato dell'Unione sono di duplice ordine. Anzitutto, essendo per lo più dotati di un sufficiente grado di generalità e di astrazione rispetto alle caratteristiche particolari delle singole situazioni che formano oggetto delle regole settoriali, essi possono permettere il conseguimento di un'adeguata misura di coerenza sistema-

[2] V. in proposito, per una più ampia analisi, A. DAVÌ, *Le renvoi en droit international privé contemporain*, in *Recueil des cours*, vol. 352, 2012, p. 324 ss.

tica, da intendersi sia come coerenza orizzontale, e cioè tra i diversi strumenti adottati (ad esempio, protezione dei consumatori nei regolamenti Roma I e Bruxelles I *bis*), sia come coerenza verticale, e cioè come conformità del diritto derivato a valori sostanziali gerarchicamente sovraordinati, consentendo, soprattutto in tale secondo aspetto, al diritto internazionale privato europeo di svilupparsi secondo linee funzionali alle esigenze e allo spirito dell'integrazione. Inoltre essi possono altresì esercitare, attraverso l'ausilio ed il filtro dell'indispensabile opera interpretativa – ma che spesso è in realtà integrativa – della Corte di giustizia, la funzione di supplire, in tutti i casi nei quali è possibile, alle lacune del diritto internazionale privato dell'Unione, data l'attitudine di cui sono provvisti a fornire all'attività della Corte punti di riferimento essenziali.

È quasi superfluo sottolineare che nell'attuale fase di sviluppo di questo ramo del diritto dell'Unione, ancora largamente incompleto e destinato probabilmente a rimanere tale almeno per qualche tempo, e nel quale quindi, più che mere lacune, esistono in diversi settori veri e propri vuoti di regolamentazione, la seconda funzione riveste una particolare importanza.

Mette poi conto di rilevare che le due suddette funzioni – assicurare la coerenza d'insieme e l'unità concettuale e funzionale del sistema e riempire gli spazi lasciati vuoti dalle regolamentazioni contenute negli strumenti settoriali esistenti – rientrano tra quelle più tipiche che negli ordinamenti dei paesi di diritto scritto vengono di solito affidate ad un'opera generale di codificazione. Ed è noto al riguardo che il Parlamento europeo, in una risoluzione del 7 settembre 2010, ha individuato come una delle esigenze principali che si manifestano in questo campo quella di riunire e comporre in un quadro unitario i diversi atti settoriali finora emanati indicando come obiettivo finale da conseguire la codificazione generale del diritto internazionale privato dell'Unione e che anche la Commissione, nella sua comunicazione del 10 giugno 2009 recante il titolo «Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini» (COM (2009) 262 def., p. 10), ha incluso tra le priorità della sua azione l'adozione di un codice della cooperazione giudiziaria in materia civile. In una prospettiva almeno in parte analoga, la dottrina discute attualmente dell'opportunità della elaborazione di un regolamento dedicato alle questioni generali della materia, convenzionalmente denominato «regolamento Roma 0» o *Rom 0-Verordnung*. Alla realizzazione di questi progetti di codificazione si frappongono tuttavia non lievi ostacoli di ordine sia politico che tecnico.

Sotto il primo profilo va ricordato che l'atmosfera generale non sembra essere molto favorevole, dal momento che la Gran Bretagna ha

addirittura proposto che, in occasione di una eventuale revisione dei trattati istitutivi dell'Unione, le competenze in tema di cooperazione giudiziaria in materia civile oggi a questa spettanti vengano restituite agli Stati membri e che, secondo recenti notizie di stampa[3] il governo tedesco non sarebbe contrario a tale proposta.

Sotto il secondo profilo è da tenere presente che un regolamento concernente le questioni generali della materia, dovendo ovviamente essere applicato anche al diritto di famiglia, dovrebbe essere adottato, per la parte relativa al medesimo, secondo il procedimento speciale stabilito dall'art. 81, par. 3, TFUE, che esige l'unanimità in seno al Consiglio e prevede la semplice consultazione del Parlamento europeo, mentre, per la parte restante, dovrebbe essere adottato mediante il procedimento legislativo ordinario, in cui il Consiglio delibera a maggioranza qualificata ed è necessaria l'approvazione del Parlamento europeo. Per superare l'ostacolo sono state suggerite in dottrina diverse soluzioni, tra le quali quella consistente nell'adottare il regolamento con il procedimento ordinario inserendo di volta in volta nei singoli atti riguardanti specificamente il diritto di famiglia una norma di richiamo al primo strumento[4]. Va peraltro osservato che la prevedibile difficoltà di raggiungere in tutti i casi l'unanimità richiesta in tale ultimo settore renderebbe incerto l'ottenimento di una regolamentazione di applicazione veramente generale.

Vi sono ancora varie altre ragioni che inducono a ritenere questo tipo di progetti difficilmente realizzabili o quanto meno assai prematuri. Anzitutto un codice europeo di diritto internazionale privato dovrebbe comprendere o almeno tenere in considerazione nella regolamentazione delle questioni generali della materia parti di essa che non sono ancora state unificate o armonizzate e relativamente alle quali sarebbe arduo, se non addirittura impossibile, predire esattamente il contenuto della disciplina che potrebbe esservi data e quindi anche le necessità che potrebbero manifestarsi al riguardo. In secondo luogo, nel contesto attuale, il conferimento ad un codice, sia pure avente ad oggetto la sola parte generale della materia, dei caratteri di unità e omogeneità applicativa che il medesimo dovrebbe ordinariamente possedere sarebbe reso impossibile dalla situazione creata dalla posizione della Danimarca, che non partecipa alla cooperazione giudiziaria in materia civile, e da quelle dell'Irlanda e del Regno Unito, che partecipano selettivamente soltanto ad alcuni atti, non-

[3] Riferite da S. LEIBLE, *Auf dem Weg zu einer Rom 0-Verordnung? Plädoyer für einen Allgemeinen Teil des europäischen IPR*, in *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 2014, p. 432.

[4] V. in proposito lo scritto di S. LEIBLE cit., p. 434.

ché dal ricorso alla cooperazione rafforzata che è stato fatto nel caso del regolamento n. 1259/2010 (Roma III) – e che potrebbe doversi ripetere in ulteriori ipotesi – come pure dalla circostanza che vari Stati membri, essendo parti di convenzioni internazionali stipulate nel quadro della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato o in altri ambiti, non sono vincolati da certi strumenti. Si tratterebbe, in effetti, di un codice di diritto internazionale privato a geometria fortemente variabile e che non consentirebbe di raggiungere che un debole grado di semplificazione del quadro normativo. Va poi aggiunto che una codificazione effettuata nel momento presente difetterebbe probabilmente anche di quel requisito della stabilità che dovrebbe invece rappresentare uno dei suoi principali attributi. La costante e rapida evoluzione del diritto internazionale privato dell'Unione, attestata dal fatto che un buon numero degli atti adottati in materia contiene una clausola di riesame da parte della Commissione in vista di una futura revisione, che per alcuni di essi è già stata operata una o addirittura più volte (se si tiene conto del passaggio dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 al regolamento n. 44/2001, di recente trasfuso nel regolamento n. 1215/2012), fa sì che ciascuno strumento rifletta lo stato raggiunto dall'*acquis* nei vari settori o riguardo alle diverse questioni oggetto di regolamentazione al momento in cui lo strumento è stato adottato. Ne deriva un inevitabile carattere di frammentarietà e provvisorietà dei risultati ottenuti che li rende difficilmente suscettibili di una durevole sistematizzazione. Una codificazione che pretendesse di fissare nel tempo questi risultati rischierebbe infatti di essere presto superata o quanto meno di dover essere continuamente riveduta e aggiornata. È infine da tenere presente che alcune delle questioni generali della materia, come quelle dell'ammissione del rinvio, dell'impiego di una clausola di eccezione e del trattamento da riservare alle norme di applicazione necessaria, specialmente straniere, hanno ricevuto nei diversi atti soluzioni discordanti sulla base di motivazioni proprie di ciascuno di essi e non è affatto certo che sarebbe facile assoggettare tali questioni ad una regolamentazione unitaria.

L'insieme di queste considerazioni induce a ritenere probabile che almeno nel futuro prossimo la costruzione del sistema di diritto internazionale privato dell'Unione continuerà a svilupparsi in assenza di una regolamentazione scritta della parte generale della materia. I principi di diritto non scritto proseguiranno quindi a svolgere certamente ancora per alcuni anni, accanto ad alcune disposizioni generali contenute nei Trattati e all'attività interpretativa della Corte di giustizia, i descritti compiti di assicurare l'unità funzionale del sistema e la coerenza d'insieme della politica legislativa dell'Unione nel settore nonché di riempire fin dove

possibile gli spazi lasciati vuoti dall'incompletezza della disciplina esistente. Non si tratta d'altronde necessariamente di un male, dal momento che l'inconveniente della perdita di certezza del diritto che può derivarne è suscettibile di ricevere compensazione dalla maggiore adeguatezza alla rapidità dell'evoluzione del quadro normativo che la flessibilità e l'adattabilità delle soluzioni ricavabili dall'analisi dei principi in questione presentano rispetto alla rigidità propria del diritto scritto.

LE QUESTIONI GENERALI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO EUROPEO

Rainer HAUSMANN*

SOMMARIO: I. INTRODUZIONE. – II. I CRITERI DI COLLEGAMENTO NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO EUROPEO. – 1. L'affermazione dell'autonomia privata. – 2. Il declino della cittadinanza a favore della residenza abituale. – 3. Il trattamento dei casi di doppia e plurima cittadinanza. – 4. Rafforzamento del criterio di collegamento della *lex fori*. – 5. Clausole d'eccezione. – III. QUALIFICAZIONE E INTERPRETAZIONE NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO EUROPEO. – 1. Punti di riferimento nei Regolamenti di Roma. – 2. L'influenza della Corte di giustizia. – IV. UNIVERSALITÀ DEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO EUROPEO E RINVIO. – 1. La regola del rinvio nel regolamento sulle successioni. – 2. Valutazione. – 3. Ripercussioni sul futuro regolamento in materia di regime patrimoniale tra coniugi. – V. OSSERVAZIONI FINALI.

I. INTRODUZIONE

Come è ben noto si discutono già da qualche tempo nella dottrina degli Stati membri, e particolarmente in quella tedesca, i vantaggi di una codificazione delle questioni generali di diritto internazionale privato in un regolamento Roma "0" per assicurare l'unità funzionale del sistema e la coerenza della politica legislativa nell'Unione europea nel campo della cooperazione giudiziaria[1]. Nella mia relazione non intendo occuparmi di questo tema ma ho scelto tre questioni generali, cioè i criteri di collegamento, la qualificazione ed il rinvio, per dimostrare come e in che direzione il diritto internazionale europeo si è emancipato dai sistemi nazionali preesistenti degli Stati membri e quali sono i principi non scritti che formano la base di questo sviluppo.

* Universitätsprofessor, Universität Konstanz.

[1] Cfr. S. LEIBLE/H. UNBERATH, *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung? Auf dem Weg zu einer Rom 0-VO – Plädoyer für einen Allgemeinen Teil des europäischen IPR*, 2013, p. 429 ss.

II. I CRITERI DI COLLEGAMENTO NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO EUROPEO

Nella prima parte mi soffermerò sui criteri di collegamento del diritto internazionale privato europeo, onde far emergere la diversa importanza che essi hanno assunto rispetto al precedente diritto internazionale privato nazionale e riflettere su come questa evoluzione debba essere valutata e quali sono i principi che stanno alla base.

1. L'affermazione dell'autonomia privata

a) Ambito di applicazione

Desidero iniziare con l'autonomia privata[2] che, sino all'entrata in vigore dei regolamenti europei, ha svolto nel diritto internazionale privato tedesco e italiano un ruolo piuttosto marginale. È vero che era riconosciuta in materia di obbligazioni contrattuali, ma pur sempre con forti limitazioni nel regime patrimoniale tra coniugi e nel diritto successorio internazionale[3]. D'altra parte, nel considerando n. 11 al Regolamento Roma I viene già qualificata come "una delle pietre angolari" del diritto internazionale privato dei contratti. Qui viene limitata essenzialmente soltanto dalle norme di applicazione necessaria della *lex fori* secondo l'art. 9, par. 2, nonché a tutela dei consumatori e dei prestatori di lavoro – in conformità al principio delle norme più favorevoli – nell'art. 6 par. 2 e rispettivamente nell'art. 8, par. 1, del Regolamento Roma I dalla protezione minima assicurata dalla legge applicabile al contratto secondo i criteri oggettivi[4].

Già prima il Regolamento Roma II aveva ammesso, entro certi limiti, nel suo art. 14, una scelta della legge applicabile in materia di obbligazioni extracontrattuali e – come sottolineato nel considerando n. 31 – «nel rispetto del principio dell'autonomia delle parti e nell'intento di

[2] In tedesco si parla di «*Parteiautonomie*» («autonomia delle parti») per quanto attiene alla libertà delle parti di designare il diritto applicabile, mentre nel diritto internazionale privato italiano pare che si usi il termine «autonomia privata» non solo nel campo del diritto sostanziale ma anche in quello del d.i.pr.: T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato italiano*, 2ª ed., Padova, 1996, p. 597.

[3] Cfr. artt. 15, comma 2, 25 comma 2, *EGBGB* (legge introduttiva al codice civile tedesco); art 30, comma 1, 46 comma 2, della legge n. 218/1995.

[4] A. SPICKHOFF, *Reichweite und Grenzen der Rechtswahl im Internationalen Schuld- und Sachenrecht*, in SPICKHOFF (a cura di), *Symposium Parteiautonomie im Europäischen Internationalen Privatrecht,* Bonn, 2014, p. 29 ss.

rafforzare la certezza del diritto»[5]. Se le parti esercitano un'attività commerciale la *professio iuris* è possibile senza limitazioni di tempo[6], per consentir loro una pianificazione a lungo termine. Se si tratta invece di privati la scelta può avvenire solo in un momento successivo al verificarsi del danno[7]. A tutela degli interessi di mercato la libertà di scelta è inoltre esclusa in materia di concorrenza sleale e di restrizione della concorrenza[8] nonché in caso di violazione dei diritti di proprietà intellettuale[9].

Il Regolamento Roma III non solo ha introdotto la scelta della legge regolatrice del divorzio ad opera delle parti nel diritto internazionale europeo, ma le ha anche attribuito un ruolo di grande importanza. Infatti, negli artt. 5-7 del Regolamento Roma III – così come in materia di obbligazioni contrattuali internazionali[10] – la scelta della legge viene prevista come criterio di collegamento primario[11]. Ciò consente, in particolare ai coniugi che, con l'applicazione del criterio di collegamento oggettivo a norma dell'art. 8 del Regolamento Roma III, non possono ottenere il divorzio – ad es. perché non soddisfanno i tempi di attesa – di optare per una legge più favorevole al divorzio ed ottenerlo così in tempi più brevi[12]. Con la scelta della *lex fori* consentita dall'art. 5 comma 1 lett. del Regolamento Roma III, in combinazione con le generose disposizioni sulla competenza contenute nell'art. 3 ss. del Regolamento Bruxelles II-*bis*, il legislatore europeo tollera coscientemente un *forum shopping* al

[5] A. VOGELER, *Die freie Rechtswahl im außervertraglichen Kollisionsrecht*, in SPICKHOFF (a cura di), cit., p. 67 ss.

[6] Cfr. art. 14 comma 1, lett. B, del regolamento Roma II.

[7] Cfr. art. 14 comma 1 lett. a del regolamento Roma II. Ma vedi anche l'art. 7 del regolamento Roma II che, per i danni ambientali, garantisce al danneggiato la scelta entro la legge del paese in cui il danno si è verificato e la legge del paese in cui il fatto che ha determinato il danno si è verificato.

[8] Art. 6, comma 4, del Regolamento Roma II.

[9] Art. 8, comma 3, del Regolamento Roma II.

[10] Art. 3 ss. del Regolamento Roma I.

[11] Cfr. P. FRANZINA, *L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di legge in materia di separazione e divorzio,* in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 2011*, p. 488; A. SPICKHOFF, *Internationales Scheidungsrecht und Rechtswahl*, in SPICKHOFF (a cura di), cit., p. 93 ss.; C. KOHLER, *Le choix de la loi applicable au divorce – Interrogations sue le règlement "Rome III" de l'Union européene*, in *Festschrjft von Hoffmann*, 2011, p. 208 ss.; W. VON MOHRENFELS, *Die Rom III-VO und die Parteiautonomie*, *Festschrift von Hoffmann,* 2011, p. 527 ss.; ma v. anche I. QUEIROLO/L. CARPANETO, *Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata a separazione e divorzio nel regolamento Roma III*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale,* 2012, p. 59.

[12] R. HAUSMANN, *Internationales und europäisches Ehescheidungsrecht,* München, 2013, parte A, n. 267.

riguardo[13]. L'autonomia privata viene tuttavia limitata dalla speciale clausola d'eccezione di cui all'art. 10 del Regolamento Roma III, quando la legge scelta non prevede il divorzio o non concede a uno dei coniugi, perché appartenente all'uno o all'altro sesso, pari condizioni di accesso al divorzio[14].

Infine, anche il Regolamento sulle successioni consente al defunto una scelta della legge che, a norma dell'art. 22 comma 1, può tuttavia essere fatta solo a favore della legge dello Stato di cui il *de cuius* ha la cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte. Oltre a questa ampia scelta della legge per l'intera successione a causa di morte, a norma dell'art. 24, comma 2, del regolamento successioni il *de cuius* può esercitare una *professio iuris* anche limitatamente all'ammissibilità e alla validità sostanziale di un testamento. La stessa possibilità è consentita dall'art. 25, comma 3, alle parti di un patto successorio con riguardo all'ammissibilità, alla validità sostanziale e ai suoi effetti vincolanti fra le parti[15]. La scelta della legge a norma dell'art. 22 del Regolamento successioni ha notevoli ripercussioni sulla competenza internazionale in materia successoria. Infatti, *ex* art. 5 del Regolamento successioni, nel caso in cui il defunto abbia scelto la legge di uno Stato membro, le parti di un procedimento successorio possono al contempo convenire una competenza esclusiva degli organi giurisdizionali dello Stato la cui legge è stata scelta. Inoltre, a norma dell'art. 6 del Regolamento successioni, gli organi giurisdizionali di altri Stati membri possono dichiarare la propria incompetenza a favore degli organi giurisdizionali dello Stato membro della legge scelta, qualora questi ultimi siano più adatti a decidere sulla successione.

b) Valutazione

La scelta del diritto non viene dunque più considerata nel diritto internazionale privato europeo come una soluzione di ripiego[16], bensì –

[13] R. HAUSMANN, *op. ult. cit.*

[14] Sull'interpretazione di questa limitazione alla scelta del diritto ammessa dall'art. 5 del regolamento Roma III, v. R. HAUSMANN, cit., parte A, n. 340 ss.

[15] Cfr. R. HAUSMANN, *Verfügungen von Todes wegen im deutsch-italienischen Rechtsverkehr unter Geltung der Europäischen Erbrechtsverordnung*, *Jahrbuch für italienisches Recht*, vol. 27, 2015, p. 21 ss. (spec. 27 ss., 36 ss.).

[16] Cfr. S. LEIBLE, *Parteiautonmie im IPR – allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung?,* in *Festschrift für E. Jayme*, Tübingen, 2004, pp. 485 ss.; G. RÜHL, *Rechtswahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht*, in *Festschrift für J. Kropholler,* Tübingen, 2008, p. 187 ss.

con le parole di Mansel[17]– quale mezzo dell'auto-assegnazione del singolo ad un ordinamento giuridico e quale mezzo della regolamentazione privata dei propri rapporti giuridici *(«Mittel der Privatisierungrechtlicher Gestaltung»)*. Il singolo non è quindi più oggetto, ma soggetto delle norme di conflitto. Il rafforzamento della libertà di scelta della legge applicabile a livello europeo è accompagnato da un'autonomia privata sostanziale più ampia nelle leggi nazionali degli Stati membri. Ciò è particolarmente evidente in materia di diritto matrimoniale, dove la concezione istituzionale di matrimonio è stata messa in disparte a favore di un matrimonio regolato in gran parte dall'autonomia dei coniugi[18]. Solo alla luce di ciò è stato possibile introdurre la libertà di scelta sul livello europeo nel Regolamento Roma III.

La concessione della possibilità di scelta di legge ha talvolta anche un carattere di compromesso, in quanto nel procedimento legislativo gli Stati membri non si riescono ad accordare in merito ad un determinato criterio di collegamento[19]. Ciò è ad esempio palpabile nel regolamento successioni, dove la decisione tra il criterio della residenza e il principio della nazionalità per stabilire la legge applicabile alla successione è stata in fondo rimessa al *de cuius*, che può meglio di altri valutare i *pro* e i *contra* di entrambi i criteri di collegamento. In tal modo viene alquanto mitigato il conflitto fra quegli Stati membri che sono vincolati per tradizione al principio della cittadinanza e quelli che preferiscono un collegamento alla residenza abituale o al domicilio.

Questa tendenza del diritto internazionale privato europeo ad introdurre maggiori possibilità di scelta della legge applicabile, che ha un seguito anche nella proposta di un regolamento in materia di regimi patrimoniali tra coniugi (art. 16), è da considerare complessivamente in modo positivo. La generosa concessione di autonomia alle parti serve infatti, da un lato, alla dovuta flessibilità ma, dall'altro, crea anche una maggiore certezza giuridica, in quanto fa venir meno l'incertezza sui criteri di collegamento oggettivi che un giudice in seguito adìto andrà ad applicare[20]. Una *professio iuris* agevola inoltre l'attività degli organi giudiziari degli Stati membri poiché, per snellire i procedimenti e ridurre

[17] H.P. MANSEL, *Parteiautonomie, Rechtsgeschäftslehre der Rechtswahl und Allgemeiner Teil des europäischen Kollisionsrechts*, in LEIBLE/UNBERATH, cit., p. 243 ss., spec. p. 262.

[18] Cfr. E. JAYME, *Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies,* in *Yearbook of Private International Law*, vol. 11, 2009, p. 1 ss.; D. COESTER-WALTHJEN/M. COESTER, *Rechtswahlmöglichkeiten im Europäischen Kollisionsrecht,* in *Liber Amicorum K. Schurig,* München, 2012, p. 33 ss., spec. p. 34.

[19] Cfr. H. P. MANSEL, *op. ult. cit.,* p. 263.

[20] V. i considerando n. 9 e n. 15 del Regolamento Roma III.

i costi, viene spesso scelta la rispettiva *lex fori*. Permettere la scelta della legge nel diritto internazionale di famiglia e delle successioni promuove infine l'auspicabile mobilità dei cittadini all'interno dell'Unione europea[21], mettendo gli interessati in condizione di adeguare la legge applicabile di volta in volta alla loro nuova situazione ambientale.

2. Il declino della cittadinanza a favore della residenza abituale

a) Evoluzione giuridica

Passo ora alla residenza abituale, la cui importanza quale criterio di collegamento nel diritto internazionale privato – soprattutto a discapito del criterio di collegamento della cittadinanza – è aumentata di continuo negli ultimi decenni. Oramai la residenza abituale è il criterio di collegamento oggettivo centrale non solo nei trattati di diritto di famiglia internazionale della Conferenza dell'Aja[22], bensì soprattutto nelle norme di conflitto europee sia per la competenza internazionale che per il diritto applicabile[23]. Il Regolamento Roma I, nell'art. 4, commi 1 e 2, impiega così la residenza abituale della parte che effettua la prestazione caratteristica quale criterio principale di collegamento ai fini della determinazione della legge regolatrice del contratto. Altrettanto dicasi con riguardo al diritto internazionale in materia di obbligazioni alimentari[24], al diritto internazionale privato in materia di responsabilità genitoriale[25], al diritto internazionale in materia di divorzio e separazione personale[26], al diritto

[21] Considerando n. 15 frase 1 del Regolamento Roma III.

[22] V. per esempio gli art. 15 ss. della Convenzione del 1996 sulla protezione dei minori e gli artt. 13 ss. della Convenzione del 2000 sulla protezione internazionale degli adulti.

[23] Cfr. D. BAETGE, *Auf dem Weg zu einem gemeinsamen europäischen Verständnis des gewöhnlichen Aufenthalts, Festschrift für Kropholler,* Tübingen, 2008, p. 77 ss.; K. HILBIG LUGANI, *Neue Herausforderungen des Begriffs des gewöhnlichen Aufenthalts im europäischen Familienrecht,* in *Familie - Recht - Ethik. Festschrift für Gerd Brudermüller zum 65. Geburtstag,* Munchen, 2014, p. 323 ss;. K. HILBIG LUGANI, *Divergenz und Transparenz: Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts der privat handelnden natürlichen Personen im jüngeren EuIPR und EuZPR,* in *Gemeinschaftsprivatrecht,* 2014, p. 8 ss; M. MELLONE, *La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale.,* 2010, p. 685 ss.; G. M.-PH. WELLER, *Der „gewöhnliche Aufenthalt" – Plädoyer für einen willenszentrierten Aufenthaltsbegriff*, in LEIBLE/UNBERATH, cit., p. 293 ss., spec. 298 ss.

[24] Combinato disposto art. 15 del Regolamento n. 4/2009 sulle obbligazioni alimentari e art. 3 del Protocollo dell'Aja del 23 novembre 2007 relativo alla legge applicabile alle obbligazioni alimentari.

[25] Articoli 15-17 della Convenzione dell'Aja del 1996 sulla protezione dei minori.

[26] Art. 8 lett. a e lett. b del regolamento Roma III.

internazionale delle successioni[27] e, in futuro, anche con riferimento al diritto internazionale in materia di regime patrimoniale tra coniugi[28]. A questo punto si pone in particolare la questione di come determinare in concreto la residenza abituale nel contesto europeo.

b) Concretizzazione della residenza abituale da parte della Corte di giustizia europea

La Corte di giustizia europea, guida autorevole nell'interpretazione di queste norme, si è sinora espressa sulla nozione europea di residenza abituale soprattutto in due decisioni che avevano ad oggetto la competenza internazionale in materia di responsabilità genitoriale a norma dell'art. 8 del Regolamento Bruxelles II-*bis*.

Nel primo caso, risalente al 2009,[29] si trattava di una famiglia svedese che, alla fine delle ferie estive, aveva condotto per alcuni mesi una vita nomade in Finlandia e aveva poi fatto domanda di assegnazione di un alloggio presso i servizi sociali. La Corte di giustizia ritenne che la residenza abituale dovesse essere interpretata in modo autonomo tenendo conto del contesto e dello scopo perseguito dalla relativa normativa in materia di competenza. Le regole di competenza del Regolamento Bruxelles II-*bis* sarebbero informate «all'interesse superiore del minore e in particolare al criterio di vicinanza». Per stabilire la residenza abituale non è quindi sufficiente la semplice presenza fisica in uno Stato membro. Dovrebbero piuttosto aggiungersi ulteriori criteri dai quali si possa desumere che non si tratta soltanto di una presenza provvisoria ovvero occasionale; la residenza dovrebbe piuttosto denotare «una certa integrazione in un ambiente sociale e familiare». Si dovrebbe in particolare tenere conto «della durata, della regolarità, delle condizioni e delle ragioni del soggiorno …, delle conoscenze linguistiche nonché delle relazioni familiari e sociali del minore nel detto Stato». L'accertamento di una sufficiente integrazione del minore e con ciò della sua residenza abituale sarebbe di competenza dei giudici nazionali degli Stati membri, che dovrebbero tener conto delle peculiari circostanze di fatto che caratterizzano ogni caso di specie[30].

[27] Art. 21, comma 1, del Regolamento successioni.

[28] Art. 17, comma 1, lett. a, della proposta di regolamento sul regime patrimoniale tra coniugi.

[29] Corte di giustizia, 2 aprile 2009, in causa C-523/07, *A/Perusturvalautakunta*.

[30] Corte di giustizia, 2 aprile 2009, cit., n. 34-43.

Nel secondo caso del 2010[31] si trattava della residenza abituale di una neonata di due mesi che venne portata dalla madre, in seguito alla separazione di questa dal suo compagno, dall'Inghilterra all'isola della Riunione e si trattenne qui soltanto per pochi giorni. Non si trattava qui di rapimento di bambino in quanto la madre era l'unica titolare del diritto di affidamento. Per determinare la residenza abituale del minore, la Corte di giustizia ha fatto riferimento alla sua sentenza sulla vita nomade finlandese e ai criteri qui ritenuti decisivi. Nel valutare l'integrazione di un minore nel suo nuovo ambiente sociale e familiare si dovrebbe soprattutto tener conto anche dell'età del minore. Mentre per i minori in età scolastica si dovrebbe considerare la loro integrazione a scuola, nella cerchia di amici ecc., in caso di un neonato si dovrebbe fare riferimento all'integrazione familiare della madre che se ne prende cura. A tal fine dovrebbero essere prese in considerazione le ragioni del trasferimento della madre nello Stato della nuova residenza, l'origine della madre nonché i loro rapporti familiari e sociali nel nuovo Stato di residenza[32]. La Corte di giustizia ha messo altresì in chiaro che il regolamento non prevede una "durata minima" della residenza. Per il trasferimento della residenza abituale nello Stato membro ospitante conterebbe, infatti, «soprattutto la volontà dell'interessato di fissarvi, con l'intenzione di conferirgli carattere stabile, il centro permanente o abituale degli interessi»; questa volontà potrebbe esprimersi in particolare nel prendere in locazione un appartamento. La durata del soggiorno potrebbe quindi fungere soltanto da «indizio nell'ambito della valutazione della stabilità della residenza»[33].

c) Valutazione

Da questa giurisprudenza della Corte di giustizia si possono trarre in particolare tre conclusioni in merito alla nozione specificamente europea di residenza abituale, che divergono in parte dalla concezione nazionale finora seguita. Anzitutto non esiste una nozione unitaria di residenza abituale che dovrebbe essere interpretata nello stesso senso per tutti i regolamenti europei. Anzi, nelle due sentenze menzionate la Corte di

[31] Corte di giustizia, 22 dicembre 2010, in causa C-497/10, *Barbara Mercredi/Richard Chaffe*, con nota di K. SIEHR, in *IPRax,* 2012, p. 316 ss. e di D. HENRICH, in *FamRZ,* 2011, p. 617. V. anche P. MANKOWSKI, *Der gewöhnliche Aufenthalt eines verbrachten Kindes unter der Brüssel IIa-VO*, in *Gemeinschaftsprivatrecht*, 2011, p. 209 ss.

[32] Corte di giustizia, 22 dicembre 2010 cit., n. 44 ss.

[33] Corte di giustizia, 22 dicembre 2010 cit., n. 51.

giustizia si è espressamente pronunciata a favore di una distinzione funzionale. Va nella stessa direzione il considerando n. 23 del regolamento in materia di successioni, dove si chiarisce che la residenza abituale deve essere determinata «tenendo conto degli obiettivi specifici del presente Regolamento». In considerazione della varietà degli atti giuridici del diritto internazionale privato europeo una definizione unitaria dovrebbe necessariamente mancare il bersaglio della giustizia delle norme di conflitto.

In secondo luogo, dopo la decisione *Mercredi* della Corte di giustizia dovrebbe essere evidente che la nozione strettamente oggettiva di residenza abituale sinora dominante negli Stati membri[34] non vale per le norme di collisione europee. È vero che quale elemento oggettivo viene presupposta una certa misura minima di integrazione sociale, tuttavia è altresì necessaria una espressa volontà naturale di restare. Questo *animus manendi* è rilevante in particolare in caso di spostamento internazionale, finché non è ancora intervenuta una integrazione sociale. Nel diritto internazionale privato europeo i criteri oggettivi per stabilire l'integrazione sociale sono perciò solo degli indizi per accertare la volontà di restare[35].

Infine, secondo la Corte di giustizia, nel diritto internazionale privato europeo – diversamente dalla maggior parte delle leggi nazionali sinora – si attribuisce anche alla cittadinanza il valore di indizio per l'integrazione sociale, cioè si presume che una persona si integri nel paese di origine più in fretta che non altrove. A supporto di questa opinione il Regolamento Bruxelles II-*bis* offre nel suo art. 3, comma 1, lett. a, anche un indizio normativo, in quanto nel sesto trattino la durata di soggiorno viene ridotta da un anno a sei mesi qualora un coniuge stabilisca la sua nuova residenza abituale nel suo Paese di origine[36].

3. Il trattamento dei casi di doppia e plurima cittadinanza

Finché nel diritto internazionale privato europeo si applica il criterio di collegamento della cittadinanza, si pone anzitutto la questione di come

[34] V. per la Germania H.T. SOERGEL/ G. KEGEL, 12ª ed. 1996, vol. 10, art. 5 EGBGB n. 44; STAUDINGER/SPELLENBERG, 2015, art. 3 del regolamento Bruxelles-*bis*, n. 75 ss.; per la Francia B. AUDIT/L. D'AVOUT, *Droit international privé*, 6ième éd., Paris, 2010, p. 143. Per una valutazione di diritto comparato D. BAETGE, *Der gewöhnliche Aufenthalt im IPR*, 1994, p. 121 ss; D. BAETGE, *Auf dem Weg zu einem gemeinsamen europäischen Verständnis des gewöhnlichen Aufenthalts,* in *Festschrift für J. Kropholler,* 2008, p. 77 ss.

[35] M. PH. WELLER, *op. ult. cit*., p. 317 ss.

[36] T. RAUSCHER, in *LMK*, 2009, 28910.

procedere nei casi di doppia o plurima cittadinanza[37]. La maggior parte delle leggi nazionali di diritto internazionale privato contengono al riguardo una previsione espressa. Il diritto tedesco e il diritto italiano sono concordi nel ritenere che si debba sostanzialmente fare riferimento alla cittadinanza effettiva, ma che la propria cittadinanza prevalga sempre[38]. Questa soluzione non è naturalmente consona al diritto internazionale privato europeo che presuppone l'eguaglianza degli Stati membri e dei loro cittadini. Nel diritto internazionale privato europeo è quindi opportuno distinguere tra collegamento soggettivo e oggettivo.

a) Professio iuris

Se il diritto internazionale privato europeo consente di scegliere la legge dello Stato di appartenenza, le considerazioni alla base dell'autonomia privata fanno propendere, in caso di cittadinanza plurima, per una libertà di scelta non limitata allo Stato di appartenenza con cui esiste il collegamento più stretto. Questa soluzione è infatti espressamente prevista dal regolamento successioni nel suo art. 22, comma 1, frase 2, secondo il quale una persona con più di una cittadinanza può scegliere per la sua successione la legge di uno qualsiasi degli Stati di cui ha la cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte. Analogamente si riconosce anche per il diritto internazionale in materia di obbligazioni alimentari che, secondo l'art. 8, lett. a, del Protocollo dell'Aja del 2007 sulle obbligazioni alimentari, in caso di cittadinanza plurima, può essere scelta la legge dello Stato di cui una delle parti ha la cittadinanza, così che il diritto di scelta non è limitato alla cittadinanza effettiva[39]. Per la stessa soluzione opta il diritto internazionale in materia di regime patrimoniale tra coniugi all'art. 16, comma 1, lett. c, della proposta di regolamento.

È invece dubbio che ciò valga anche con riguardo alla scelta della legge nel diritto internazionale in materia di divorzio. Il considerando n. 22 del regolamento Roma III che, nella sua formulazione generica, rinvia alla legislazione nazionale per il trattamento dei casi di cittadinanza plurima, fa infatti riferimento anche all'art. 5, comma 1, lett. c, del regolamento Roma III. Nel trattare i casi di doppia e plurima cittadinanza continuerebbe così a trovare applicazione il diritto internazionale privato

[37] V. A. FUCHS, *Mehrstaater im internationalen Privatrecht,* in *Festschrift für D. Martiny*, 2014 , p. 303 ss.

[38] Art. 5 comma 1 *EGBGB*.; art. 19 comma 2 della legge 218/1995.

[39] A. BONOMI, *Report al protocollo dell'Aja*, n. 131; R. HAUSMANN, cit., parte C, n. 577 con riferimenti.

nazionale anche nell'ambito della scelta della legge a norma del Regolamento Roma III. I giudici tedeschi dovrebbero dunque applicare l'art. 5, comma 1, *EGBGB* e quelli italiani l'art. 19, comma 2, della legge 218/1995, con la conseguenza che potrebbe essere scelta solo la cittadinanza prevalente tedesca e rispettivamente italiana e per il resto solo la cittadinanza effettiva di un soggetto con più cittadinanze. È però preferibile estendere l'atteggiamento più favorevole degli altri strumenti giuridici dell'Unione europea, che ammettono anche la scelta di una legge nazionale non effettiva, alla *professio iuris* nel diritto internazionale in materia di divorzio[40]. In caso contrario non sarebbe possibile la determinazione uniforme della cittadinanza prevalente ai fini del collegamento di persone con due cittadinanze negli Stati membri partecipanti; anche l'accertamento di una cittadinanza "effettiva" sarebbe affetto da notevoli incertezze, tali da mettere a repentaglio la realizzazione dello scopo del regolamento di raggiungere una maggiore certezza giuridica rafforzando l'autonomia privata.

b) Criterio di collegamento oggettivo

Quale criterio di collegamento oggettivo il diritto internazionale privato europeo fa riferimento alla cittadinanza, vale a dire alla cittadinanza comune dei coniugi in assenza di una residenza abituale comune, soltanto con riferimento al divorzio nell'art. 8, lett. c, del Regolamento Roma III. Un simile collegamento sussidiario alla cittadinanza comune è previsto anche dalla proposta per un regolamento in materia di regime patrimoniale tra i coniugi[41]. In realtà, in merito alla disposizione parallela di cui all'art. 3, comma 1, lett. b, del Regolamento Bruxelles II-*bis* la Corte di giustizia ha deciso, nel caso *Hadadi*[42], che per stabilire la competenza internazionale, tutte le cittadinanze dei coniugi dovessero essere trattate allo stesso modo, così che sia sufficiente anche una cittadinanza comune non effettiva. La "coerenza" fra i due regolamenti, auspicata dal considerando n. 10, comma 1, del Regolamento Roma III, sarebbe quindi a favore di un'estensione di questa interpretazione europea autonoma del Re-

[40] Così T. HELMS, *Reform des internationalen Scheidungsrechts durch die Rom III-VO*, in *FamRZ*, 2011, p. 1765 (1770); T. TRAAR, *Rom III-VO*, in *ÖJZ,* 2011, p. 805; spec. 809; W. HAU, *Zur Durchführung der Rom III-VO in Deutschland*, in *FamRZ,* 2013, p. 249, spec. p. 252; R. HAUSMANN, *op. ult. cit*., parte A, n. 281; contra U.P. GRUBER, *Scheidung auf Europäisch – die Rom III-VO*, in *IPRax,* 2012, p. 381 ss., spec. p. 385 s.

[41] Art. 17, comma 1, lett. b, proposta di regolamento.

[42] Corte di giustizia, 16 luglio 2009, in causa C-168/08, *Hadadi/Mesco*, *FamRZ,* 2009, p. 1571, con nota di KOHLER; vedi anche le note di DILGER, in *IPRax*, 2010, 54 e di HAU, *ibid.,* 2010, p. 50.

golamento Bruxelles II *bis* anche al Regolamento Roma III; sarebbe così sufficiente anche una cittadinanza comune dei coniugi che non è effettiva per uno o addirittura per entrambi. Ad una tale interpretazione si oppone tuttavia il tenore letterale del considerando n. 22 che, in merito al trattamento internazionalprivatistico di persone con più cittadinanze, rinvia al diritto nazionale.

Ne consegue che, nell'ambito dell'art. 8, lett. c, del Regolamento Roma III, vanno applicati in maniera complementare davanti ai giudici tedeschi l'art. 5, comma 1, *EGBGB*, e davanti ai giudici italiani l'art. 19, comma 2, legge n. 218/1995. Se un coniuge ha più cittadinanze straniere, bisogna allora fare riferimento soltanto a una cittadinanza comune effettiva dei coniugi. Una cittadinanza comune non effettiva non è dunque sufficiente – diversamente dalla scelta della legge a norma dell'art. 5, comma 1, lett. c, del Regolamento Roma III – quale criterio di collegamento oggettivo ai sensi dell'art. 8 lett. c del medesimo regolamento. Ciò sembra trovare una giustificazione nella considerazione che nelle norme di conflitto, in assenza di una *professio iuris*, si tratta di determinare una legge regolatrice del divorzio nei confronti della quale entrambi i coniugi abbiano un vero legame. Sarà pertanto decisiva la legge del paese di origine di uno dei coniugi con più cittadinanze con cui questi ha un legame più stretto, in particolare per via della sua residenza abituale o del decorso della sua vita.

L'effettività della cittadinanza non costituirebbe tuttavia un elemento determinante in un procedimento davanti ai giudici tedeschi nel caso in cui un coniuge, oltre ad una cittadinanza straniera, possedesse anche quella *tedesca*; in tal caso si farebbe piuttosto sempre riferimento, a norma dell'art. 5, comma 1, frase 2, *EGBGB*, alla sola cittadinanza tedesca del soggetto con più cittadinanze. Lo stesso varrebbe in un procedimento davanti ai giudici italiani con riferimento alla cittadinanza italiana. Questa prevalenza della cittadinanza di un coniuge coincidente con la *lex fori* sarebbe dunque di ostacolo al collegamento ad una cittadinanza comune effettiva a norma dell'art. 8, lett. c, del Regolamento Roma III, con la conseguenza che i coniugi dovrebbero divorziare in conformità all'art. 8, lett. d, secondo la *lex fori*. Questo *favor* nei confronti della cittadinanza tedesca o italiana di un coniuge rispetto ad un'altra cittadinanza comune effettiva *ex* art. 8, lett. c, del Regolamento Roma III mal si concilia, ovviamente, con i "principi generali dell'Unione europea" che, secondo il considerando n. 22 devono godere in questo contesto di "pieno rispetto". Il collegamento alla cittadinanza comune nell'art. 8, lett. c, del Regolamento Roma III – così come il collegamento alla residenza comune di cui alla lett. a o alla lett. b – serve inoltre ad accertare un cen-

tro principale in termini territoriali (*«räumlichen Schwerpunkt»)* della vita matrimoniale; il fatto di preferire rispettivamente la propria cittadinanza per motivi pratici non è più pertanto un argomento convincente in un diritto internazionale privato europeo.

Onde evitare i problemi di un collegamento alla cittadinanza di persone con più cittadinanze la proposta di un regolamento in materia di regime patrimoniale fra i coniugi intraprende infine una strada completamente nuova. Secondo l'art. 17, comma 2, della proposta di regolamento, infatti, il criterio di collegamento della cittadinanza comune dei coniugi non si applica se i coniugi hanno più di una cittadinanza comune. In tal caso trova piuttosto applicazione, secondo l'art. 17, comma 1, lett. c, della proposta di regolamento, la legge dello Stato con cui i coniugi presentano assieme il collegamento più stretto.

4. Rafforzamento del criterio di collegamento della lex fori

a) Il principio del "parallelismo" (Gleichlaufgrundsatz) *nel diritto internazionale privato europeo*

Un ulteriore elemento caratteristico del diritto internazionale privato europeo è rappresentato dalla crescente importanza della *lex fori* quale criterio di collegamento. La *lex fori* in realtà domina tradizionalmente nel diritto processuale sia tedesco sia italiano. Diversamente che nelle giurisdizioni di *Common Law* non riveste invece sinora un ruolo significativo nel diritto internazionale privato autonomo in Germania e in Italia. D'altra parte il principio del "parallelismo", in forza del quale un giudice competente a livello internazionale applica sempre la propria legge, vale già da tempo come criterio di collegamento primario delle relative Convenzioni dell'Aja sulla protezione internazionale dei minori e degli adulti[43].

L'influenza della *lex fori* è stata rafforzata anche nell'ambito del diritto internazionale delle obbligazioni alimentari con l'entrata in vigore del Protocollo dell'Aja del 2007 in materia, il quale vale negli Stati membri come diritto secondario dell'Unione europea[44]. Secondo l'art. 4,

[43]Art. 2 della Convenzione dell'Aja del 1961 sulla competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minorenni; art. 15, comma 1, della Convenzione dell'Aja del 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori; art. 13 comma 1 della Convenzione dell'Aja del 2000 sulla protezione internazionale degli adulti.

[44]Art. 15 del Regolamento sulle obbligazioni alimentari.

comma 3, frase 1, del Protocollo dell'Aja il principale criterio di collegamento della residenza abituale del creditore *ex* art. 3 non si applica se uno dei creditori menzionati nell'art. 4, comma 1, lett. a-c, ha adìto i giudici competenti dello Stato in cui il debitore ha la residenza abituale. Al suo posto trova applicazione la legge in materia di obbligazioni alimentari vigente nel luogo dove si trova il giudice adìto. Non si tratta qui soltanto di un criterio di collegamento sostitutivo per i casi in cui la legge a cui rinvia l'art. 3 del Protocollo dell'Aja non riconosce un diritto agli alimenti; la *lex fori* assurge piuttosto a criterio di collegamento primario se il creditore agisce nello Stato del debitore. In tal modo si rende possibile, in una certa misura, al creditore un *forum shopping* in quanto, nell'esercitare il diritto di scelta consentitogli dall'art. 3, lett. a e lett. b, del Regolamento sulle obbligazioni alimentari di agire nel luogo della residenza abituale del debitore ovvero nel luogo della propria residenza abituale, il creditore può optare al contempo per la legge sulle obbligazioni alimentari vigente nel rispettivo foro[45].

Il collegamento alla *lex fori* si trova anche nel diritto internazionale in materia di divorzio e separazione personale, anche se soltanto come criterio residuale nel gradino più basso della scala dei criteri di collegamento dell'art. 8 del Regolamento Roma III. Essa è inoltre a disposizione come criterio di collegamento soggettivo alternativo a norma dell'art. 5, comma 1, lett. d, del Regolamento Roma III e sarà qui presumibilmente destinata ad acquisire maggiore rilevanza pratica per i divorzi congiunti qualora i coniugi, per motivi di rapidità e costi, desiderino evitare l'applicazione della legge straniera sul divorzio competente ai sensi dell'art. 8 del Regolamento Roma III.

Il principio del "parallelismo" rappresenta infine anche il criterio centrale di collegamento nel regolamento successioni. Diversamente dal Regolamento Roma III, la legge dello Stato i cui giudici sono competenti per la successione non può essere scelta direttamente né dal *de cuius* né dagli eredi. Nel Regolamento non si ricorre inoltre espressamente alla *lex fori* neanche come criterio di collegamento oggettivo. Tuttavia il Regolamento fa riferimento all'ultima residenza abituale del defunto sia nell'art. 4 per la competenza internazionale che nell'art. 21 comma 1 per la legge applicabile, così che in mancanza di una scelta trova quasi sempre applicazione la *lex fori* come legge regolatrice della successione. Anche in caso di una valida scelta da parte del *de cuius* a norma dell'art.

[45] A. BONOMI, *Report al protocollo dell'Aja*, n. 68; A. MALATESTA, *La Convenzione e il Protocollo dell'Aja del 2007 in materia di alimenti*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale,* 2009, p. 829 ss., spec. p. 842; R. HAUSMANN, *op. ult. cit*., parte C, n. 525 con riferimenti.

22, il regolamento promuove inoltre il parallelismo della competenza internazionale e della legge applicabile consentendo nell'art. 5 un accordo sulla scelta del foro e la rimessione del procedimento ai giudici del Paese di origine del defunto a norma dell'art. 6.

b) Valutazione

Il collegamento alla *lex fori* viene in realtà visto con una certa diffidenza nel diritto internazionale privato tradizionale degli Stati membri dell'Europa continentale, perché non persegue l'obiettivo di Carl Friedrich von Savigny di stabilire la "sede" (*Sitz*) geografica o, in altre parole, il punto di gravità (*Schwerpunkt*) dei relativi rapporti giuridici. A favore di un'applicazione del principio del "parallelismo" depongono tuttavia soprattutto ragioni di praticità, in quanto i giudici possono applicare la propria legge con un maggiore risparmio di tempi e costi nonché garantendo una correttezza superiore di quanto non accadrebbe se applicassero la legge straniera. Ciò vale in particolare nelle materie giuridiche nelle quali – come ad es. nella normativa sulle obbligazioni alimentari o sulla protezione dei minori – la garanzia di una celere tutela giurisdizionale è per gli interessati di particolare importanza.

5. Clausole d'eccezione

a) Significato nel diritto internazionale privato europeo

I criteri di collegamento oggettivi europei appena trattati vengono considerati troppo rigidi in alcuni casi specifici. Per questa ragione viene concessa ai giudici degli Stati membri in determinati casi la possibilità di derogare dai detti criteri di collegamento e di applicare una legge con cui la fattispecie rivela eccezionalmente un collegamento più stretto. A tal fine si avvale anche il legislatore europeo delle c.d. clausole d'eccezione[46]. Esse sono da tempo note soprattutto nell'ambito della legge internazionale applicabile alle obbligazioni contrattuali[47], ma si trovano anche nella legge sulle obbligazioni extracontrattuali[48] e, di recente, an-

[46] O. REMIEN, *Engste Verbindung und Ausweichklauseln*, in LEIBLE/UNBERATH, (a cura di), *op.ult. cit*., p. 223 ss., spec. p. 233 ss.

[47] Cfr. art. 4, comma 3, art. 5, comma. 3, art. 7, comma 2, frase 2, art. 8 comma 4 del Regolamento Roma I.

[48] Cfr. art. 4 comma 3, art. 5, comma 2, art. 10 comma 4, art. 11, comma 4, art. 12, comma 2 lett. c, del Regolamento Roma II.

che nel diritto successorio internazionale[49] come già da tempo nelle convenzioni dell'Aja sul campo di diritto di famiglia[50]. Esse correggono in linea di principio soltanto il collegamento oggettivo e non trovano quindi applicazione nel caso di una scelta della legge[51].

b) Valutazione

Il valore di tali clausole d'eccezione è controverso; a volte vengono respinte in quanto considerate superflue e un pericolo per la certezza del diritto[52]. A tale critica si obietta che non tutte le norme di conflitto sarebbero orientate al principio del collegamento più stretto e al giudice verrebbe pertanto data la possibilità, proprio attraverso le clausole d'eccezione, di operare nella fattispecie concreta un'integrazione giuridica conforme al sistema. Si è tuttavia concordi nel ritenere che si debba far ricorso alle clausole d'eccezione solo con prudenza. Inoltre, non si può desumere dalle speciali clausole d'eccezione disciplinate nei regolamenti europei che tutti i criteri di collegamento del diritto internazionale privato europeo siano subordinati ad una clausola generale d'eccezione[53]. Ciò vale in particolare in materia di diritto internazionale privato della famiglia. Qui non si può mettere in discussione il criterio di collegamento oggettivo decisivo della residenza abituale dei coniugi in uno Stato membro sia nel Regolamento Roma III per il divorzio che nel futuro regolamento in materia di obbligazioni alimentari sostenendo che, ad esempio, una coppia di coniugi di fede islamica di origine pachistana continui a sentirsi più vicina alla legge del proprio paese di origine che non alla legge tedesca o italiana della residenza. Il legislatore europeo dovrebbe inoltre piuttosto ricorrere con cautela alla possibilità di applicare la legge del collegamento più stretto attraverso clausole d'eccezione; si possono infatti raggiungere risultati adeguati anche senza clausole d'eccezione ricorrendo a criteri di collegamento concepiti con attenzione.

[49] Cfr. art. 21, comma 2, del Regolamento successioni.

[50] Cfr. art. 15, comma 2, Convenzione del 1996 sulla protezioni dei minori; art. 13, comma 2, Convenzione del 2000 sulla protezione internazionale degli adulti.

[51] O. REMIEN, *op. ult. cit*., p. 231 ss.

[52] P. MAYER/V. HEUZÉ, *Droit international privé,* Paris, 10ª ed., 2010, n. 490.

[53] In favore di una clausola d'eccezione generale europea *de lege ferenda* P. LAGARDE, *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?,* in FALLON/LAGARDE/POILLOT-PERUZZETTO (a cura di), Bruxelles, 2011, pp. 365 e 374; *contra* con ragioni convicenti O. REMIEN, *op. ult. cit*., p. 233 ss.

III. Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato europeo

In conformità al diritto sia tedesco che italiano, i regolamenti europei nel settore del diritto internazionale privato non contengono una disposizione generale sulla qualificazione. Mentre la prassi giudiziaria di entrambi i paesi decide le questioni di qualificazione essenzialmente alla luce della propria legge, una tale qualificazione secondo la rispettiva *lex fori* è difficilmente conciliabile con gli obiettivi di un'applicazione uniforme negli Stati membri del diritto internazionale privato europeo. Ci si chiede pertanto secondo quali criteri debba aver luogo la qualificazione nel diritto internazionale privato europeo. Nel rispondere a tale domanda si prende in considerazione una nozione ampia di qualificazione, con la quale si intende ogni procedimento di sussunzione che presuppone una interpretazione di concetti di sistema del diritto internazionale privato; si tratta, più precisamente, dell'interpretazione delle categorie astratte di situazioni o di rapporti contenute nella fattispecie di norme di conflitto europee[54].

1. Punti di riferimento nei Regolamenti di Roma

L'assenza di una regola generale sulla qualificazione non significa che il diritto internazionale privato europeo non offra all'operatore alcun aiuto al riguardo. In non poche disposizioni, infatti, i regolamenti europei stessi offrono una definizione autentica di determinate categorie astratte di situazioni o di rapporti[55]. Così, il Regolamento Roma I definisce la nozione di "consumatore" nell'art. 6, comma 1, e la nozione di "norma di applicazione necessaria" nell'art. 9, comma 1. Una tale definizione ha luogo non di rado anche solo indirettamente mediante rinvio alle relative direttive europee; ciò vale ad esempio per le nozioni di "viaggi tutto compreso" e "diritto di godimento a tempo parziale" nell'art. 6 comma 4 o per la nozione di "strumenti finanziari" nell'art. 4, comma 1, lett. h, Regolamento Roma I.

I regolamenti più recenti in materia di diritto internazionale di famiglia e successorio contengono addirittura autonome norme di definizione con in parte circostanziati elenchi di definizioni. Così, l'art. 3 del Regolamento successioni definisce categorie astratte di situazioni o di rapporti di centrale importanza come la "successione", il "patto successorio", il

[54] V. H. Heiss/E. Kaufmann-Mohi, "*Qualifikation" – Ein Regelungsgegenstand für eine Rom 0-Verordnung?,* in Leible/Unberath, *op. ult. cit.,* p. 181 ss., spec. p. 186.

[55] V. H. Heiss/E. Kaufmann-Mohi, *op. ult. cit.,* p. 180, spec. p. 187 ss.

"testamento congiuntivo" e la "disposizione a causa di morte". Nell'art. 26 del medesimo regolamento viene inoltre definita la nozione di "validità sostanziale" di una successione e viene chiarito che – in deroga alla tradizionale concezione nel diritto internazionale privato degli Stati membri – anche l'interpretazione della disposizione deve essere sussunta sotto questa nozione. Nell'art. 27, comma 3, del Regolamento successioni viene infine spiegato cosa si deve intendere per attinente alla "forma" di una disposizione a causa di morte.

Oltre a queste definizioni autentiche vincolanti nei testi dei regolamenti anche i considerando che li precedono contengono degli importanti chiarimenti sulle nozioni. Così, ai fini del raggiungimento degli obiettivi del Regolamento Roma I, nel considerando n. 8 viene circostanziata la nozione di "rapporti di famiglia" considerata nell'art. 1, comma 2, lett. b, in modo avulso dal suo ambito di applicazione per materia, e per la qualificazione dei "rapporti che hanno effetti comparabili al matrimonio e ad altri rapporti di famiglia" è fatto rinvio espresso alla legge dello Stato membro del giudice adito. Analogamente, il considerando n. 11 al Regolamento Roma II chiarisce che anche la responsabilità oggettiva deve essere intesa come "responsabilità extracontrattuale" ai sensi del regolamento in questione. Una descrizione dettagliata di "danno ambientale" ai sensi dell'art. 7 del Regolamento Roma II è fornita dal considerando n. 24. E il considerando n. 30 chiarisce la nozione di "*culpa in contrahendo*" di cui all'art. 12 e la sua distinzione rispetto alla responsabilità per fatto illecito a norma dell'art. 4 del Regolamento Roma II.

Anche l'elenco di materie che non ricadono nell'ambito di applicazione materiale contenuto nei singoli regolamenti incide direttamente sulla portata delle relative categorie astratte di situazioni o di rapporti. Così, ad es., la nozione di "obbligazione contrattuale" ai sensi del Regolamento Roma I si chiarisce soltanto alla luce dell'art. 1 comma 2 del Regolamento, che esclude tutta una serie di obbligazioni contrattuali – ad es. in materia di obbligazioni alimentari, regimi patrimoniali tra coniugi e altri rapporti di famiglia nonché in materia di titoli di credito e diritto delle società. Anche questi elenchi di eccezioni non sono in fondo altro che speciali regole di qualificazione.

Quale ulteriore strumento per operare la qualificazione il legislatore europeo si avvale infine delle disposizioni, contenute nella maggior parte dei regolamenti, in merito all'ambito della legge di volta in volta applicabile. Tipici esempi sono l'art. 12 del Regolamento Roma I sulla legge applicabile al contratto e l'art. 23 del regolamento successioni sulla legge che regola la successione. L'applicazione di queste disposizioni presuppone però che la legge applicabile sia già stata stabilita; si tratta quindi in

realtà di una qualificazione su un secondo piano. Naturalmente queste disposizioni influiscono tuttavia anche sulla qualificazione sul primo piano. Così, nel famoso caso relativo al pagamento di cambiali nello stato del Tennessee da parte di debitori domiciliati in Germania, il *Reichsgericht* non sarebbe incorso nell'errore di qualificare la prescrizione, applicando la legge del Tennessee, quale istituto processualistico, se all'epoca fosse esistita nell'EGBGB (introduzione al cod. civ. tedesco) una disposizione corrispondente all'art. 12 comma 1 lett. d del Regolamento Roma I, la quale avesse chiarito che la prescrizione di pretese contrattuali deve essere considerata un istituto del diritto sostanziale dei contratti. Il *Reichsgericht* era infatti pervenuto alla bizzarra conclusione che l'azione non poteva essere considerata prescritta perché non è possibile applicare norme straniere aventi carattere processuale e d'altra parte le norme sostanziali tedesche in materia di prescrizione non avevano motivo di essere applicate dato che la cambiale era sottoposta alla legge del Tennessee[56].

2. L'influenza della Corte di giustizia

Da non sottovalutare è infine anche il ruolo svolto dalla Corte di giustizia nella qualificazione delle categorie astratte di situazioni o di rapporti del diritto internazionale privato europeo. È vero che, a norma dell'art. 267 Trattato sul funzionamento dell'UE, la Corte di giustizia è in realtà competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale, limitatamente a questioni astratte d'interpretazione, mentre non può sussumere il caso concreto sotto le disposizioni del diritto europeo. Le domande pregiudiziali dei giudici nazionali sono invece di solito influenzate in modo così incisivo dalla fattispecie sottostante che la risposta della Corte di giustizia alla questione di interpretazione si avvicina molto nel caso concreto ad una sussunzione e pregiudica alquanto la decisione finale del giudice nazionale[57]. Da un punto di vista metodologico l'interpretazione autonoma seguita dalla Corte di giustizia è molto simile alla qualificazione dei giudici nazionali secondo la *lex fori*. Nel basare la propria interpretazione su una comparazione funzionale degli ordinamenti giuridici europei, la Corte sviluppa una concezione di nozione europea comune che alla fine non rappresenta altro se non una qualificazione alla luce dei concetti giuridici della *lex fori* a livello sovranazionale[58]. Si ricordi, a

[56] RGZ 7, 21 ss.

[57] V. H. HEISS/E. KAUFMANN-MOHI, *op. ult. cit.,* p. 190.

[58] A. BONOMI, *Il diritto internazionale privato dell'Unione Europea: considerazioni generali,* in A. BONOMI, (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giu-*

titolo esemplificativo, la sentenza *Tacconi* sull'art.5 n. 1 della Convenzione di Bruxelles del 1968 in cui la Corte di giustizia, sulla base di considerazioni comparatistiche e sistematiche, è giunta al risultato che un'"obbligazione contrattuale" potrebbe esistere in senso europeo solo se l'obbligazione contrattuale è stata "assunta volontariamente"; per questa ragione la responsabilità derivante da "*culpa in contrahendo"* venne giustamente qualificata come extracontrattuale[59].

IV. UNIVERSALITÀ DEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO EUROPEO E RINVIO

Desidero ora concludere le mie considerazioni in merito alle questioni generali del diritto internazionale privato europeo con alcune osservazioni sul rinvio. Questo è senz'altro uno dei problemi di diritto internazionale privato più discussi dalle sentenze pilota della *Cour de cassation* francese nel caso *Forgo* alla fine del 19° secolo[60]. Fino a poco tempo fa non era tuttavia ancora un tema che interessasse il diritto internazionale privato europeo, in quanto i Regolamenti di Roma I, II e III escludono in linea di principio – a prescindere da un'eccezione nel Regolamento Roma I[61] – l'accettazione di un rinvio indietro o di un rinvio oltre[62]. Lo stesso vale per il diritto internazionale in materia di obbligazioni alimentari[63].

diziara in materia civile, in G. Ajani e G.A. Benacchio (diretto da), Trattato di diritto privato dell'Unione europea, Torino, 2009, p.1 ss., spec. p. 135 ss.; R. BARATTA, *The Process of Characterization in the EC's Conflicts of Laws: Suggesting a flexible approach*, in *Yearbook of Private International Law,* 2004, p. 155 ss.

[59] Corte di giustizia, 17 settembre 2002, in causa C 344/00, *Tacconi.*

[60] Cass. civ. S. 1878.1, 429; Cass. Req. S. 1882. 1393; B. STAUDINGER/R. HAUSMANN, (2012), *Art. 4 EGBGB,* n. 29 ss. Per un'analisi approfondita sulle finalità e sui diversi modelli del rinvio, A. DAVÍ, *Le renvoi en droit international privé contemporain*, in *Recueil des cours*, vol. 353, 2012, pp. 9-522.

[61] Art. 7 comma 3 frase 2 del regolamento Roma I.

[62] Art. 20 del regolamento Roma I, art. 24 del regolamento Roma II, art. 11 del regolamento Roma III. V. J. VON HEIN*, Der Renvoi im europäischen Kollisionsrecht*, in LEIBLE/UNBERATH, *op. ult. cit.,* p. 341 ss., spec. p. 363 ss.; B. STAUDINGER/R. HAUSMANN, (2012), *Art. 4 EGBGB,* n. 159 ss.

[63] Combinato disposto dell'art. 15 del Regolamento sulle obbligazioni alimentari e dell'art. 12 del Protocollo dell'Aja del 23 novembre 2007 relativo alla legge applicabile alle obbligazioni alimentari.

1. La regola del rinvio nel regolamento sulle successioni

Si è chiaramente prodotta una nuova situazione con l'adozione del regolamento sulle successioni. Nel suo art. 34, comma 1, lett. a, questo dispone ora infatti l'accettazione del rinvio se la legge di uno Stato terzo rinvia indietro oppure oltre alla legge di uno Stato membro. Secondo l'art. 34, comma 1, lett. b, del regolamento successioni –seguendo il modello della Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori del 1996 – si deve inoltre rispettare il rinvio oltre di uno Stato terzo alla legge di un altro Stato terzo se quest'ultimo accetta tale rinvio, vale a dire se applica il proprio ordinamento giuridico. Se invece il secondo Stato terzo rinvia oltre alla legge di un altro Stato terzo o rinvia indietro alla legge del primo Stato terzo, questo rinvio non sarà rispettato; si tratta allora di un richiamo al diritto sostanziale del primo Stato terzo, ad esclusione delle norme di diritto internazionale privato di tale Stato («*Sachnormverweisung*»). Problematico è soltanto il caso in cui il primo Stato terzo rinvii oltre alla legge di un secondo Stato terzo, ma questo rinvii indietro alla legge di uno Stato membro. Secondo il tenore letterale dell'art. 34 del Regolamento successioni si ricorre anche in questo caso ad un richiamo del diritto sostanziale del primo Stato terzo, ad esclusione delle norme di diritto internazionale privato di tale Stato[64]. Anche in caso di un tale rinvio indietro indiretto alla legge di uno Stato membro, gli obiettivi che ci si prefigge di raggiungere con questa previsione così come le ragioni di praticità giocano invece a favore dell'accettazione di un tale rinvio indietro indiretto[65].

Un rinvio indietro o un rinvio oltre non viene accettato secondo l'art. 34, comma 2, del Regolamento successioni se la legge applicabile è stata stabilita ricorrendo ad una clausola d'eccezione a norma dell'art. 21, comma 2, ad una *professio iuris* a norma dell'art. 22 o ad un collegamento alternativo della validità formale di una disposizione a causa di morte *ex* art. 27. Si tratta dei tipici criteri di collegamento che escludono il rinvio, già noti dal tradizionale diritto internazionale privato autonomo degli Stati membri. La loro regolamentazione espressa deve essere accolta con favore perché contribuisce alla chiarezza giuridica e va preferita alla norma tedesca di cui all'art. 4, comma 1, frase 1, *EGBGB* che non accetta il rinvio in presenza, nella fattispecie concreta, di una contraddizione al «senso del richiamo» (alla legge straniera effettuato dalle norme di conflitto tedesche) (*Sinn der Verweisung*).

[64] In questo senso per l'art. 21 par. 2 convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori del 1996, P. LAGARDE, Report n. 116; R. HAUSMANN, *op. ult. cit.,* parte B, n. 546.

[65] J. VON HEIN, *op. ult. cit.*, p. 374 ss.

2. Valutazione

Il legislatore europeo preferisce dunque, in materia di successioni a causa di morte, l'armonia delle decisioni con Stati terzi all'attuazione del proprio criterio di collegamento dell'ultima residenza abituale del defunto. Si pone così da un lato la questione se questa accettazione parziale del rinvio sia compatibile con gli altri principi generali del Regolamento in materia di successioni. Dall'altro lato non si è ancora data risposta alla questione generale se, rispetto al tradizionale principio del richiamo della legge materiale ad esclusione delle norme di conflitto dello stato interessato, l'art. 34 Regolamento successioni comporti un passo avanti o uno indietro.

Nel regolamento in materia di successioni l'art. 34 non è propriamente in armonia con il principio dell'unitarietà della successione, attuato rigidamente dal regolamento. L'art. 21, comma 1, stabilisce infatti «la legge applicabile all'*intera* successione». Al riguardo il considerando n. 37, frase 3, chiarisce: «Ai fini della certezza del diritto e onde evitare la frammentazione della successione, tale legge dovrebbe regolare l'intera successione, ossia tutti i beni oggetto dell'eredità, indipendentemente dalla loro natura o dal fatto che siano situati in un altro Stato membro o in uno Stato terzo». Fa eccezione a questo principio soltanto l'art. 30 del Regolamento, che prevede un collegamento speciale di norme di applicazione necessaria motivate da ragioni di carattere sociale o economico, le quali si impongono nei confronti della legge applicabile alla successione e sottopongono i relativi beni ad una propria disciplina. Si intendono tuttavia – come chiarito dal considerando n. 54 – soltanto le norme materiali dello Stato in cui sono situati i beni, non invece le norme di conflitto che assoggettano ad es. i beni immobili alla rispettiva *lex rei sitae*. Il principio dell'unitarietà della successione viene tuttavia limitato dalla previsione di un rinvio indietro o di un rinvio oltre a norma dell'art. 34 del Regolamento. Infatti, se si richiama la legge di uno Stato terzo che – come gli Stati Uniti o il Canada – segue nel diritto internazionale privato il principio del frazionamento della successione, si deve allora accettare soltanto un rinvio parziale – ad es. alla legge italiana con riferimento ad una casa di villeggiatura situata in Toscana appartenente ad un cittadino statunitense domiciliato a New York – con la conseguenza che si assisterà ad un frazionamento della successione anche nell'ambito di applicazione territoriale del Regolamento sulle successioni. Onde evitare ciò, si potrebbe pensare di accettare un rinvio *ex* art. 34 soltanto con riferimento all'intera successione e di negare un rinvio indietro oppure oltre solo parziale. Ciò sarebbe però difficilmente conciliabile con il

tenore letterale della disposizione e contrasterebbe anche con i lavori preparatori dai quali emerge che, nonostante si fosse riconosciuto il problema, si è preferito prescindere dal regolarlo[66].

Alla questione fondamentale se la previsione limitata del rinvio nel Regolamento in materia di successioni rappresenti un passo nella giusta direzione si risponde in Germania per lo più in senso affermativo. Si adducono a motivazione di ciò soprattutto l'armonia internazionale delle decisioni e la facilitazione dell'applicazione del diritto. Per quanto riguarda l'armonia internazionale delle decisioni è naturalmente opportuno considerare se ciò è auspicabile a prescindere completamente dal rapporto tra il principio della cittadinanza e quello della residenza. Nel tradizionale diritto internazionale privato tedesco e italiano l'accettazione del rinvio nel diritto internazionale delle successioni aveva il vantaggio di portare spesso all'applicazione della legge dello Stato dell'ultimo domicilio o della residenza abituale del defunto, il che era considerato più opportuno rispetto al collegamento alla cittadinanza se i rapporti del *de cuius* nei confronti del suo paese di origine erano già stati interrotti da tempo. D'altra parte l'accettazione del rinvio a norma dell'art. 34 aveva l'effetto opposto se il diritto internazionale privato dello Stato terzo prevede a sua volta il collegamento alla cittadinanza del defunto: al posto della legge dello Stato dove da tempo il defunto aveva la propria residenza abituale si deve applicare la legge dello Stato membro di cui il *de cuius* aveva mantenuto la cittadinanza sino alla morte, anche se il suo rapporto con il paese di origine è oramai debole.

Anche il vantaggio pratico del rinvio a norma dell'art. 34 del Regolamento sulle successioni è piuttosto limitato per i giudici degli Stati membri chiamati a decidere in materia successoria. Poiché, secondo l'art. 4 1 del Regolamento, la competenza generale è stabilita nel luogo in cui il defunto aveva la sua ultima residenza abituale, si perviene lo stesso – come già detto – nel caso normale di cui all'art. 21 1 ad un parallelismo tra competenza e legge applicabile. L'accettazione del rinvio *ex* art. 34 ha quindi una rilevanza pratica soltanto nei rari casi in cui ad un giudice di uno Stato membro spetta la competenza sussidiaria a norma dell'art. 10 o una competenza necessaria a norma dell'art. 11 del Regolamento. Dovrebbe trattarsi della situazione di un defunto che ha la sua ultima residenza abituale in uno Stato terzo, mentre il patrimonio ereditario si trova nello Stato del foro. Soltanto in questo ambito ristretto

[66] J. VON HEIN, *op. ult. cit.,* p. 377 ss.

il rinvio indietro attraverso la legge di uno Stato terzo alla *lex fori* può facilitare l'applicazione pratica del diritto[67].

3. Ripercussioni sul futuro regolamento in materia di regime patrimoniale tra coniugi

Si pone infine la questione di come l'accettazione limitata del rinvio nel regolamento sulle successioni possa influire sul futuro regolamento in materia di regime patrimoniale tra coniugi. Come noto, la proposta della Commissione dell'anno 2011 prevede – come i regolamenti di Roma – l'esclusione totale del rinvio anche per il diritto internazionale sul regime patrimoniale tra coniugi. Occorre naturalmente accertare se vi si debba rimanere ancora fedele in seguito alla normativa in deroga contenuta nel regolamento sulle successioni.

A favore depone quale argomento sistematico lo stretto collegamento per materia fra il regime patrimoniale tra i coniugi e la disciplina del divorzio, delle obbligazioni alimentari e del contratto,vale a dire con altri settori del diritto per i quali il diritto internazionale privato europeo esclude il rinvio; lo stretto collegamento con la legge sul divorzio è particolarmente evidente nella competenza accessoria a conoscere delle questioni inerenti al regime patrimoniale del giudice che sia stato investito della causa di divorzio a norma del Regolamento Bruxelles II-*bis*[68]. L'accettazione di un rinvio parziale in materia di regime patrimoniale tra coniugi contrasterebbe inoltre con il principio dell'unitarietà del regime patrimoniale su cui si basa la proposta del relativo regolamento secondo il suo art. 15. D'altra parte, a favore dell'accettazione del rinvio si potrebbe addurre l'argomento che, in tal modo, il principio della non modificabilità del regime patrimoniale, a cui fa riferimento l'art. 17 della proposta, sarebbe attenuato se la legge dello Stato terzo ritenuta applicabile dispone a sua volta la modificabilità del regime patrimoniale, dichiarando così decisiva una legge con cui il coniuge aveva da ultimo il collegamento più stretto. I coniugi possono tuttavia ottenere sempre l'adeguamento alla loro nuova situazione ambientale a norma dell'art. 18 della proposta anche mediante la scelta della legge applicabile, così che non dipendono a tal fine dall'accettazione del rinvio. Complessivamente esistono pertanto più argomenti a favore dell'esclusione del rinvio in materia di regime patrimoniale tra coniugi se il regime patrimoniale ces-

[67] H. DÖRNER, in *Zeitschrift für Erbrecht*, 2010, p. 221; J. VON HEIN, *op. ult. cit.*, p. 380; B. STAUDINGER/R. HAUSMANN, *Art. 4 EGBGB*, cit., n. 164.

[68] Art. 4 proposta di regolamento sul regime patrimoniale tra coniugi.

sa – in particolare per separazione personale o divorzio – quando i coniugi sono ancora in vita[69].

Appare tuttavia opportuna un'altra valutazione se il regime patrimoniale viene sciolto in seguito alla morte di uno dei coniugi. Per questo caso l'art. 3 della proposta tiene conto dello stretto collegamento tra il diritto successorio e il regime patrimoniale, estendendo la competenza del giudice competente per le questioni relative alla successione in base al relativo regolamento anche alla liquidazione del regime patrimoniale tra coniugi derivante dall'apertura della successione. Per risparmiare a questo giudice i difficili problemi di qualificazione – noti soprattutto al diritto internazionale privato tedesco[70]– nel rapporto fra legge applicabile alla successione e al regime patrimoniale, la questione dell'accettazione di un rinvio per entrambi i settori del diritto dovrebbe trovare una risposta il più possibilmente uniforme. Poiché il legislatore europeo ha però deciso in materia di diritto successorio nell'art. 34 del Regolamento di accettare un rinvio limitato, la stessa soluzione dovrebbe valere anche per le questioni inerenti al regime patrimoniale tra coniugi che si pongono in seguito alla morte di uno dei coniugi[71].

E qui il legislatore europeo si trova di fronte alla decisione se assumere, all'interno dello stesso regolamento, un diverso atteggiamento in merito alla problematica del rinvio a seconda che le questioni inerenti al regime patrimoniale si pongano quando i coniugi sono ancora in vita o che si tratti della liquidazione del regime patrimoniale in seguito alla morte di uno dei coniugi. Onde evitare ulteriori complicazioni si potrebbe perciò consigliare una soluzione unitaria che si orienti all'art. 34 del Regolamento sulle successioni[72].

V. OSSERVAZIONI FINALI

Quali sono i principi non scritti che stanno alla base della regolamentazione europea del diritto internazionale privato con riguardo alle questioni generali? A mio avviso in prima linea sono i seguenti:

[69] In questo senso anche J. VON HEIN, *op. ult. cit.,* p. 382 ss.

[70] V. ad esempio la discussione sulla qualificazione del § 1371 comma 1 BGB secondo cui la quota ereditaria del coniuge superstite è aumentata di un quarto se i coniugi hanno vissuto nel regime patrimoniale legale della *Zugewinngemeinschaft.*

[71] J. VON HEIN, *op. ult. cit.,* p. 384 ss.

[72] In questo senso anche M. BUSCHBAUM/U. SIMON, in *Gemeinschaftsprivatrecht*, 2011, p. 262, spec. p. 267; D. MARTINY, in *IPRax,* 2011, p. 437, spec. p. 452.

- L'affermazione dell'autonomia privata con l'obiettivo di assicurare alle parti maggiore flessibilità e allo stesso tempo maggiore certezza di diritto nonché di promuovere la mobilità dei cittadini nell'Unione europea.

- La sostituzione della cittadinanza con la residenza abituale come criterio di collegamento primario nel diritto internazionale privato della famiglia e delle successioni, anch'essa con la finalità di facilitare il trasferimento di persone da uno Stato membro all'altro.

- Il rafforzamento della *lex fori* come criterio di collegamento oggettivo e soggettivo. Il principio del "parallelismo" dei criteri di collegamento per la giurisdizione e per il diritto applicabile, che è caratteristico soprattutto nel Regolamento successioni, riduce drasticamente i casi in cui le corti nazionali sono obbligate ad applicare un diritto sostanziale straniero.

- Anche la limitata accettazione del rinvio nel regolamento successioni tende non solo a raggiungere l'armonia internazionale delle decisioni ma anche ad evitare l'applicazione del diritto straniero di uno Stato terzo ed a facilitare così il compito delle corti nazionali.

-Lo sviluppo recente del diritto internazionale privato europeo è caratterizzato dunque meno dalla ricerca della connessione più stretta ma ispirato dall'idea di accelerare e migliorare la tutela giurisdizionale dei cittadini europei e di ridurre i costi dei processi con elementi transfrontalieri[73].

[73] V. i considerando n. 27 e n. 37 del regolamento sulle successioni.

I PRINCIPI DEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO EUROPEO DELLE SUCCESSIONI

Roberta CLERICI[*]

SOMMARIO: 1. Genesi e obiettivi del regolamento (UE) n. 650/2012. – 2. I principi del diritto internazionale privato europeo delle successioni: l'unità della successione. – 3. Le eccezioni a tale principio. – 4. Il principio relativo all'autonomia della volontà. – 5. Il principio relativo al coordinamento tra gli ordinamenti.

1. *Genesi e obiettivi del regolamento (UE) n. 650/2012*

Gli 84 articoli e gli 83 considerando del regolamento (UE) n. 650/2012 del 4 luglio 2012, dedicato 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, rivelano immediatamente una sorta di carattere monumentale che connota questo atto normativo, entrato in vigore il 17 agosto 2015.

Lo stesso titolo del resto permette di coglierne l'ampiezza di contenuti, anche se certamente non nuova e non ultima nel settore della c.d. comunitarizzazione del diritto internazionale privato: tale ampiezza connota infatti anche il precedente regolamento (CE) n. 4/2009 dell'8 giugno 2009, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari; e connoterà i due futuri regolamenti rispettivamente dedicati alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e a alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate[1].

E pur tuttavia il regolamento sulle successioni è destinato a costituire un *unicum* sia rispetto al passato sia rispetto al futuro: da un lato infat-

[*] Ordinario f. r. di Diritto internazionale privato, Università degli Studi di Milano.

[1] Le rispettive proposte sono contenute nei documenti COM(2016) 106 final e COM(2016) 107 final, entrambi datati 2 marzo 2016.

ti il regolamento n. 4/2009 mutua come è noto la disciplina della legge applicabile alle obbligazioni alimentari dall'omonimo Protocollo del 23 novembre 2007, elaborato in seno alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato; dall'altro i futuri regolamenti (il cui ambito materiale è comunque inferiore) entreranno in vigore mediante il procedimento di cooperazione rafforzata *ex* art. 328, par. 1 TFUE, su richiesta di 17 Stati membri. Non sarà raggiunto perciò il numero pur sempre ragguardevole di 25 Stati membri, vincolati dal regolamento n. 650/2012 a causa delle defezioni, accanto a quella tradizionale della Danimarca, ad opera del Regno Unito e dell'Irlanda; né i futuri regolamenti potranno entrare a far parte dell'*acquis communautaire.*

Il progetto di creare norme uniformi in questo delicato settore del diritto ben poteva del resto essere qualificato come troppo ambizioso. La materia delle successioni a causa di morte è oggetto infatti di discipline statali assai differenziate e spesso addirittura antitetiche riguardo al diritto materiale, frutto di diverse concezioni di fondo sul carattere stesso da assegnare a questo peculiare modo di trasmissione o di devoluzione dei beni, a partire – a puro titolo di esempio – dalle diverse opzioni normative degli Stati membri in tema di libertà testamentaria o di ammissibilità dei patti successori o di organizzazione della vicenda ereditaria.

Altrettanto incisive risultano poi le divaricazioni nel campo del diritto internazionale privato, informato per taluni sistemi al principio della scissione tra la disciplina dei beni immobili, sottoposti alla *lex rei sitae*, e quella dei beni mobili, soggetti alla legge dell'ultimo domicilio o dell'ultima cittadinanza del *de cuius*; ed ulteriori differenze sono riscontrabili, a partire dalla selezione del criterio di collegamento di base.

Malgrado tutto ciò, il regolamento è riuscito, al termine di un *iter* piuttosto breve[2], nell'intento prefisso; la sua origine comunitaria ha ovviamente consentito a questo strumento normativo di calare dall'alto un regime uniforme che supera e si sostituisce ai singoli regimi statali di diritto internazionale privato e processuale, introducendo un ulteriore e rilevante tassello dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, il quale travalica (in misura maggiore rispetto ad altri) le singole tradizioni giuridiche degli Stati membri, almeno nel settore indicato.[3]

[2] Le tappe di tale *iter*, ivi compresi i Programmi in tema di cooperazione giudiziaria civile, sono racchiuse nei considerando da 3 a 6. È sufficiente qui sottolineare che i lavori preparatori si sono svolti in un arco di (soli) tre anni.

[3] Il prudente riferimento alla conservazione delle tradizioni "nazionali", contenuto nel considerando 6 in riferimento al Programma di Stoccolma del 2009, rimane perciò oggi confinato al diritto materiale delle successioni.

D'altro canto, questi ultimi si erano sempre mostrati restii a simili sacrifici, se si considera l'esiguo numero di ratifiche raggiunto dalla Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973 sull'amministrazione internazionale delle successioni o addirittura la totale mancanza di queste per la Convenzione dell'Aja del 1° agosto 1989 sulla legge applicabile alle successioni a causa di morte, alla quale tuttavia l'attuale regolamento mostra spesso di ispirarsi; solo la Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 sulla forma dei testamenti, alla quale invece lo strumento comunitario attinge pienamente, è riuscita a vincolare più di 40 Stati, europei ed extraeuropei, pur se non tutti gli Stati membri.

Appaiono perciò complessivamente conseguiti gli scopi enucleati nel preambolo del regolamento: non tanto e non solo quelli comuni, ovvero connaturati allo spazio di libertà sicurezza e giustizia e al settore della cooperazione giudiziaria in materia civile (oggi principalmente riferibili al titolo V e in particolare all'art. 81 TFUE) quale il corretto funzionamento del mercato interno ottenuto mediante la rimozione degli ostacoli alla libertà di circolazione delle persone, evocato nei considerando 7 e 80; quanto l'obiettivo specifico, simultaneamente evocato, costituito dall'agevolare, mediante regole comuni, gli individui (qui peraltro qualificati restrittivamente come cittadini europei) nell'organizzazione anticipata della propria successione qualora essa mostri implicazioni transfrontaliere. A tale obiettivo si affianca quello di garantire "in maniera efficace" i diritti di eredi e legatari, di altre persone vicine al defunto nonché dei creditori dell'eredità.

Riguardo al primo obiettivo, occorre sottolineare che una organizzazione anticipata della successione, la quale deve essere consapevole oltre che debitamente informata, viene certamente agevolata da regole uniformi; queste però devono essere sufficientemente chiare, gerarchicamente ordinate, e magari dotate di un carattere rigido nel campo dei c.d. conflitti di leggi, a differenza di quelle contenute nella Convenzione dell'Aja del 1989 sopra ricordata, spesso invece caratterizzate da un alto grado di sofisticatezza di per sé nocivo alla (normale) prevedibilità delle soluzioni.

Occorreva insomma delineare un "quadro giuridico chiaro e completo"[4] che agevolasse appunto tale prevedibilità. Tale necessità viene evi-

[4] Di questa esigenza si fa esplicitamente carico il regolamento (UE) n. 1259/2010 del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, nel considerando 9. Sembra opportuno rilevare che insistono particolarmente su questo aspetto i regolamenti (vigenti o in via di adozione) emanati a seguito di un procedimento di cooperazione rafforzata, probabilmente per giustificare meglio i motivi della loro emanazione; cfr. infatti,

denziata (e ritenuta soddisfatta) nel considerando 37 in riferimento alla introduzione di "norme armonizzate sul conflitto di leggi" al fine di "evitare risultati contraddittori. La regola principale dovrebbe garantire che la successione sia regolata da una legge prevedibile con la quale presenta collegamenti stretti". Inoltre, con specifico riguardo alla "certezza del diritto" e al fine di "evitare la frammentazione della successione, tale legge dovrebbe regolare l'intera successione, ossia tutti i beni oggetto dell'eredità, indipendentemente dalla loro natura o dal fatto che siano situati in un altro Stato".

Quest'ultimo obiettivo rappresenta del resto un particolare aspetto di uno dei principi informatori del regolamento, come si avrà modo di sottolineare[5]. Deve essere invece qui segnalato che la medesima esigenza di certezza del diritto viene evocata nel considerando 48, a proposito dell'inserimento di una apposita disciplina sulla validità sostanziale delle c.d. delle disposizioni a causa di morte, quali ad esempio il testamento o i patti successori.

Viceversa, nell'indagine che segue, dedicata ai principi del diritto internazionale privato delle successioni[6], verrà appunto privilegiata la

oltre a quello testé citato, i considerando 15, 19, 21 e 23 del regolamento (UE) n. 1259/2010 così come, ad esempio, i considerando 15, 36, 43, 47 49, 72 della proposta di regolamento sui regimi patrimoniali tra i coniugi (*supra*, nota 1).

[5] *Infra*, par. 2.

[6] Assai numerosi sono ormai i contributi dedicati a questo regolamento, ivi compresa l'individuazione dei suoi principi informatori, sin dalle prime fasi della sua gestazione. Senza alcuna pretesa di completezza, ed anzi rinviando ad esse per ogni ulteriore riferimento bibliografico, ci limitiamo qui a segnalare (in ordine alfabetico e ad esclusione dei Commentari) le principali fonti dottrinali cui abbiamo attinto. V. T. BALLARINO, *Il nuovo regolamento europeo sulle successioni*, in *Riv. dir. int.*, 2013, p. 116 ss.; A. BONOMI, *Successions internationales: conflits de lois et de juridictions*, in *Recueil des Cours*, t. 350, 2010, p. 71 ss.; ID., *Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 875 ss.; ID., *Il regolamento europeo sulle successioni*, *ibidem*, 2013, p. 293 ss.; A. BORRAS, *L'approche du renvoi dans un système d'unité de la succession*, in *Mélanges en l'honneur de M. Revillard*, Paris, 2007, p. 23 ss.; I. A. CALVO VIDAL, *El certificado sucesorio europeo*, Madrid, 2015; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio 2012: análisis crítico*, Granada, 2014; E. B. CRAWFORD, J. N. CARRUTHERS, *Speculation on the Operation of Succession Regulation 650/2012: Tales of the Unexpected,* in *Eur. Review of Private Law*, 2014, p. 847 ss.; D. DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte*, Milano, 2013; A. DAVÌ, *L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 473 ss.; ID., *Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni*, in *Riv. dir. int.*, 2005, p. 297 ss.; A. DAVÌ, A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Torino, 2014; A. DUTTA, *Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation*, in *RabelsZ*, 2009, p. 547 ss.; O. FERACI, *La nuova disciplina europea della competenza giurisdizionale in materia di successioni* mortis causa, in *Cuadernos de Derecho Trans-*

verifica delle opzioni normative accolte alla luce del criterio della prevedibilità che spesso si traduce in quello della semplificazione delle regole. Tali criteri del resto, laddove attuati in apposite norme, non costituiscono un vantaggio solo per i singoli interessati, ma anche per i notai e gli altri liberi professionisti cui spetta frequentemente gestire le fasi di liquidazione e divisione dell'eredità (o fornire preventivamente consulenze a tale proposito).

Riguardo poi al grado di tutela offerto ai legittimari, ai creditori dell'eredità e agli altri soggetti citati nei considerando sopra ricordati, si può anzitutto premettere che in linea generale è destinato anche ad essi il vantaggio derivante dalla prevedibilità delle soluzioni, salvo vagliare l'eventuale esistenza di forme di protezione particolare: ad esempio, in tema di salvaguardia delle norme statali sulla successione necessaria.

2. *I principi del diritto internazionale privato europeo delle successioni: l'unità della successione*

Le norme del regolamento ruotano intorno a tre principi fondamentali, a volte resi espliciti dallo stesso preambolo, che ne rivelano importanti scelte di fondo, certamente coraggiose: non tanto se comparate al sistema italiano di diritto internazionale privato quanto piuttosto ai sistemi della maggior parte degli Stati membri.

In particolare, emergono il principio dell'unità della successione (considerando 37 e 42), il quale si riflette anche nella coincidenza tra giudice competente e diritto applicabile (considerando 27); quello della

nacional, 2013, p. 291 ss.; J. FITCHEN, *"Recognition", Acceptance and Enforcement of Authentic Instruments in the Succession Regulation*, in *Journal of Private Int. Law*, 2012, p. 323 ss.; J.M. FONTANELLAS MORELL, *La* professio iuris *sucesoria*, Madrid, 2010; P. FRANZINA, A. LEANDRO (a cura di), *Il diritto internazionale privato delle successioni* mortis causa, Milano, 2013; G. KHAIRALLAH, M. REVILLARD, *Droit européen des successions internationales. Le règlement du 4 juillet 2012*, Paris, 2013; P. KINDLER, *La legge regolatrice delle successioni nella proposta di regolamento dell'Unione europea: qualche riflessione in tema di carattere universale, rinvio e* professio iuris, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 422 ss.; P. LAGARDE, *Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions*, in *Revue critique*, 2012, p. 691 ss.; R.M .MOURA RAMOS, *Le nouveau droit international privé des successions de l'Union européenne. Premières réflexions*, in B. CORTESE (a cura di), *Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 205 ss.; S. TONOLO, *Principio di eguaglianza e operatività di norme di conflitto in tema di successione*, in *Riv. dir. int.*, 2012, p. 1056 ss.; *Il certificato successorio europeo*, con contributi di P. LAGARDE, H. DÖRNER, P. WAUTELET - E. GOSSENS, F. LLEDO YAGÜE - A. VICANDI MARTÍNEZ, S. PATTI, in *Contratto e Impresa/Europa*, n. 2/2015, p. 405 ss.

valorizzazione dell'autonomia privata non solo riguardo alla scelta della legge regolatrice della successione, ma anche all'ammissibilità dei patti successori ed alla salvaguardia della validità sostanziale di tali atti (considerando 38 e 48) nonché alla previsione di alcuni casi di proroga della giurisdizione (considerando 27); e quello della continuità del regime successorio nello spazio ovvero del coordinamento tra i sistemi giuridici nazionali, il quale informa non solo le norme sul riconoscimento delle decisioni e degli atti pubblici, ma soprattutto quelle dedicate alla creazione di un certificato successorio europeo (considerando 59, 60, 67).

All'assolutezza di questi principi sono state apportate talune deroghe, talvolta ineluttabili, la cui incidenza si rivela però in linea generale modesta.

Il primo e forse maggiormente penetrante principio sottostante alla disciplina delle successioni è appunto quello relativo all'unità della successione stessa, il quale assume – come rilevato – diverse e altrettanto rilevanti dimensioni.

Il regolamento n. 650/2012 è infatti permeato da tale principio sotto diversi profili. Anzitutto, quello di un'unica legge regolatrice per tutte le questioni attinenti alla vicenda successoria, senza distinzione tra i beni immobili e quelli mobili; vengono così ripudiati i c.d. sistemi scissionisti presenti non solo nei Paesi di *common law*, come generalmente affermato, ma anche dell'Europa continentale quali la Francia. Tale principio per di più si irradia a tutte le fasi della successione, da quella di apertura della successione a quella della ripartizione dei beni ereditari ovvero della sistemazione definitiva dei medesimi.

Collegato a tale principio, quasi in funzione di incisivo corollario, si rinviene poi quello relativo all'adozione di un identico criterio per determinare sia la giurisdizione sia la legge applicabile. Gli articoli 4 e 21 adottano infatti entrambi, nei rispettivi ambiti, il criterio dell'ultima residenza abituale del *de cuius*. Ed appare superfluo rammentare che in questo come negli altri regolamenti europei viene confermato il c.d. carattere universale delle norme di conflitto, ovvero la loro vocazione a designare la legge di qualsiasi Stato (art. 20).

In ogni caso, i vantaggi derivanti dalla duplice valenza del suddetto criterio, sotto il profilo della semplificazione e della prevedibilità, sono evidenti. La coincidenza tra *forum* e *ius* garantisce infatti al giudice, e prima ancora agli interessati, la conoscenza del diritto applicabile ed una più rapida definizione delle controversie; sotto il profilo della giurisdizione, viene altrettanto garantita la competenza di un unico giudice a decidere. Si tratta di un effetto certamente non nuovo nel diritto processuale civile europeo, connotato da un sistema di distribuzione delle compe-

tenze tra gli organi giudiziari degli Stati membri. Il carattere innovativo della presente disciplina si coglie piuttosto nella mancata previsione, da un lato, di fori "speciali" alternativi oppure concorrenti (come invece prevedono rispettivamente i regolamenti Bruxelles I bis e Bruxelles II bis) e, dall'altro, di un possibile ricorso ai fori previsti dagli ordinamenti interni, sia pure a titolo residuale.

Un simile quadro normativo, di per sé costruito in modo inappuntabile e che non trascura un'apposita disciplina della litispendenza e della connessione[7] nella prospettiva di una cooperazione regionale (di per sé piuttosto ampia), è destinato tuttavia a sfaldarsi in misura più o meno accentuata, anzitutto a causa dell'introduzione nel regolamento della facoltà di scelta della legge regolatrice della successione, rispetto alla quale sono stati tuttavia previsti alcuni correttivi nell'art. 5[8].

Assai più delicata appare l'ipotesi di un *de cuius* la cui ultima residenza abituale fosse collocata in uno Stato terzo (ivi compresi gli Stati membri non vincolati), malgrado taluni o tutti i beni oppure i parenti o ancora i creditori siano residenti all'interno dell'Unione; su questo e su altri aspetti si avrà modo di tornare[9].

Per quanto attiene al criterio della residenza abituale, si è discusso sulla sua idoneità ad essere inserito in questo specifico contesto a causa della non sempre agevole verifica del relativo contenuto, in assenza di una pur auspicata definizione normativa ad opera del regolamento. Sotto quest'ultimo profilo, occorre però ricordare che ben due considerando[10] forniscono indicazioni utili ai fini dei una simile verifica, a partire da quella relativa ad una "valutazione globale delle circostanze della vita del defunto negli anni precedenti la morte e al momento della morte, che tenga conto di tutti gli elementi fattuali pertinenti".

Inoltre, il criterio della residenza abituale si inserisce, rispettivamente per il suo carattere empirico e per il suo fine di integrazione nella realtà sociale, in una tradizione ormai consolidata sia negli strumenti internazionali sia in quelli europei; riguardo poi a questi ultimi, sarebbe stato impossibile reperire un diverso criterio egualmente idoneo ai fini della giurisdizione e del diritto applicabile.

Certamente possono prospettarsi situazioni difficili da inquadrare con immediatezza, le quali richiedono quindi una attenta analisi compa-

[7] Tale disciplina è contenuta negli artt. 17 e 18; non potevano inoltre mancare le consuete norme sui provvedimenti provvisori e cautelari (art. 19), sul momento iniziale della controversia (art. 14) e sula c.d. verifica della ricevibilità (art. 16).

[8] V. *infra*, par. 4.

[9] V. *infra*, par. 3.

[10] Ovvero, i considerando 23 e 24.

rativa dei dati. Tale analisi, assai meno agevole per i notati e per i liberi professionisti chiamati a fornire una consulenza rispetto ai giudici ormai dotati di maggiore esperienza al riguardo, deve comunque condurre ad un risultato.

Sotto questo profilo, appare poco consona agli scopi del regolamento l'introduzione nell'art. 21, par. 2, di una c.d. clausola di eccezione, ovvero di una deroga al suddetto criterio, quanto alla legge applicabile, a causa della sussistenza di collegamenti "manifestamente" più stretti con uno Stato diverso da quello della residenza abituale. Questa norma infatti, oltre ad annullare la coincidenza tra *ius* e *forum*, poiché mina la prevedibilità delle soluzioni, è suscettibile altresì di frustrare le aspettative di pianificazione della successione e di dar luogo a contenziosi altrimenti evitabili.

Come si è rilevato all'inizio, il principio relativo all'unità della successione acquista maggior valore in funzione dell'ampia portata riservata alla nozione di successione dall'art. 3, par. 1, lett. a)[11], tale da estendersi a tutti i beni e le questioni relativi alla vicenda successoria. Altrettanto ampio risulta poi l'elenco dei molteplici aspetti sottoposti alla legge regolatrice fornito dall'art. 23, par. 2[12].

D'altro canto, la suddetta ampiezza non appare ridimensionata dal parallelo nutrito elenco di materie escluse, enumerate dall'art. 1. Alcune di esse ricorrono ormai tradizionalmente in tutti i regolamenti comunitari, in quanto tuttora riservate alla competenza statale (e oggetto dell'altrettanto annoso problema relativo alla soluzione delle questioni preliminari) quali l'esistenza dei rapporti familiari oppure oggetto di apposite discipline di fonte europea quali le obbligazioni alimentari e in prospettiva i regimi patrimoniali tra i coniugi (da cui sorgono peraltro delicati problemi di coordinamento) oppure di fonte internazionale quali i trust. Oltre a questi ultimi, altre materie attengono da vicino alle successioni: ad esempio, quella relativa alle donazioni, di cui peraltro vengono fatte rientrare, ad opera dell'art. 23, par. 2, lett. i), nell'alveo del regolamento la collazione e la riduzione delle liberalità ai fini del calcolo delle quote dei diversi beneficiari[13]. Identica sorte è spettata alla capaci-

[11] In particolare, viene compresa in tale nozione "qualsiasi modalità di trasferimento di beni, diritti e obbligazioni a causa di morte, che si tratti di un trasferimento volontario per disposizione a causa di morte ovvero di un trasferimento per effetto di successione legittima".

[12] Appare sufficiente qui ricordare che la norma elenca ben dieci aspetti della vicenda successoria, dall'apertura della successione (lett. a) sino alla divisione dell'eredità (lett. j).

[13] L'inserimento di questa norma, ispirata al *favor* nei confronti dei legittimari, costituisce, com'è noto, uno dei principali motivi che hanno dissuaso Regno Unito e Irlan-

tà, esclusa qui come altrove dall'ambito di applicazione del regolamento, a titolo di capacità di agire del testatore o del disponente, ma recuperata quale capacità di succedere ai sensi dell'art. 23, par. 2, lett. c, in funzione della dicotomia tra capacità generale e capacità speciale ben nota al nostro sistema, ma non a quelli di tutti gli Stati membri.

3. *Le eccezioni a tale principio*

Il principio relativo all'unità della successione non poteva non subire alcune deroghe, per lo più dettate dalla specificità della materia in esame, sia nel campo della giurisdizione sia in quello della disciplina di conflitto.

Riguardo alla competenza giurisdizionale, non poteva essere trascurata l'ipotesi di un *de cuius* la cui ultima residenza abituale sia collocata in uno Stato terzo (ivi compresi gli Stati membri non vincolati), malgrado taluni o tutti i beni siano collocati all'interno dell'Unione.

A tale riguardo il regolamento n. 650/2012 predispone nell'art. 10, par. 1 una competenza sussidiaria, la quale – laddove sussistano determinati elementi di connessione quali la cittadinanza o, in mancanza, la residenza abituale sia stata trasferita all'esterno da non più di cinque anni "dal momento in cui l'organo giurisdizionale è adito" – può fondare anch'essa la giurisdizione su tutti i beni della successione. Viceversa, qualora non ricorrano tali presupposti, il giudice è competente a decidere solo sui beni presenti sul suo territorio.

A tali prescrizioni si aggiunge un *forum necessitatis*, previsto dall'art. 11, la cui utilità viene giustificata dalla difficoltà o addirittura dalla impossibilità di intentare o svolgere un procedimento in uno Stato terzo.

In questo caso, gli obiettivi di prevedibilità e semplificazione possono essere considerati parzialmente soddisfatti, anche se occorre pur sempre evidenziare i limiti (peraltro ineluttabili anche nei fenomeni di cooperazione intergovernativa) di simili disposizioni. Qualora infatti il *de cuius* abbia lasciato alcuni o addirittura tutti i beni nel territorio degli Stati non vincolati dal regolamento, non è affatto scontato che la relativa decisione resa da un organo giurisdizionale di uno Stato membro soggetto al regolamento sia riconosciuta ed eseguita nello Stato terzo, soprattutto avendo riguardo alla sorte dei beni immobili collocati in uno Stato

da, le cui norme in tema di *charities* non prevedono affatto tale azione (né siffatta protezione per gli eredi), dall'esercitare l'*opting-in* nei confronti del regolamento.

scissionista. D'altro canto, non è previsto alcun meccanismo compensativo per gli eredi o i creditori ai danni dei quali risulterà esclusa l'efficacia della sentenza.

L'unico (e assai ragionevole) rimedio apprestato è quello di tipo processuale contenuto nell'art. 12 (intitolato "Limitazione del procedimento"), ai sensi del quale il giudice può, su richiesta di una delle parti, astenersi dal decidere su uno o più beni situati in un terzo Stato qualora si possa supporre che la sua decisione non sarà riconosciuta o dichiarata esecutiva nel suddetto Stato. Ed occorre aggiungere, a titolo di completezza, che il regolamento si disinteressa della litispendenza con tali Stati, a differenza di quanto recentemente previsto dall'art. 33 del regolamento (UE) n. 1215/2012 del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

Il principio dell'unità della successione può infrangersi anche in virtù dell'istituto del rinvio, eccezionalmente previsto dall'art. 34 sempre in caso di residenza abituale del *de cuius* in uno Stato terzo nella duplice funzione di rinvio alla legge di uno Stato membro (dunque, anche eventualmente diversa dalla *lex fori*) e di rinvio altrove accettato.

Al di là della dissociazione tra *ius* e *forum* (di per sé già insita nel presupposto di applicazione della norma), l'inserimento di tale meccanismo costituisce una deroga assai giustificata in questa materia, poiché, una volta superata la difficoltà nella individuazione delle norme di conflitto competenti, garantisce sicurezza giuridica alle previsioni sulla pianificazione successoria, anche se l'unità della successione può risultare compromessa sotto l'ulteriore profilo di un eventuale richiamo alla legge di uno Stato scissionista.

In ogni caso, il rinvio è escluso sia ove sussista un collegamento più stretto rispetto alla residenza abituale[14] sia in presenza di una *professio iuris*[15] sia per le norme relative alla forma di taluni atti e per quelle c.d. di applicazione necessaria[16].

Infine, le ipotesi di inapplicabilità della legge della residenza abituale del *de cuius* per contrarietà all'ordine pubblico sono destinate a ridursi drasticamente almeno ogniqualvolta tale criterio conduca all'operatività del diritto di uno Stato membro, alla luce del diffuso rispetto dei diritti umani soprattutto di fronte a cittadini di Stati i cui ordinamenti sono improntati ai precetti religiosi musulmani e prevedano perciò norme di-

[14] Su tale criterio v. *supra*, par. 2.
[15] *Infra*, par. 4.
[16] Ovvero in riferimento agli artt. 27, 28, lett. b), e 30.

scriminatrici in base al sesso o ad uno *status* di filiazione non contemplato.

A prima vista, rimarrebbe invece impregiudicata la questione relativa all'evizione di una qualsiasi legge qualora ritenuta contraria all'ordine pubblico per la mancata o la minore tutela apprestata ai legittimari, a differenza di quanto prevede la *lex fori*. A tale riguardo l'art. 35 si limita a prevedere in linea generale che l'applicazione della legge straniera designata può essere esclusa solo qualora tale applicazione risulti manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro dell'autorità giurisdizionale o di altra autorità competente che si occupa della successione.

A sua volta il considerando 58 sottolinea il carattere eccezionale di questa clausola, pur rammentando l'incidenza dell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali che vieta le discriminazioni. Quest'ultima indicazione, oltre a richiamare le ipotesi sopra evidenziate riguardo agli Stati islamici, qualora la legge applicabile conduca a quegli ordinamenti, può consentire di scartare l'applicazione di un ordinamento straniero (o di non riconoscerne le relative sentenze) qualora improntato a un diverso trattamento degli individui fondato sull'orientamento sessuale.

Con specifico riguardo alla situazione in generale dei legittimari, risulta ormai accreditata anche nelle giurisprudenze nazionali la necessità di un'utilizzazione parsimoniosa della suddetta clausola, tenendo conto delle singole circostanze del caso concreto anziché del contenuto astratto delle norme straniere: in sintesi, soprattutto in considerazione dell'origine sovranazionale e degli scopi di uniformazione che connotano in particolare il presente regolamento, l'eccezione di ordine pubblico e la contestuale applicazione della *lex fori* dovrebbero intervenire solo in casi estremi, ad esempio, allorché siano stati pretermessi alcuni familiari in particolare stato di bisogno.

A titolo di completezza occorre altresì ricordare che l'art. 30 del regolamento contiene una pragmatica e limitata previsione che fa salva l'operatività delle norme di applicazione necessaria dello Stato di situazione di determinati beni successori (immobili, imprese o "altre categorie particolari di beni"), le quali, per ragioni di carattere economico, familiare o sociale, impongono restrizioni alla successione[17]. Evidentemente, questa norma non è suscettibile di incidere in modo significativo né sull'unità della legge della successione né sulla complessiva apertura verso i valori giuridici stranieri.

[17] Ne costituiscono esempi il "maso chiuso" nella provincia di Bolzano (derivante peraltro da antiche tradizioni germaniche) o le norme statali introdotte, dietro raccomandazione della Commissione, al fine di favorire la continuazione delle imprese: quale in Italia la legge 14 febbraio 2006, n. 55 sul "patto di famiglia".

Si palesa invece come perfettamente attinente agli obiettivi di prevedibilità e di semplificazione, in quanto evita alle persone rilevanti difficoltà nell'esercizio dei loro diritti[18], l'art. 31, il quale prevede un possibile ed opportuno "adattamento dei diritti reali", statuendo che, qualora venga invocato un diritto reale spettante secondo la legge applicabile alla successione, ma la legge dello Stato membro in cui il diritto è invocato non conosca tale diritto, esso è adattato, "se necessario e nella misura del possibile, al diritto reale equivalente più vicino previsto dalla legge di tale Stato". Questa norma cerca così di attutire le conseguenze svantaggiose per i singoli interessati derivanti dall'ineluttabile inserimento, tra le materie escluse dal regolamento, di quella relativa alla "natura dei diritti reali" (art. 1, par. 2, lett. k), alla luce del carattere peculiare di alcuni di essi rispetto ai vari ordinamenti, che ha da sempre portato alla loro sottoposizione alla *lex rei sitae.*

4. *Il principio relativo all'autonomia della volontà*

Un altro principio ispiratore della disciplina europea, suscettibile di introdurre una incisiva innovazione nei sistemi degli Stati membri (ad eccezione di quello italiano e di pochi altri) è racchiuso nelle norme che dedicano spazio all'autonomia privata sotto diversi profili.

Assume principale rilievo l'art. 22, par. 1, il quale consente di scegliere come legge regolatrice pur sempre dell'intera successione la legge dello Stato di cui l'individuo ha la cittadinanza (ovviamente, di qualsiasi Stato) al momento della scelta o al momento della morte.

A fronte delle possibili incertezze derivanti dal criterio della residenza abituale e soprattutto da quello del collegamento più stretto, risultano qui raggiunti gli obiettivi della certezza e della prevedibilità, poiché viene agevolata un'accorta pianificazione ereditaria.

Per di più, l'ancoraggio temporale della legge nazionale al momento in cui viene effettuata la scelta consente di conservare la validità della scelta medesima anche nel caso di perdita della cittadinanza anteriormente posseduta; quello relativo all'ultima cittadinanza posseduta permette invece una *professio iuris* a chi vuole indirizzare la scelta in fun-

[18] Si ricorda, ad esempio, mettendo a confronto i paesi di *common law* e quelli di *civil law*, che l'istituto del *trust* è sconosciuto a molti ordinamenti dei secondi, mentre l'usufrutto è sconosciuto ai primi.

zione di una cittadinanza non ancora posseduta ma che si intende acquistare o piuttosto riacquistare[19].

Il *favor* di queste previsioni verso l'autonomia privata risulta poi accresciuto, anche se tale facoltà è presente in altri regolamenti europei[20], dall'ulteriore attribuzione al soggetto interessato pluricittadino della facoltà di scegliere l'applicazione dell'una o dell'altra legge nazionale. Infine, se la legge selezionata appartiene a uno Stato terzo, essa non è soggetta al meccanismo del rinvio previsto – come si è rilevato – dall'art. 34.

Tuttavia, il potere così accordato al *de cuius* può essere esercitato qualora almeno una delle due leggi nazionali, se differenti nel tempo, soddisfino le esigenze della persona interessata. A tale proposito, non si possono che condividere le critiche relative alla mancata previsione di una scelta rivolta alla legge dello Stato di residenza abituale, utile a fissare in un determinato momento una pianificazione ereditaria ritenuta opportuna da colui che prevede di trasferirsi successivamente in un diverso Stato. Il timore di eventuali abusi di diritto a danno degli eredi legittimari avrebbe potuto essere superato attivando il ricorso o all'istituto della frode alla legge al quale fa espresso richiamo il considerando 26, o all'eccezione dell'ordine pubblico nei termini già delineati[21].

Ad avvalorare il principio dell'autonomia privata concorre poi la previsione relativa alla validità della scelta di legge tacita (art. 22, par. 2), ovvero risultante "dalle clausole" della disposizione a causa di morte. Lo stesso regolamento si premura di additare, come esempi di una simile volontà da parte del soggetto, il riferimento a specifiche disposizioni della legge nazionale o la semplice menzione di tale legge ad opera del *de cuius* (considerando 39). Inoltre quest'ultimo può aver disposto la futura sistemazione dei propri beni in base a istituti a lui conosciuti, ma altrettanto sconosciuti alla legge dello Stato di residenza, altrimenti applicabile.

[19] Si può ipotizzare, sotto quest'ultimo profilo, il caso dell'ex cittadino italiano residente all'estero che, al termine della sua attività lavorativa, desidera tornare in Italia e dispone perciò dei suoi beni in base alla legge italiana nella consapevolezza di un agevole riacquisto della cittadinanza di origine, semplicemente dopo un anno di residenza in Italia, ai sensi dell'art. 13, comma 1, lett. d) della legge sulla cittadinanza 5 febbraio 1992 n. 91.

[20] Quali ad esempio l'art. 5 del regolamento (UE) 1259/2010 del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. Com'è noto, tale facoltà si estende anche al campo del diritto processuale civile internazionale, come ha confermato la Corte di giustizia nella nota sentenza *Hadadi* del 6 luglio 2009, causa C-168/08.

[21] *Supra*, par. 3.

Anche se appare imputabile a questa norma una deviazione dall'obiettivo della certezza del diritto, in quanto suscettibile di causare liti ereditarie, essa comunque è mossa dall'intento di salvaguardare nella massima misura possibile la validità dell'atto e le aspettative del *de cuius*. Ed è sotto quest'ultimo profilo che pure essa concorre a salvaguardare la pianificazione ereditaria.

In ogni caso, ferma restando la mancata incidenza del rinvio e alla luce del c.d. carattere universale delle norme di conflitto qui previste, la volontaria designazione della legge di uno Stato dotato di un ordinamento plurilegislativo non può tuttavia approdare direttamente ad un sottosistema, sia esso di tipo territoriale o personale (artt. 36 e 37). Un simile passaggio obbligato attraverso le norme di conflitto interlocali riduce la portata del principio in esame.

Una ulteriore attuazione del principio relativo all'autonomia privata può essere invece rinvenuto nella dettagliata disciplina dei patti successori, dei quali il regolamento, pur non potendo imporne l'introduzione negli ordinamenti che li vietano, ne pretende il riconoscimento dopo averne dettato i criteri per la loro ammissibilità, la loro validità sostanziale e gli effetti vincolanti tra le parti, ivi comprese le condizioni per il loro scioglimento, riservando per di più un ruolo anche in questo settore alla scelta della legge regolatrice (art. 25).

Infine, in omaggio al principio dell'unità della successione sotto il profilo della coincidenza tra giurisdizione e diritto applicabile, ma pur sempre in vista del rispetto per l'autonomia privata, è stata introdotta una disciplina invero assai frastagliata (articoli 5-9), la quale prevede la c.d. proroga della giurisdizione, ovvero l'attribuzione di competenza, in virtù di un accordo tra le parti interessate alla successione, ai giudici oppure ad un determinato giudice dello Stato membro il cui ordinamento è stato oggetto della *professio iuris* effettuata dal *de cuius* ai sensi dell'art. 22. L'attuazione dei due principi suddetti non coglie però in questo caso l'obiettivo della semplificazione.

5. *Il principio relativo al coordinamento tra gli ordinamenti*

Un ulteriore principio ricavabile da una visione complessiva del regolamento n. 650/2012 è quello della continuità del regime successorio nello spazio ovvero del coordinamento tra i sistemi giuridici nazionali, il quale emerge sia dalle norme sul riconoscimento delle decisioni e degli atti pubblici sia soprattutto da quelle destinate alla creazione di un certificato successorio europeo. Non bisogna tuttavia dimenticare che al sud-

detto principio di coordinamento possono essere ascritte sia le norme di diritto processuale civile internazionale dedicate alla litispendenza e alla connessione (nonché quella sulla c.d. limitazione del procedimento) sia quella di diritto internazionale privato che introduce il rinvio[22]. Risulta tuttavia evidente che, ad eccezione di quest'ultimo aspetto, il principio è enucleabile in riferimento ai rapporti tra gli Stati membri vincolati da questo strumento.

Sul versante del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni, il regolamento si allinea negli articoli 39-58 alle prescrizioni contenute negli articoli 33 ss. del regolamento (CE) n. 44/2001 del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, oggi non più in vigore, il quale, pur se superato dalle norme più aperte in tema di *exequatur* introdotte dal regolamento (UE) n. 1215/2012, costituiva pur sempre un modello avanzato nel campo del mutuo riconoscimento.

Il valore aggiunto del regolamento n. 650/2012 consiste semmai nella previsione, accanto alle norme che regolano l'esecuzione degli atti pubblici e delle transazioni giudiziarie (articoli 60-61), di un'apposita disciplina sulla circolazione degli effetti probatori degli atti pubblici (art. 59). Quest'ultima viene tuttavia qualificata come "accettazione" per sottolinearne l'esatta portata e l'estraneità rispetto alla validità sostanziale dell'atto, ovvero del negozio *mortis causa* racchiuso nell'atto pubblico. Di fronte alla immancabile varietà di contenuto delle norme statali, viene previsto che l'atto pubblico, la cui efficacia probatoria dipende dallo Stato di origine e deve essere specificata in un apposito modulo, deve conseguire la medesima efficacia negli altri Stati membri oppure gli "effetti più comparabili". Viene così imposta la suddetta "accettazione" anche agli Stati che attribuiscono a tali atti una efficacia diversa.

Sarebbe stato invero opportuno che una disciplina altrettanto stringente connotasse anche l'introduzione del certificato successorio europeo, che costituisce una autentica innovazione nel campo delle successioni transfrontaliere (ma qui piuttosto, transeuropee), alla luce dell'insuccesso della Convenzione dell'Aja del 1973 sull'amministrazione internazionale delle successioni; tale innovazione è appunto resa qui possibile da un quadro giuridico unitario.

Trattandosi infatti di un documento destinato a provare la qualità di erede o legatario o esecutore testamentario o amministratore della successione in uno Stato diverso da quello di origine – fondato sulla legge applicabile alla successione, dunque su una disciplina uniforme, e rila-

[22] V. *supra*, par. 2 e par. 3.

sciato in base ai criteri di competenza altrettanto uniformi (ma qui riferibili anche ai notai) – esso assume una rilevanza pratica evidente e soprattutto costituisce un incisivo strumento ai fini del raggiungimento degli scopi di certezza del diritto e di semplificazione sottesi al regolamento. Non a caso quest'ultimo dedica l'intero capo VI (articoli 62-73), dunque una disciplina di dettaglio, al suddetto certificato.

Di fronte alla creazione di questo certificato, a volte definito come la pietra miliare del regolamento, non si può dunque che rammaricarsi, da un lato, che esso non sia stato previsto come obbligatorio e, dall'altro, che esso lasci intatta l'esistenza dei certificati nazionali, semplicemente aggiungendosi ad essi. Eppure, l'autorità competente (sia essa un giudice, un notaio o un'altra autorità) non si limita a ricevere passivamente le dichiarazioni della persona interessata, ma ne verifica l'esattezza del contenuto così come i documenti e gli altri mezzi di prova; ed effettua d'ufficio (qualora abilitato dal proprio ordinamento) le indagini ritenute necessarie o invita il richiedente a fornire lui stesso ulteriori mezzi di prova (art. 66). Ed ancora, il certificato può essere trascritto o iscritto nei pubblici registri, testualmente laddove consentito dallo Stato membro di situazione dei beni (art. 69, par. 5)[23], ma sostanzialmente imposto dalle finalità della disciplina in esame (considerando 18).

Per tutti i suddetti motivi, e per evitare il rischio di contrasto tra un certificato nazionale ed un certificato successorio europeo, sarebbero state auspicabili scelte normative più coraggiose. Non si può tuttavia svalutare il risultato conseguito.

Si può così concludere che anche in questo settore, come negli altri sopra delineati, l'intento di creare norme uniformi e dunque accrescere la prevedibilità delle soluzioni è approdato ad esiti concreti e di rilievo. Le eccezioni alla disciplina di fondo o le norme talvolta complesse o non abbastanza incisive non sono infatti tali da ridimensionare in modo apprezzabile la portata di tali esiti né da scalfire i principi di fondo della disciplina europea delle successioni.

[23] Tra le materie escluse dall'ambito di applicazione del regolamento, l'art. 1, par 2 lett. l) annovera "qualsiasi iscrizione in un registro di diritti su beni mobili o immobili, compresi i requisiti legali relativi a tale iscrizione, e gli effetti dell'iscrizione o della mancata iscrizione di tali diritti in un registro".

L'EQUO PROCESSO NEL DIRITTO PROCESSUALE CIVILE INTERNAZIONALE EUROPEO

Antonio LEANDRO*

SOMMARIO: 1. Premessa e piano del lavoro. – 2. Il principio dell'equo processo e la cooperazione giudiziaria europea in materia civile. – 3. Predisposizione e funzionamento delle regole sulla giurisdizione. Il diritto di accesso alla giustizia (*rectius*, di agire dinanzi ai fori individuati dalle norme europee sulla giurisdizione). – 4. Sicurezza giuridica ed effettività del diritto di azione. – 5. *Segue*: gli accertamenti della giurisdizione. – 6. *Segue*: tensioni tra diritto di azione, *anti-suit injunctions*... – 7. ... e dottrina del *forum (non) conveniens*. – 8. Il diritto di azione nella prospettiva dei rapporti tra Stati membri e Stati terzi. – 9. L'equo processo e l'efficacia di una decisione straniera: premessa. – 10. L'«ordine pubblico processuale» e i motivi ostativi al riconoscimento ispirati all'equo processo. – 11. Equo processo e *a*) eliminazione dell'*exequatur*. – 12. *Segue*: *b*) procedimenti aventi ad «oggetto» le decisioni straniere. – 13. Le procedure europee uniformi al vaglio dell'equo processo. – 14. L'impronta dell'equo processo nell'assistenza giudiziaria internazionale di matrice europea. – 15. DPCIE e DPCUE «equi» e tutela di diritti e libertà «comunitarie» non processuali. – 16. Considerazioni sistematiche e riepilogative sull'intervento del diritto nazionale a supporto del DPCIE e del DPCUE. – 17. Conclusioni.

1. *Premessa e piano del lavoro*

A voler adattare una nota definizione di diritto processuale civile internazionale[1] («DPCI») al diritto processuale civile internazionale europeo («DPCIE»), può dirsi che questo reca norme di diritto processuale che traggono la loro ragion d'essere dall'esistenza di un'integrazione tra gli Stati membri dell'Unione europea nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile rispetto a situazioni e controversie di natura transfrontaliera collegate essenzialmente (ma non necessariamente[2]) con il territorio dell'Unione[3].

* Associato di Diritto internazionale, Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

[1] G. MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*, 2ª ed., Padova, 1954, p. 2.

[2] V., tra le altre, Corte giust. 1° marzo 2005, causa C-281/02, *Owusu*, punto 26 (sulla natura transfrontaliera di una controversia – ai fini applicativi della Convenzione giudiziaria di Bruxelles del 1968 – determinata anche da contatti con Stati terzi; argomento

L'integrazione, originariamente di matrice intergovernativa, è realizzata per effetto di atti dell'Unione destinati a ripartire la competenza giurisdizionale tra gli Stati membri, a disciplinare la circolazione delle decisioni e a regolare l'assistenza giudiziaria nel campo dell'assunzione delle prove e della notificazione/comunicazione di atti giudiziari ed extragiudiziali.

La produzione normativa è stata in gran parte sottratta agli Stati membri, sebbene il funzionamento di talune misure dell'Unione – al quale spesso è anteposto un problema di qualificazione – richieda non di rado l'intervento del diritto statale (si pensi alla determinazione del domicilio delle persone fisiche per il funzionamento delle norme sulla giurisdizione del regolamento n. 1215/2012[4] o alla determinazione delle misure cautelari per il funzionamento dell'art. 35 dello stesso regolamento) o presuppone l'applicazione di regole di DPCI statali «in funzione» di atti dell'Unione[5] (si pensi alla disciplina del coordinamento tra azioni allorché il giudice di uno Stato membro abbia affermato giurisdizione in base ai criteri nazionali, applicabili nei limiti imposti dal regolamento n. 1215/2012).

Perseguendo obiettivi di integrazione ai fini del corretto funzionamento del mercato interno, il DPCIE ripartisce la giurisdizione tra i vari Stati membri, dispone il coordinamento tra i rispettivi fori, ne prevede l'assistenza reciproca in vista della corretta amministrazione della giustizia e fissa i regimi di circolazione delle decisioni sullo sfondo di un rapporto paritario tra le istituzioni giudiziarie, chiamate a coesistere e cooperare in un ambiente di mutua fiducia.

poi ripreso nel parere 1/03 del 7 febbraio 2006 *sulla competenza della Comunità a concludere la nuova Convenzione di Lugano concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, punto 145); 16 gennaio 2014, causa C-328/12, *Ralph Schmid*, punti 30 e 39 (a proposito dell'estensione della *vis attractiva* del foro dell'insolvenza nei riguardi di soggetti domiciliati in Stati terzi); 4 dicembre 2014, causa C-295/13, *H*, punto 33 (*idem*); 11 giugno 2015, causa C-649/13, *Comité d'entreprise de Nortel Networks SA*, punto 52 (riguardante la giurisdizione circa l'accertamento della localizzazione dei beni del debitore sottoposto a procedura di insolvenza).

[3] Sul valore integrazionistico della disciplina dell'Unione nella materia in esame v. B. VON HOFFMANN, *The Relevance of European Community Law*, in ID. (a cura di), *European Private International Law*, Nijmegen, 1998, p. 19 ss.

[4] 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, in *GUUE*, n. L 351 del 20 dicembre 2012, p. 1 ss.

[5] Cfr. Corte giust., parere 1/03, cit., punto 148. Sul parere v. F. POCAR (a cura di), *The External Competence of the European Union and Private International Law*, Padova, 2007.

L'interesse unilaterale dello Stato, che caratterizza, almeno in linea di principio, l'oggetto e la funzione delle corrispondenti norme statali di DPCI – come dimostra il fatto che la formulazione e applicazione di tali norme concerne il solo processo dello Stato o il valore di atti processuali stranieri in esso – sfuma in questa cornice.

Compaiono tuttavia da tempo, e in via sempre più crescente, regole europee di diritto processuale civile che si occupano anche (se non prevalentemente) di predisporre procedure uniformi, le quali si innestano negli ordinamenti statali in raccordo con (o in alternativa a) istituti e procedure nazionali.

Pertanto, al DPCIE si affianca, coordinandosi con esso, un diritto processuale civile uniforme europeo («DPCUE»), il quale trova origine nel regolamento n. 805/2005 istitutivo del titolo esecutivo europeo[6] e radicali sviluppi nel regolamento n. 1896/2006 istitutivo dell'ingiunzione europea di pagamento[7], nel regolamento n. 861/2007 relativo al procedimento europeo per le controversie di modesta entità[8] e nel regolamento n. 655/2014 che ha introdotto l'ordinanza europea di sequestro conservativo di conti bancari («OESC»)[9].

La separazione concettuale tra i due sistemi non adombra il fatto che le norme di DPCUE operano in base a presupposti riconducibili al DPCI, come l'esistenza della giurisdizione, che raramente sono determinati dalle stesse norme istitutive dei procedimenti uniformi,[10] dipendendo, inve-

[6] Regolamento (CE) n. 805/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati, in *GUUE*, n. L 143 del 30 aprile 2004, p. 15 ss.

[7] Regolamento (CE) n. 1896/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 che istituisce un procedimento europeo di ingiunzione di pagamento, in *GUUE*, n. L 399 del 30 dicembre 2006, p. 1 ss. Il regolamento è stato di recente modificato dal regolamento (UE) 2015/2421 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2015, in *GUUE*, n. L 341 del 24 dicembre 2015, applicabile dal 14 luglio 2017.

[8] Regolamento (CE) n. 861/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 che istituisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità, in *GUUE*, n. L 199 del 31 luglio 2007, p. 1 ss. Il regolamento è stato di recente modificato dal menzionato regolamento (UE) 2015/2421, applicabile dal 14 luglio 2017 anche per ciò che concerne le modifiche al procedimento sulle controversie di modesta entità, salvo talune disposizioni la cui applicazione è anticipata al 14 gennaio 2017.

[9] Regolamento (UE) n. 655/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 che istituisce una procedura per l'ordinanza europea di sequestro conservativo su conti bancari al fine di facilitare il recupero transfrontaliero dei crediti in materia civile e commerciale, in *GUUE*, n. L 189 del 27 giugno 2014, p. 59 ss.

[10] Si pensi alla istanza per ottenere un'OESC nei confronti di un debitore riconducibile alla categoria dei «consumatori» e alla competenza giurisdizionale stabilita in questi casi direttamente dall'art. 6 par. 2 del regolamento n. 655/2014.

ce, nella maggior parte dei casi, da norme di DPCIE o, per il suo tramite, da norme di DPCI.

Ora, un elemento che accomuna DPCIE e DPCUE è l'ispirazione al (nonché il rispetto del) principio dell'equo processo sia come insieme di garanzie fondamentali riconosciute alle parti che si avvalgono della (o sono sottoposte alla) funzione giudiziaria, sia come parametro di legittimità degli atti che dettano le norme processuali in discorso, sia, infine, come criterio interpretativo per la corretta applicazione di tali atti.

In generale, può notarsi che le norme processuali europee discendono da una politica legislativa nella quale l'esigenza di prossimità, sottesa all'esercizio della funzione giudiziaria, e la semplificazione dei sistemi di circolazione delle decisioni condividono con la tutela delle garanzie processuali fondamentali il ruolo di obiettivi primari.

L'equo processo, in quanto involucro di diritti variamente riconosciuti alle parti, impone, peraltro, la ponderazione di alcuni valori astrattamente in conflitto: anche questa ponderazione caratterizza i regolamenti di DPCIE e di DPCUE, a cominciare dalla formulazione e dal funzionamento delle rispettive regole.

Infine, poiché l'equo processo è in simbiosi con l'efficienza della tutela giurisdizionale dei diritti, il suo concreto rispetto serve a realizzare meglio diritti non processuali e libertà «comunitarie» vantati in giudizio.

Il presente lavoro intende offrire un duplice contributo: per un verso, esso indagherà sul modo in cui l'equo processo condiziona la formulazione e il funzionamento delle norme di DPCIE – avendo riguardo ai riferiti settori del riparto della giurisdizione, dell'assistenza giudiziaria e dell'efficacia delle decisioni – e di DPCUE;[11] per altro verso, esso chiarirà se gli strumenti europei sono in grado di assicurare appieno il rispetto dell'equo processo nei rispettivi àmbiti di applicazione ovvero se il diritto nazionale non abbia un ruolo integrativo/suppletivo al riguardo.

[11] Sotto questo profilo la letteratura è vasta. V., in particolare, F. SALERNO, *Competenza giurisdizionale, riconoscimento delle decisioni e diritto al giusto processo nella prospettiva europea*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 895 ss.; nonché L. SINOPOLI, *Le procès équitable en droit international privé français et européen*, in H. RUIZ-FABRI (a cura di), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Paris, 2003, p. 159 ss.; E. GUINCHARD, *Procès équitable (art. 6 CESDH) et droit international privé*, in A. NUYTS, N. WATTÉ (a cura di), *International Civil Litigation in Europe and Relations with Third States*, Brussels, 2005, p. 199 ss.; J.J. FAWCETT, *The Impact of Article 6 (1) of the ECHR on Private International Law*, in *Int. Comp. Law Quarterly*, 2007, p. 1 ss.; L. FUMAGALLI, *Criteri di giurisdizione in materia civile e commerciale e rispetto dei diritti dell'uomo: il sistema europeo e la garanzia del* due process, in *Dir. umani dir. int.*, 2014, p. 567 ss.

Va da sé che l'indagine si inserisce, con le sue specificità, nel più ampio tema del rapporto tra diritto internazionale privato e diritti umani[12].

2. *Il principio dell'equo processo e la cooperazione giudiziaria europea in materia civile*

È noto che l'equo processo e i diritti fondamentali che ne costituiscono esplicitamente e implicitamente la diramazione assurgono, ad un tempo, a principî generali di diritto dell'Unione – specie per il valore che il relativo nucleo ha nella convenzione europea dei diritti dell'uomo («CEDU») e nelle tradizioni costituzionali degli Stati membri (art. 6, par. 3 TUE) – e a situazioni giuridiche protette dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea («Carta») allorché gli Stati applicano norme dell'Unione.

In particolare, l'art. 47 Carta richiama, in via non esaustiva, le garanzie proprie del diritto al giusto processo, rispecchiandosi nell'art. 6 par. 1 CEDU e, in particolare, nell'àmbito che ne ha delineato la Corte EDU[13]. Peraltro, le «spiegazioni» che corredano la Carta – ai fini della sua corretta interpretazione (art. 6 par. 1 TUE) – richiamano l'art. 6 par. 1 CEDU per meglio determinare il contenuto dell'art. 47 par. 2[14].

Così concepito, il diritto all'equo processo funge da parametro di legittimità e, allo stesso tempo, di interpretazione della normativa dell'Unione[15].

[12] Al riguardo v. P. KINSCH, *Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé*, in *Recueil des cours*, t. 318, 2005, p. 9 ss.; F. MARCHADIER, *Les objectives généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2007; G. CARELLA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato: ragioni e prospettive di una ricerca sui rapporti tra i due sistemi*, in EAD. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, Torino, 2009, p. 1 ss.; e, con riguardo alla disciplina internazionalprivatistica dell'Unione europea, S. BARIATTI, *Diritti fondamentali e diritto internazionale privato dell'Unione europea*, in L.S. ROSSI (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei diritti UE e standards internazionali*, Napoli, 2011, p. 397 ss.; F. SALERNO, *Il vincolo al rispetto dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti del diritto internazionale privato*, in *Dir. umani dir. int.*, 2014, p. 349 ss.

[13] Corte giust. 22 dicembre 2010, causa C-279/09, *DEB*, punto 35; 6 settembre 2012, causa C-619/10, *Trade Agency*, punto 52.

[14] Corte giust., *DEB*, cit., punto 32.

[15] V. S. BARIATTI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 416. D'altronde, taluni regolamenti espressamente o implicitamente affermano di rispettare l'equo processo – o uno specifico diritto ad esso riconducibile – là dove proclamano di conformarsi alla Carta: v. 38° considerando del regolamento n. 1215/2012; 81° considerando del regolamento (UE) n.

Il percorso tortuoso verso l'adesione dell'UE alla CEDU non induce a conclusioni differenti. Il parere 2/13 della Corte di giustizia[16], che pare aver per ora sbarrato le porte all'adesione, colloca infatti i diritti fondamentali al centro della costruzione giuridica dell'ordinamento dell'Unione[17]: una collocazione, questa, che senza dubbio spetta anche ai diritti riconducibili all'equo processo.

In altre parole, l'equo processo è «formalmente» garantito dal diritto dell'Unione come lo è dalla CEDU sia per il tramite della Carta, sia come principio generale di diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 6 par. 3 TUE[18], divenendo, come tale, obbligatorio per gli Stati membri anche in applicazione del diritto dell'Unione.

Il nucleo dei diritti e degli obblighi nascenti dall'equo processo è altresì noto e risponde a un modello comune alle tradizioni costituzionali di molti Stati membri. E può individuarsi, da tempo, almeno con riguardo al nucleo essenziale dell'equo processo, ciò che, nella prospettiva ac-

650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio 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*, n. L 201 del 27 luglio 2012, p. 107 ss.); 44° considerando del regolamento n. 655/2014. Anche i regolamenti adottati prima del Trattato di Lisbona contengono richiami della Carta sotto analoghe o diverse angolazioni (33° considerando del regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, in *GUUE*, n. L 338 del 23 dicembre 2003, p. 1 ss.; 11° considerando del regolamento n. 805/2004, 9° considerando del regolamento n. 861/2007). L'obbligo di interpretare i regolamenti adottati nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile alla luce della Carta è affermato dalla Corte di giustizia: v., a titolo ora esemplificativo, in relazione al regolamento n. 2201/2003, 23 dicembre 2009, causa C-403/09 PPU, *Detiček*, punto 53 ss.; 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU, *McB*, punto 52 ss.; e, in relazione al regolamento n. 44/2001, 11 settembre 2014, causa C-112/13, *A.*, punto 51 (un richiamo alla Carta per corroborare conclusioni già tratte da principî generali compare in: 17 novembre 2011, causa C-327/10, *Hypoteční banka a.s.*, punto 49 ss., e 15 marzo 2012, causa C-292/10, *G*, punto 48).

[16] Corte giust. (seduta plenaria) 18 dicembre 2014, parere 2/13.

[17] Ivi, punto 169. Conviene ricordare che il precedente parere 2/94 del 28 marzo 1996 sulla *adesione delle Comunità alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* riconosceva analogo valore ai diritti dell'uomo nell'«ordinamento giuridico comunitario» (v. in particolare punti 32-34).

[18] V. *ex multis*, Corte giust. 17 dicembre 1998, causa C-185/95 P, *Baustahlgewebe*, punto 20 s.; 11 gennaio 2000, cause riunite C-174/98 P e C-189/98 P, *van der Wal*, punto 17; 28 marzo 2000, causa C-7/98, *Dieter Krombach*, punto 26; 15 ottobre 2002, cause riunite C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P, C-252/99 P, C-254/99 P, *Limburgse* (e altri), punto 170 s.; 2 maggio 2006, causa C-341/04, *Eurofood*, punto 65.

colta di recente dalla Corte costituzionale italiana[19], costituisce un «diritto consolidato» tra i «diritti generati dalla giurisprudenza europea».

A tal proposito, pare opportuno ricordare che, stando all'art. 6 CEDU e alla giurisprudenza della Corte EDU, nell'alveo dell'equo processo rientrano il diritto di accesso al giudice (tribunale)[20], il carattere indipendente ed imparziale del giudice[21], la sua terzietà[22], la forma pubblica del processo[23], la durata ragionevole dello stesso[24], il diritto all'assistenza legale gratuita riconosciuto alla parte bisognosa per garantirne un effettivo accesso alla giustizia[25], il principio del contraddittorio e della parità delle armi[26], il correlato obbligo del giudice di esaminare e rispondere alle prospettazioni di parte[27] (nonché di motivare la decisione)[28], il diritto a ottenere l'esecuzione di una decisione definitiva[29]. Ed è un'elencazione non tassativa[30], la quale – beninteso – tratteggia un quadro di garanzie

[19] Corte cost. 26 marzo 2015 n. 49, in *Riv. dir. int.*, 2015, p. 1022 ss.

[20] Corte EDU 21 febbraio 1975, *Golder c. Regno Unito*, ric. n. 4451/70, punto 36; 18 febbraio 1999, *Waite e Kennedy c. Germania*, ric. n. 26083/94, punto 50; 12 luglio 2001, *Principe Hans-Adam II del Liechtenstein c. Germania*, ric. n. 42527/98, punto 43; 23 marzo 2010, *Cudak c. Lituania*, ric. n. 15869/02, punto 54; 26 novembre 2013, *Al-Dulimi e Montana Management c. Svizzera*, ric. n. 5809/08, punto 123.

[21] Corte EDU 29 aprile 1988, *Belilos c. Svizzera*, ric. n. 10328/83, punto 64.

[22] Corte EDU 24 maggio 1989, *Hauschildt c. Danimarca*, ric. n. 10486/83, punti 46-49.

[23] Corte EDU 8 dicembre 1983, *Pretto e altri c. Italia*, ric. n. 7984/77, punto 21 s.

[24] Vedi sul punto, V. STARACE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Bari, 1992, p. 115 ss.

[25] Corte EDU 9 ottobre 1979, *Airey c. Irlanda*, ric. n. 6289/73, punti 24-26; 16 ottobre 1999, *Nenov c. Bulgaria*, ric. n. 33738/02, punto 43 s.; 20 maggio 2010, *Larin c. Russia*, ric. n. 15034/02, punto 35; 15 febbraio 2005, *Steel e Morris c. Regno Unito*, ric. n. 68416/01, punto 61.

[26] V., tra le altre, Corte EDU 23 giugno 1993, *Ruiz-Mateos c. Spagna*, ric. n. 12952/87, punto 63; 27 ottobre 1993, *Dombo Beheer c. Paesi Bassi*, ric. n. 14448/88, punto 33; 22 febbraio 1996, *Bulut c. Austria*, ric. n. 17358/90, punto 47; 18 febbraio 1997, *Nideröst-Huber c. Svizzera*, ric. n. 18990/91, punto 23; 18 marzo 1997, *Mantovanelli c. Francia*, ric. n. 21497/93, punto 33; *Nenov*, cit., punto 43; 18 dicembre 2003, *Skondrianos c. Grecia*, ric. n. 63000/00, 74291/01 e 74292/01, punto 29; 27 aprile 2004, *Lizarraga e altri c. Spagna*, ric. n. 62543/00, punto 56; *Steel e Morris*, cit., punto 59; *Larin*, cit., punto 35; 4 marzo 2014, *Dilipak e Karakaya c. Turchia*, ric. n. 7942/05 e 24838/05, punto 76; 29 aprile 2014, *Ternovskis c. Lettonia*, ric. n. 33637/02, punto 65 s.

[27] Corte EDU 19 aprile 1994, *Van de Hurk c. Paesi Bassi*, ric. n. 16034/90, punto 59; 11 gennaio 2000, *Quadrelli c. Italia*, ric. n. 28168/95, punto 34; 2 giugno 2005, *Goktepe c. Belgio*, ric. n. 50372/99, punto 25; 28 giugno 2007, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, ric. n. 76240/01, punto 96.

[28] Corte EDU, *Van de Hurk*, cit., punto 61; 26 novembre 2013, *Quattrone c. Italia*, ric. n. 13431/07, punto 42.

[29] Vedi *infra*, note 106, 159 e 161.

[30] Cfr. Corte EDU 17 dicembre 1996, *Saunders c. Regno Unito*, ric. n. 19187/91, punto 68.

unitariamente protese a rendere effettivo, efficiente e corretto l'esercizio della giustizia in uno Stato di diritto.

Il rispetto dell'equo processo si impone sia agli Stati membri sia alle istituzioni dell'Unione in un terreno di diversità tra le normative processuali nazionali, ma non meno là dove le normative sono ravvicinate, se non uniformate, attraverso atti dell'Unione.

Nei margini di apprezzamento riconosciuti dalla CEDU e dalla Corte EDU, lo Stato membro che attua il diritto dell'UE e, indirettamente, le stesse istituzioni dell'UE devono rispettare la CEDU in qualità di contenitore di «ordine pubblico europeo»[31]: un contenitore minimo al quale è possibile derogare con standard più elevati tanto nel diritto dell'Unione europea (art. 52 par. 3 Carta)[32] quanto nel diritto interno (art. 53 comune alla CEDU e alla Carta).

Ciò spiega perché la Corte EDU potrà giudicare se la condotta degli Stati membri è conforme alla CEDU, ancorché tale condotta consegua a obblighi di diritto dell'Unione europea[33] e, in correlazione, perché eventuali tensioni tra regole o istituti di DPCIE o di DPCUE con gli standard della CEDU potrebbero determinare a carico dello Stato una responsabilità per violazione di quest'ultima.

Analogamente è a dirsi quando gli standard di diritto dell'Unione, nella concezione datane dalle istituzioni, si rivelassero di fatto difformi da quelli della CEDU. A tal proposito, peraltro, ammesso che lo Stato, al fine di salvaguardare l'applicazione uniforme di atti dell'Unione, non possa assecondare i propri standard di tutela, anche quando superiori a quelli dell'Unione stessa[34], esso potrà nondimeno incorrere in una violazione della CEDU.

Poiché, infine, un simile involucro di diritti fondamentali vincola gli Stati membri per il fatto di essere contraenti della CEDU, il rispetto dell'equo processo delinea un modello imposto a tali Stati sia per forgiare il processo svolto nel proprio territorio sia per valutare la virtuosità del processo straniero. Tutto ciò in una prospettiva non circoscritta a fatti e rapporti legati al territorio dell'Unione, né all'applicazione della sola normativa processuale europea.[35]

[31] Cfr. Corte EDU 27 febbraio 1980, *Deweer c. Belgio*, ric. n. 6903/75, punto 49; 23 marzo 1995, *Loizidou c. Turchia (eccezioni preliminari)*, ric. n. 15318/89, punti 75 e 93.

[32] Corte giust., *McB*, cit., punto 53.

[33] Corte EDU, *Waite e Kennedy*, cit., punto 67.

[34] V., *mutatis mutandis*, Corte giust. 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, punto 55 ss.

[35] Si rammenti che, secondo la Corte EDU, il procedimento di delibazione delle sentenze provenienti da Stati terzi (rispetto alla CEDU) deve poter fornire all'interessato

3. *Predisposizione e funzionamento delle regole sulla giurisdizione. Il diritto di accesso alla giustizia (*rectius*, di agire dinanzi ai fori individuati dalle norme europee sulla giurisdizione)*

La formulazione e il funzionamento delle regole sulla giurisdizione (ivi comprese quelle sul coordinamento tra azioni civili) vanno immediatamente valutati in rapporto al diritto di accesso alla giustizia civile – inteso essenzialmente come diritto di agire in sede giurisdizionale per far valere un diritto[36]–, quale corollario dell'equo processo risultante dall'art. 47 par. 2 Carta e dall'art. 6 par. 1 CEDU, nonché dall'assunto secondo il quale «l'accesso al giudice è uno degli elementi basilari di una comunità di diritto» come l'Unione europea[37].

un mezzo per opporsi al riconoscimento qualora le garanzie processuali fondamentali siano state violate nel processo di origine: Corte EDU 20 luglio 2001, *Pellegrini c. Italia*, ric. n. 30882/96, punto 40. La posizione della Corte, per la quale gli Stati contraenti dovrebbero in generale subordinare al rispetto degli standard minimi della CEDU sia l'ingresso di decisioni provenienti da Stati terzi sia la cooperazione con essi, è sintomatica del c.d. effetto «indiretto» (e ridotto) dell'art. 6 CEDU. Vedi anche Corte EDU 26 giugno 1992, *Drozd e Janousek* c. *Francia e Spagna*, ric. n. 12747/87, punto 110; 6 dicembre 2007, *Maumousseau e Washington c. Francia*, ric. n. 39388/05, punto 96.

[36] Nella giurisprudenza della Corte EDU il diritto di accesso alla giustizia è connaturato al diritto a un tribunale (Corte EDU, *Golder*, cit., punto 36; *Waite e Kennedy*, cit., punto 50; *Cudak*, cit., punto 54; *Al-Dulimi e Montana Management*, cit., punto 123; v. inoltre 19 marzo 1997, *Hornsby c. Grecia*, ric. n. 18357/91, punto 40; 6 aprile 2000, *Athanassoglou e altri c. Svizzera*, ric. n. 27644/95, punto 43; 7 maggio 2002, *Burdov c. Russia*, ric. n. 59498/00, punto 34). In argomento v. TROCKER, *Dal «giusto processo» all'effettività dei rimedi: l'«azione» nella elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Attardi* promosso da Colesanti, Consolo, Gaja, Tommaseo, vol. I, Padova, 2009, p. 453 ss. Anche al diritto di accesso alla giustizia va assicurata effettività, in specie sotto il profilo del diritto a un tribunale, in ossequio alla regola secondo cui ogni rimedio messo a disposizione per far valere la violazione dei diritti convenzionali deve essere effettivo: cfr. *Airey*, cit., punti 24 e 35; 4 dicembre 1995, *Bellet c. Francia*, ric. n. 23805/94, punto 36. La Corte EDU ritiene, poi, che il diritto di accesso alla giustizia è suscettibile di limitazioni (specie sotto il profilo delle condizioni di ricevibilità e dei termini dell'azione) e che, al riguardo, lo Stato gode di un certo margine di apprezzamento. Cionondimeno – precisa la stessa Corte –, ogni limitazione (compresa l'interpretazione che ne diano gli organi nazionali) deve essere proporzionata allo scopo perseguito e non minare all'essenza del diritto: vedi *Golder*, cit., punto 38 e, in adesione, tra le altre, 28 maggio 1985, *Ashingdane c. Regno Unito*, ric. n. 8225/78, punto 57; *Bellet*, cit., punto 31; 16 dicembre 1997, *Chiesa cattolica de La Canea c. Grecia*, ric. n. 25528/94, punto 38; 28 ottobre 1998, *Osman c. Regno Unito*, ric. n. 23452/94, punto 147; *Principe Hans-Adam II*, cit., punto 44. I limiti alle restrizioni del diritto di accesso al giudice valgono anche in applicazione delle norme negative di giurisdizione, ossia le norme che dettano il difetto della giurisdizione in particolari situazioni: L. FUMAGALLI, *Criteri di giurisdizione*, cit., p. 575.

[37] Tribunale 15 gennaio 2003, cause riunite T-377/00, T-379/00, T-260/01 e T-272/01, *Philips Morris International Inc. e altri*, punto 121. Sulla determinazione del

D'altronde, la garanzia dell'accesso effettivo alla giustizia rientra tra gli obiettivi della cooperazione giudiziaria in materia civile (art. 81 par. 2 lett. *e*) TFUE).

La tutela e il miglioramento dell'accesso alla giustizia, come obiettivi perseguiti anche dalle regole sulla giurisdizione, trovano enfasi nella giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale già sottolineava l'intento della convenzione giudiziaria di Bruxelles del 1968 di «potenziare nella Comunità la tutela giurisdizionale delle persone residenti sul suo territorio»[38]. Il preambolo del regolamento n. 1215/2012 «conferma» tale aspirazione (1° considerando), ponendo l'accetto sull'effettività dei rimedi giurisdizionali (38° considerando[39]).

Il diritto di accesso alla giustizia, come detto, porta con sé il diritto di azione[40],

diritto di accesso alla giustizia alla stregua dei principî accolti nella CEDU v. F. SALERNO, *Il diritto processuale civile internazionale comunitario e le garanzie processuali fondamentali*, in P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 95 ss. Giova ricordare che la Corte EDU adotta un approccio sostanziale, valutando gli istituti di diritto interno non in base alla struttura conferita dagli Stati, ma alle caratteristiche che essi mostrano nella realtà. Tale è l'approccio seguito affinché la nozione di «tribunale» non sia appiattita sulla nozione di «giudice/tribunale» di diritto interno, né, in particolare, su quella desumibile dall'ordinamento giudiziario. Per esempio, se nella legislazione nazionale determinate controversie vanno obbligatoriamente deferite a tribunali arbitrali istituzionalizzati – i quali operino come giudici costituiti per legge –, se il processo arbitrale è simile a quello ordinario, se il lodo è suscettibile di di impugnazione e di esecuzione con modi e termini analoghi alle sentenze e il processo riguarda la determinazione di un «diritto civile», la Corte ritiene che il processo arbitrale può essere valutato ai sensi dell'art. 6 CEDU (cfr. 3 aprile 2008, *Regent Company c. Ucraina*, ric. n. 773/03, punti 54-56; nonché, di recente, 1° marzo 2016, *Tabbane c. Svizzera*, ric. n. 41069/12, punto 26.). Sicché, in casi del genere, l'arbitrato, considerato implicitamente dalla Corte un mezzo di soluzione delle controversie «non impedito» dal modello di giusto processo discendente dall'art. 6, assumerà i caratteri di «processo» ai sensi di tale disposizione, a prescindere dalla qualificazione che ne dia l'ordinamento statale. Analogamente è a dirsi per altri metodi di soluzione delle controversie alternativi alla giustizia ordinaria che rispondano alla nozione CEDU di «tribunale». Vale la pena di precisare che il valore della controversia non incide al riguardo poiché l'applicabilità dell'art. 6 dipende dalle sole caratteristiche strutturali del mezzo risolutivo.

[38] Corte giust. 6 ottobre 1976, causa 12/76, *Industrie Tessili*, punto 9. Vedi anche 4 marzo 1982, causa 38/81, *Effer*, punto 6; 13 luglio 1993, causa C-125/92, *Mulox IBC*, punto 11; 20 gennaio 1994, causa C-129/92, *Owens Bank*, punto 20; 3 luglio 1997, causa C-269/95, *Benincasa*, punto 26.

[39] Si legge che il regolamento «garantisce il pieno rispetto dei diritti fondamentali e si conforma ai principi sanciti dalla Carta [...], in particolare il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale garantito dall'articolo 47».

[40] V. Tribunale, *Philips Morris International Inc. e altri*, cit., punti 121 e 122. Quanto al principio di tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza di norme dell'Unione v., tra altre, Corte giust. 19 giugno 1990, causa C-213/89, *Factortame*, punto 19. Per l'estensione di tale tutela alle società v. Corte giust., *DEB*, cit., punto 39 ss., la quale argomenta in base all'art. 47 Carta.

il quale rappresenta un valore fondamentale per le costituzioni di molti Stati membri[41].

Le regole sulla giurisdizione sono improntate a proteggerlo e favorirlo, a prescindere, in via di principio, dai legami (cittadinanza, residenza o domicilio) dell'individuo/attore con lo Stato del foro[42].

Senonché, l'àmbito di applicazione delle norme europee sulla giurisdizione non sempre è in grado di supportare il diritto di azione. Ciò può accadere anche quando l'azione sottintende valori fondamentali dell'individuo.

Può emergere, infatti, una discrasia tra la formulazione/previsione delle norme europee sulla giurisdizione e l'estensione del diritto di agire riconosciuto all'individuo in base a principî costituzionali e obblighi internazionali di altra derivazione.

Il pensiero corre alle controversie riguardanti gli *acta iure imperii* dello Stato, le quali fuoriescono dall'àmbito dei regolamenti di DPCIE anche qualora l'atto generatore della responsabilità statale consista nella violazione di diritti umani fondamentali[43].

Il fatto che quei regolamenti siano inapplicabili non significa, tuttavia, che l'individuo è privo del diritto di agire.

Qualora, infatti, l'eccezione di immunità dello Stato estero convenuto sia (ulteriormente) ristretta nello Stato membro del foro al fine di proteggere diritti fondamentali (come dovrebbe accadere nell'ordinamento italiano in seguito alla sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale), i criteri attributivi di giurisdizione previsti dalla disciplina residuale rispetto ai regolamenti dell'Unione – vale a dire, nella maggior parte dei casi, la disciplina nazionale – saranno applicabili[44]. Ovviamente l'affer-

[41] Per l'affermazione che il «diritto al giudice ed a una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti inviolabili» è uno dei «grandi principi di civiltà giuridica in ogni sistema democratico del nostro tempo» v. Corte cost., 22 ottobre 2014 n. 238, in *Riv. dir. int.*, 2015, p. 237 ss., punto 3.4.

[42] Corte giust. 13 luglio 2000, causa C-412/98, *Group Josi*, punti 43, 45 e 47. S. BARIATTI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 403 s.

[43] Sui limiti applicativi ora in parola poco incide la pronuncia della Corte giust. 11 giugno 2015, cause riunite C-226/13, C-245/13, C-247/13 e C-578/13, *Fahnenbrock* (e altri) *c. Hellenische Republik*. La Corte ha escluso l'applicabilità del regolamento (CE) n. 1393/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 novembre 2007 relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile e commerciale («notificazione o comunicazione degli atti») – in *GUUE*, n. L 324 del 10 dicembre 2007, p. 79 ss. – soltanto quando la controversia deriva *manifestamente* da *acta iure imperii* (punto 33 ss.). In altre parole, il regolamento è applicabile quando, al momento di notificare un atto giudiziario, sussistano dubbi sulla derivazione della controversia da *acta iure imperii*.

[44] V. Corte cost. 22 ottobre 2014 n. 238, cit., i cui precetti essenziali sono stati ribaditi nell'ordinanza 3 marzo 2015 n. 30, in *Riv. dir. int.*, 2015, p. 1020 ss. Tra i commenti,

mazione della giurisdizione dipenderà dal ricorrere di uno tra essi nel caso concreto[45].

Ritornando su livelli generali di analisi, le regole sulla giurisdizione paiono davvero protese alla tutela effettiva del diritto di azione quando dettano criteri di giurisdizione indicativi di un legame reale tra foro e controversia: legame, questo, che manifesta i suoi vantaggi soprattutto al momento di dare esecuzione alla sentenza nello Stato del foro e sul quale, come si vedrà in seguito, poggia anche la certezza nel funzionamento dei titoli di giurisdizione[46].

Nella direzione di favorire il diritto di agire operano altresì le norme di DPCIE che offrono all'attore più alternative sui luoghi in cui domandare giustizia, comprese le norme sulla giurisdizione in materia cautelare[47].

Può darsi che altri valori, estranei all'àmbito processuale *stricto sensu*, restringano la «facoltà di scelta» del foro. Può accadere, infatti, che tale facoltà sia limitata a una sola parte del rapporto al fine di riequili-

per considerazioni attinenti alla materia qui in esame, v. E. SCISO, *Brevi considerazioni sui primi seguiti della sentenza della Corte costituzionale 238/2014*, *ibidem*, p. 887 ss., p. 888. Vedi altresì la nota di R. PAVONI in *American Journ. Int. Law*, 2015, p. 400 ss., p. 406. Per prime applicazioni dei riferiti precetti v. Cass. 28 ottobre 2015 n. 21946; 29 ottobre 2015 n. 43696 entrambe consultabili in *www.cortedicassazione.it*. Non è questa la sede per soffermarsi sulla tensione intercorrente tra diritto di accesso al giudice e immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione. V. di recente, tra gli altri, R. NIGRO, *Immunità degli Stati esteri e diritto di accesso al giudice: un nuovo approccio nel diritto internazionale?*, ivi, 2013, p. 826 ss.; S. VEZZANI, *Immunità dello Stato estero dalla giurisdizione e diritto di accesso al giudice alla luce della Carta dei diritti fondamentali: riflessioni in margine al caso* Benkharbouche e Janah, ivi, 2015, p. 904 ss. Quanto al rapporto tra i limiti applicativi del sistema «Bruxelles I» e la disciplina sull'immunità dalla giurisdizione sia consentito rinviare, in commento a Corte giust. 15 febbraio 2007, causa C-292/05, *Lechouritou* (e altri), a A. LEANDRO, *Limiti materiali del regolamento (CE) n. 44/2001 e immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione: il caso* Lechouritou, ivi, 2007, p. 759 ss., in specie p. 766 ss.

[45] Cfr. Cass. 28 ottobre 2015 n. 21946, cit., la quale correttamente precisa che la sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale «non ha creato alcun criterio giurisdizionale nuovo» né l'affermazione di un «principio di giurisdizione civile universale per le azioni risarcitorie da *delicta imperii*» (punto 6.6).

[46] Vedi *infra*, par. 5. Conviene subito dire che l'espressione di un legame reale (prossimità) si colloca nella determinazione astratta dei titoli di giurisdizione, sicché può darsi che, nel caso concreto, la controversia presenti legami maggiori con altri territori. La rilevanza di questi legami concreti, al fine di determinare la giurisdizione in luogo dei criteri stabiliti dal legislatore, può tuttavia pregiudicare (lo si vedrà) la certezza e la prevedibilità del foro competente: cfr. Corte giust. 29 giugno 1994, causa 288/92, *Custom Made*, punto 18 s. Peraltro, la scarsa prossimità tra foro e controversia può caratterizzare le competenze c.d. «esorbitanti», pur attivabili nella cornice del regolamento: si pensi a quelle dettate dagli articoli 14 e 15 del *code civil* francese.

[47] F. SALERNO, *Competenza giurisdizionale, riconoscimento delle decisioni e diritto al giusto processo*, cit., p. 910.

brarne lo svantaggio socio-economico rispetto all'altra – si pensi, nel regolamento n. 1215/2012, alla normativa prevista a protezione della parte debole nei contratti di lavoro, di consumo e di assicurazione, oppure, nel regolamento n. 4/2009[48], alla protezione del creditore di alimenti, che permea tutta la disciplina sulla giurisdizione[49]. Ma può darsi addirittura che la facoltà sia preclusa del tutto a garanzia di una efficiente amministrazione della giustizia, la quale, vantaggiosa senz'altro per le parti, rappresenta un valore di interesse generale (si pensi, dunque, alle competenze esclusive nel regolamento n. 1215/2012 e, in particolare, alle ragioni di prossimità tra controversia e Stato del foro che ne hanno giustificato l'introduzione).

Una protezione del diritto di azione (e, in taluni casi, della stessa alternatività concessa all'attore) ritorna, tuttavia, grazie all'interpretazione tendenzialmente restrittiva che la Corte di giustizia impone alle disposizioni che derogano alle competenze generali. A breve si vedrà che un principio di certezza giuridica – non estraneo all'equo processo – muove la Corte al riguardo[50].

Tale protezione è espressa anche dal divieto di imporre all'attore «straniero» il versamento di una *cautio iudicatum solvi*[51]. Una soluzione diversa compare nel DPCUE per evitare che la speditezza della tutela giudiziale del credito comprima eccessivamente la posizione del debitore: è il caso della garanzia che il creditore deve depositare quando richiede l'emissione *ante causam* di un'«OESC»[52].

Ancora, a supporto del diritto di accesso alla giustizia, soccorrono le misure che introducono il patrocinio a spese dello Stato[53].

[48] Regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio 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*, n. L 7 del 10 gennaio 2009, p. 1 ss.

[49] Vedi le conclusioni dell'Avvocato generale Jääskinen presentate il 4 settembre 2014, cause riunite C-400/13 e C-408/13, *Sanders*, secondo il quale, la protezione del creditore costituisce l'obiettivo primario del regolamento n. 4/2009 sebbene questo sia «inteso anche a garantire un equilibrio tra i diritti dei creditori e quelli dei debitori, ai quali, in particolare, è garantito un equo processo» (nota 62).

[50] Vedi *infra*, par. 4.

[51] V., a difesa del principio di non discriminazione, Corte giust. 1° luglio 1993, causa C-20/92, *Hubbard*, punto 14 s.; 26 settembre 1996, causa C-43/95, *Data Delecta e Forsberg*, punti 15 e 22; 2 ottobre 1997, causa C-122/96, *Stephen Austin Saldanha e MTS*, punto 19 s.

[52] In argomento v. L. SANDRINI, *La procedura per l'adozione dell'ordinanza europea di sequestro conservativo di conti bancari*, in P. FRANZINA, A. LEANDRO (a cura di), *Il sequestro europeo di conti bancari*, Milano, 2015, p. 29 ss.

[53] V. direttiva n. 2003/8/CE del Consiglio del 27 gennaio 2003 intesa a migliorare l'accesso alla giustizia nelle controversie transfrontaliere attraverso la definizione di

Infine, il diritto di azione, inteso come diritto di agire dinanzi al giudice naturale, è suscettibile di protezione, anche là dove la parte vi abbia previamente rinunciato, se l'efficacia o la validità dell'atto di rinuncia – costitutivo di una deroga al foro generale e/o alle alternative messe a disposizione dell'attore, oppure, come accade in caso di convenzione arbitrale, alla stessa giustizia ordinaria – è oggetto di contestazione[54].

Quanto agli accordi di scelta del foro, si riscontra, a seconda dello specifico strumento di DPCIE, maggiore o minore dettaglio nella normativa che designa, per un verso, il giudice dinanzi al quale portare la contestazione e, per l'altro, gli elementi (o, se del caso, il diritto) in base ai quali la contestazione va apprezzata[55].

Al cospetto di una convenzione arbitrale, la Corte di giustizia ha riconosciuto, nelle sentenze *West Tankers* e *Gazprom*, il diritto «alla protezione giurisdizionale» di colui che intende contestarne l'operatività[56].

norme minime comuni relative al patrocinio a spese dello Stato in tali controversie, in *GUCE*, n. L 26 del 31 gennaio 2003, p. 41 ss.; nonché la normativa speciale prevista nel Capo V del regolamento n. 4/2009.

[54] La rinuncia ai diritti fondamentali processuali solleva meno attriti con la CEDU e con la Carta rispetto ad altri diritti fondamentali. Ma, anche in àmbito processuale, la rinuncia deve discendere da un consenso valido e, soprattutto, libero. Cfr. P. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, 2001; E. GUINCHARD, *Procès equitable*, cit., p. 222. Merita altri approfondimenti la tesi secondo cui, in caso di convenzione arbitrale valida e operativa, il diritto di accesso alla giustizia coprirebbe anche la legittima aspettativa della parte di deferire la controversia ad arbitrato: G. PETROCHILOS, *Procedural Law in International Arbitration*, Oxford, 2004, p. 115 s.; similmente, M.V. BENEDETTELLI, *Human Rights as a Litigation Tool in International Arbitration: Reflecting on the ECHR Experience*, in *Arb. Int.*, 2015, doi:10.1093/arbint/aiv036, p. 1 ss., p. 15.

[55] In argomento v. F. VILLATA, *L'attuazione degli accordi di scelta del foro nel regolamento Bruxelles I*, Padova, 2013; con specifico riferimento al regolamento n. 1215/2012 v. S.M. CARBONE, *Gli accordi di proroga della giurisdizione e le convenzioni arbitrali nella nuova disciplina del regolamento (UE) 1215/2012*, in *Dir. comm. int.*, 2013, p. 651 ss.; F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (UE) n. 1215/2012 (rifusione)*, 4ª ed., Padova, 2015, p. 199 ss. Sugli accordi di proroga nel regolamento n. 4/2009 v. F. POCAR, *La disciplina comunitaria della giurisdizione in tema di alimenti: il regolamento 4/2009*, in M.C. BARUFFI, R. CAFARI PANICO (a cura di), *Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni alimentari e successioni*, Padova, 2009, p. 3 ss.; M. CASTELLANETA, A. LEANDRO, *Il regolamento CE n. 4/2009 relativo alle obbligazioni alimentari*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, p. 1051 ss., in specie p. 1070 ss. Sulle particolari finalità degli accordi di scelta del foro nel regolamento n. 650/2012 sia consentito un rinvio a A. LEANDRO, *La giurisdizione nel regolamento dell'Unione europea sulle successioni* mortis causa, in P. FRANZINA, A. LEANDRO (a cura di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni* mortis causa, Milano, 2013, p. 59 ss., a p. 68 ss.

[56] Corte giust. 10 febbraio 2009, causa C-185/07, *Allianz SpA, Generali Assicurazioni Generali SpA c. West Tankers Inc.*, punto 31; 13 maggio 2015, causa C-536/13, *«Gazprom» OAO*, punti 34 e 38.

La Corte dà voce a un simile diritto senza badare ai limiti di applicazione dell'atto dell'Unione sottoposto alla sua interpretazione (il regolamento n. 44/2001). Essa invoca al riguardo l'uso di strumenti normativi e mezzi processuali di altra derivazione: nella sentenza *West Tankers*, fa implicitamente riferimento ai mezzi nazionali di soluzione della questione di giurisdizione attinente all'operatività di una convenzione arbitrale, mentre, nella sentenza *Gazprom*, la Corte richiama espressamente i sistemi nazionali (o internazionali) che regolano l'*exequatur* arbitrale[57].

4. *Sicurezza giuridica ed effettività del diritto di azione*

Per far sì che il diritto di accesso alla giustizia sia effettivamente protetto occorre che le regole sulla giurisdizione siano contraddistinte da (e applicate secondo un) alto grado di prevedibilità.

Già la relazione *Schlosser* evidenziava che l'attore «deve avere certezza circa la competenza del giudice e non deve sacrificare tempo e denaro col rischio che il giudice adito si ritenga meno adatto di un altro»[58].

Senonché, prevedibilità e certezza nel funzionamento dei titoli di giurisdizione mirano, nella lente dell'equo processo, a proteggere anche valori diversi dal – ma non minori del – diritto di azione[59]. Il 15° e il 16° considerando del regolamento n. 1215/2012 sono indicativi al riguardo perché enunciano che le norme sulla giurisdizione del regolamento sono ispirate ad un principio di certezza per evitare che il convenuto sia citato dinanzi a un foro non «ragionevolmente prevedibile» per esso.

Si tratta di prescrizioni concepite dopo che la Corte di giustizia, interpretando la convenzione giudiziaria di Bruxelles del 1968, aveva affermato che «lo scopo di tutela giuridica delle persone residenti nella Comunità [...] postula che le norme di competenza [...] siano interpretate in modo da consentire al convenuto normalmente accorto di prevedere

[57] Per approfondimenti v. A. LEANDRO, *Le* anti-suit injunctions *a supporto dell'arbitrato: da* West Tankers *a* Gazprom, in *Riv. dir. int.*, 2015, p. 815 ss.

[58] Relazione sulla convenzione di adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord alla Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, nonché al protocollo relativo alla sua interpretazione da parte della Corte di giustizia (firmata a Lussemburgo il 9 ottobre 1978), elaborata da P. Schlosser, in *GUCE*, n. C 59 del 5 marzo 1979, p. 71 ss., a p. 97, par. 78.

[59] Anche in tal caso gli Stati beneficiano di un margine di apprezzamento che, tuttavia, non può arrivare a comprimere l'essenza del diritto di accesso alla giustizia (*rectius*, ai tribunali): Corte EDU, *Waite e Kennedy*, cit., punto 59.

ragionevolmente dinanzi a quale giudice, diverso da quello dello Stato del proprio domicilio, potrà essere citato»[60].

Il funzionamento prevedibile dei titoli di giurisdizione, in quanto corollario della certezza giuridica, costituirebbe un riflesso, nel campo che ci occupa, del principio della precostituzione del giudice, a sua volta aspetto essenziale dell'equo processo ai sensi dell'art. 6 CEDU (e dell'art. 47 Carta), nonché opererebbe a supporto dell'effettività dei rimedi giurisdizionali[61]. Un individuo, dunque, può liberamente decidere *se* promuovere l'azione giudiziaria, ma non *dove* promuoverla: quest'ultima libertà non sussiste in base all'art. 6 CEDU perché striderebbe con le garanzie del convenuto.

Ne viene che il principio di certezza giuridica, posto a presidio dell'equo processo[62], investe tanto la formulazione quanto il funzionamento dei titoli di giurisdizione nella prospettiva di un bilanciamento tra diritto di azione e diritti del convenuto tale da consentire all'attore di individuare agevolmente il foro dinanzi al quale agire e al convenuto di prevedere ragionevolmente il foro dinanzi al quale essere citato[63].

Operando in modo «bi-direzionale» a protezione di attore e convenuto, la certezza giuridica e la prevedibilità della giurisdizione rafforzano la parità delle armi e, pertanto, un ulteriore valore dell'equo processo[64]. D'altro canto, in quest'ultima prospettiva, anche la nota regola generale che impone l'interpretazione uniforme e autonoma delle norme in discorso si pone a garanzia tanto della certezza del diritto quanto della

[60] Corte giust. 17 giugno 1992, causa C-26/91, *Handte*, punto 18. La posizione mai è mutata nel vigore del regolamento n. 44/2001: v. *ex multis* 13 luglio 2006, causa C-103/05, *Reisch Montage*, punto 25; *Hypoteční banka a.s.*, cit., punto 44.

[61] Cfr. Corte EDU, *Bellet*, cit., punto 36; 30 ottobre 1998, *F.E. c. Francia*, ric. n. 38212/97, punto 47; 10 ottobre 2000, *Lagrange c. Francia*, ric. n. 39485/98, punto 41; 22 giugno 2000, *Coeme e altri c. Belgio*, ric. n. 32492/96, 32547/96, 32548/96 e altri, punto 98.

[62] V. A. DICKINSON, *Legal Certainty and the Brussels Convention – Too Much of a Good Thing?*, in P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (ed.), *Forum Shopping in the European Judicial Area*, Oxford-Portland, 2007, p. 115 ss.

[63] Così, con riguardo alla convenzione giudiziaria di Bruxelles del 1968, Corte giust., *Mulox IBC*, cit., punto 11, e al regolamento n. 44/2001, 3 maggio 2007, causa C-386/05, *Color Drack*, punto 20; 23 aprile 2009, causa C-533/07, *Falco*, punto 22; 25 ottobre 2011, cause riunite C-509/09 e C-161/10, *eDate Advertising e a.*, punto 50; *Hypoteční banka a.s.*, cit., punto 44; *G*, cit., punto 39; 25 ottobre 2012, causa C-133/11, *Folien Fischer AG*, punto 33.

[64] Sul punto v. di recente O. LOPES PEGNA, *Collegamenti fittizi o fraudolenti di competenza giurisdizionale nello spazio giudiziario europeo*, in *Riv. dir. int.*, 2015, p. 397 ss., a p. 416 ss.

«parità [...] dei diritti [che da quelle norme derivano] per le persone interessate»[65].

Né può tacersi che lo stesso obiettivo della corretta amministrazione della giustizia «deve essere inteso non soltanto dal punto di vista di un'ottimizzazione dell'organizzazione giudiziaria, ma anche [...] in riferimento all'interesse delle parti, senza distinzione tra attore o convenuto, le quali devono avere la possibilità di beneficiare, in particolare, di un accesso facilitato alla giustizia e di una prevedibilità delle regole di competenza»[66].

Il bilanciamento tra i diritti delle parti si avverte nondimeno quando la giurisdizione è dettata da ragioni di connessioni o consegue al coordinamento tra azioni promosse in distinti Stati membri: in entrambi i casi, l'esercizio finale della giurisdizione può risultare diverso da quello «ragionevolmente prevedibile».

Ciò spiega perché l'art. 8 n. 2 del regolamento n. 1215/2012 consente l'esercizio della giurisdizione nei confronti del terzo chiamato in causa «sempre che [la domanda] non sia stata proposta solo per distogliere [il terzo] dal suo giudice naturale»[67]. E allo stesso scopo[68], sia pure nella prospettiva più ampia del funzionamento armonioso della giustizia[69], è rivolta, in caso di cumulo soggettivo, la condizione che tra le domande vi sia un collegamento così stretto «da rendere opportuna una trattazione unica e una decisione unica onde evitare il rischio di giungere a decisioni incompatibili derivanti da una trattazione separata» (art. 8 n. 1).

Quanto alla connessione privativa, essa opera al verificarsi dello stesso requisito della connessione attributiva in modo da deviare il regime oggettivo delle competenze – ancora una volta in vista del «funzionamento armonioso della giustizia»[70] (*rectius*, in vista dell'armonia delle decisioni) – purché il risultato finale porti ad un esercizio della giurisdizione prevedibile per le parti.

[65] Corte giust. 8 marzo 1988, causa 9/87, *SPRL Arcado*, punto 10.

[66] Corte giust. 18 dicembre 2014, cause riunite C-400/13 e C-408/13, *Sanders*, punto 29.

[67] In materia, con riferimento all'art. 6 n. 2 del regolamento n. 44/2001, v. G. BIAGIONI, *La connessione attributiva di giurisdizione nel regolamento CE n. 44/2001*, Padova, 2011.

[68] Corte giust. 27 settembre 1988, causa 189/87, *Kalfelis*, punto 9; Corte giust. 21 maggio 2015, causa C-352/13, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA*, punto 27 s.

[69] Corte giust., *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA*, cit., punto 19.

[70] V. 34° considerando del regolamento n. 650/2012.

5. Segue: *gli accertamenti della giurisdizione*

Ciò detto a proposito della certezza/prevedibilità nell'esercizio della giurisdizione, è da chiedersi se trovano spazio nel DPCIE: *a*) l'accertamento della sussistenza reale del fattore utilizzato come criterio di giurisdizione; *b*) la circolazione di provvedimenti nazionali volti ad ostacolare il diritto di azione; *c*) il condizionamento dell'esercizio (o non esercizio) della giurisdizione a un giudizio di convenienza agganciato alla natura e all'oggetto della controversia.

Partendo dal punto *a*), accertare la sussistenza reale del fattore utilizzato come criterio di giurisdizione significa verificare che il legame imposto dal DPCIE per esercitare la giurisdizione ricorra effettivamente tra lo Stato del foro e la controversia *de qua*.

Il fatto che l'esistenza del legame e, dunque, l'esercizio della giurisdizione debbano essere «certi», comporta che legami fittizi o creati artatamente dalle parti non dovrebbero assumere rilievo a fini giurisdizionali[71]. La tensione con la «certezza» si avverte, tuttavia, quando – come in caso di connessione attributiva – il legame ha natura tale da poter subire manipolazioni del genere.

Il contenitore di questi accertamenti – che, unitariamente considerati, rientrano nella *quaestio iurisdictionis* – sfugge di norma ai regolamenti di DPCIE. Fanno eccezione quelli che dettano l'obbligo di verificare d'ufficio la giurisdizione[72]. Tale obbligo è collegato, tuttavia, a regole di giurisdizione generalmente non derogabili, tant'è che, in sistemi aperti agli accordi di scelta del foro, la verifica d'ufficio è prevista in relazione alle sole competenze inderogabili[73].

Ora, nei margini lasciati dal diritto dell'Unione (ampi, come nei regolamenti che nulla dispongono sulla verifica della competenza, o più ristretti, come nei regolamenti che dispongono al riguardo), un principio di autonomia processuale emerge affinché la *lex fori* possa supplire al

[71] Corte giust., *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA*, cit., punto 28 ss. In argomento v. O. LOPES PEGNA, op. cit., *passim*.

[72] Art. 17 del regolamento n. 2201/2003; art. 10 del regolamento n. 4/2009; art. 15 del regolamento n. 650/2012; art. 4 del recente regolamento (UE) n. 2015/848 del Parlamento e del Consiglio del 20 maggio 2015 relativo alle procedure di insolvenza (rifusione), in *GUUE*, n. L 141 del 5 giugno 2015, p. 19 ss., applicabile in gran parte dal 26 giugno 2017 in luogo del regolamento (CE) n. 1346/2000 relativo alla stessa materia, in *GUCE*, n. L 160 del 30 giugno 2000, p. 1 ss.

[73] V. art. 27 del regolamento n. 1215/2012.

difetto di regole uniformi o armonizzate applicabili alla questione di giurisdizione rientrante nel DPCIE[74].

L'applicazione pedissequa di tale principio comporta che ciascun ordinamento integrerà il DPCIE in base alle proprie specificità. Sicché, una verifica d'ufficio della giurisdizione sarà ammissibile anche dove il regolamento *de quo* nulla dispone e la portata della verifica stessa, nonché i mezzi processuali a disposizione di giudice e parti per svolgerla, potranno variare da Stato a Stato.

Tutto ciò crea il rischio di un pregiudizio per l'effetto utile dei regolamenti di DPCIE o, addirittura, di una frode alla giurisdizione[75].

Ma, per quel che qui rileva, l'intervento della *lex fori* e la disciplina di DPCIE che ne consente l'ingresso non dovrebbero stridere con l'equo processo tenuto conto che lo Stato del foro deve rispettare il modello virtuoso della CEDU anche in relazione a detti accertamenti. Peraltro, ogni standard di tutela più elevato sarebbe legittimo ai sensi dell'art. 53 CEDU, né vi sarebbero intrusioni in standard sottesi a norme di diritto dell'Unione per la salvaguardia delle quali la Corte di giustizia, in applicazione dell'art. 53 Carta, frena l'ingresso di standard nazionali più garantisti[76].

Ove, al contrario, gli accertamenti sulla giurisdizione fossero compiuti in spregio alle garanzie minime dell'equo processo, la decisione successivamente emanata dal foro (tanto quella sulla giurisdizione, quanto la decisione di merito che includa la verifica della giurisdizione), potrebbe risultare incompatibile con l'«ordine pubblico processuale» e, di conseguenza, non produrre effetti all'estero[77].

In tal modo, quando in gioco è la circolazione del prodotto giudiziario confezionato nello Stato d'origine, gli strumenti europei si *riappropriano*, per il tramite del limite dell'ordine pubblico, di un controllo sulla conformità all'equo processo (anche) degli accertamenti riguardanti l'esercizio della giurisdizione.

Tali conclusioni non collidono con il generico divieto sia di includere «le norme sulla competenza» tra i motivi di ordine pubblico sia di riesaminare la competenza dei giudici d'origine[78]: in gioco, infatti, sarebbe la violazione dell'equo processo commessa nell'*iter* che conduce alla

[74] Vedi Corte giust. 15 ottobre 2015, causa C-310/14, *Nike European Operations Netherlands BV*, punto 28.

[75] Sul punto v. P. FRANZINA, *Il coordinamento tra* lex fori *e norme uniformi nell'accertamento del titolo di giurisdizione secondo il regolamento (CE) n. 44/2001*, in *Riv. dir. int.*, 2004, p. 345 ss.; O. LOPES PEGNA, op. cit., p. 425 ss.

[76] Corte giust., *Melloni*, cit. Vedi, tuttavia, *supra*, par. 2.

[77] Vedi *infra*, par. 10.

[78] *Ex multis*, Corte giust. 15 novembre 2012, causa C-456/11, *Gothaer*, punto 30.

decisione sulla giurisdizione, non anche l'accertamento di fatto o di diritto posto alla base della decisione medesima.

6. Segue*: tensioni tra diritto di azione,* anti-suit injunctions...

Passando al punto *b*), è noto che il sistema di DPCIE non offre spazio, almeno in via di principio, alla circolazione di provvedimenti inibitori o restrittivi del diritto di azione (come le *anti-suit injunctions*)[79].

La Corte di giustizia ne ha sancito l'incompatibilità con il «sistema Bruxelles I» perché essi, ove riconosciuti, restringerebbero il potere del foro di determinare liberamente la propria giurisdizione e, più in generale, danneggerebbero la fiducia reciproca tra i giudici degli Stati membri che permea (come si è visto[80]) tutto il settore della cooperazione giudiziaria in materia civile.

Qui rileva che l'*anti-suit injunction* presuppone, secondo la Corte, una «valutazione della pertinenza della proposizione di un'azione»[81]. Un simile orientamento, seguito dai giudizi nazionali anche in applicazione della convenzione di Lugano[82], è stato sviluppato dalla Corte fino a sostenere che la circolazione delle *anti-suit injunction* stride con il diritto di agire dinanzi ai fori del regolamento.

Spiccano al riguardo la sentenza *West Tankers* – la quale, come è noto, verteva su un'*anti-suit injunction* emessa da una Corte inglese per inibire la continuazione del processo avviato da una parte dinanzi al foro italiano in spregio a una convenzione per arbitrato londinese[83] –, e la più recente sentenza *Gazprom* – la quale, pur escludendo dal regolamento n. 44/2001 il problema della circolazione di un'*anti-suit injunction* arbitrale a causa dell'*arbitration exclusion*, chiarisce che il potere del foro di decidere sulla propria giurisdizione in base al regolamento e, in correlazione, il diritto di agire dinanzi ad esso per contestare l'operatività *lato sensu* di una convenzione arbitrale subirebbero restrizioni da una misura inibitoria del genere (la Corte sostiene – ribadiamo – che quel diritto può

[79] Si sorvola in questa sede sulla *ratio* del provvedimento. Per approfondimenti v. T. RAPHAEL, *The Anti-Suit Injunction*, Oxford, 2008 (*Updating Supplement*, 2010).

[80] Vedi *supra*, par. 2.

[81] Corte giust. 27 aprile 2004, causa C-159/02, *Gregory Paul Turner*, punto 28.

[82] V. ad esempio Tribunale federale svizzero, 5 aprile 2012, 4A_589/2011, consultabile nel sito internet dello stesso Tribunale, www.bger.ch.

[83] Corte giust., *West Tankers*, cit., punto 31, per l'accento sull'impatto della misura nei riguardi dell'«accesso al giudice nazionale» e della «tutela giurisdizionale» dei diritti.

trovare conforto all'interno del processo di delibazione della sentenza arbitrale[84]).

Potrebbe obiettarsi che le *anti-suit injunctions*, ponendo un freno alle iniziative tese ad aggirare gli accordi di scelta del foro o le convenzioni arbitrali (le c.d. *torpedo actions*), sosterrebbero in termini di certezza sia il funzionamento di tali accordi o convenzioni sia il diritto di agire che essi regolano.

Senonché, il DPCIE, in specie il regolamento n. 1215/2012, predispone tecniche diverse per proteggere gli accordi di scelta del foro (v. art. 31 par. 2). Quanto agli impegni arbitrali, conformemente alla giurisprudenza *West Tankers* e al 12° considerando, essi trovano un baluardo negli strumenti processuali nazionali di cui dispone il foro adito in loro violazione.

Le conclusioni ora raggiunte non vanno tuttavia generalizzate a tutto il DPCIE.

Taluni regimi paiono, infatti, legittimare – nel perseguimento di obiettivi generali – il divieto di azioni individuali e, in correlazione, l'efficacia transfrontaliera di provvedimenti giudiziari protesi a sorreggerlo.

È il caso del divieto di azioni individuali eventualmente posto dalla *lex concursus* a carico dei creditori insinuati in una procedura di insolvenza: divieto, questo, che, correlato all'apertura del concorso, strumentale alla protezione della *par condicio creditorum* e «compensato» dalla tutela della pretesa creditoria in sede concorsuale, può produrre effetti all'estero – in qualità di effetto della decisione di apertura – in base al regolamento n. 1346/2000[85].

Di conseguenza, nell'àmbito di tale regolamento (come del succedaneo regolamento n. 2015/848[86]) e nei limiti in cui il divieto di azioni individuali produce effetti nello spazio giudiziario europeo, la circolazione di un provvedimento inibitorio dell'azione vietata non pare sollevare i profili di illegittimità riscontrati nel sistema «Bruxelles I».

[84] Corte giust., *Gazprom*, cit., punto 38.

[85] Corte giust. 17 marzo 2005, causa C-294/02, *Commissione delle Comunità europee c. AMI Semiconductor* (e altri), punto 69: alla Corte sembra che «nella maggior parte dei diritti processuali degli Stati membri, un creditore non può far valere in giudizio i suoi crediti isolatamente nei confronti di un soggetto sottoposto a una procedura di insolvenza, ma è tenuto a seguire le modalità della procedura applicabile e, ove tali regole non vengano rispettate, un ricorso è irricevibile».

[86] Si noti che alcune disposizioni prevedono la sospensione delle azioni individuali dei creditori allo scopo di favorire la composizione negoziale della crisi (v., in particolare, art. 1 par. 1 lett. *c*)).

7. ... *e dottrina del* forum (non) conveniens

Quanto al punto *c*), ossia alla questione se il DPCIE è aperto a valutazioni di convenienza sulla falsariga della dottrina del *forum (non) conveniens*[87], va detto che tali valutazioni si contrappongono evidentemente al funzionamento oggettivo dei titoli di giurisdizione al quale è ancorata la tradizione giuridica continentale: tradizione, questa, che la Corte di giustizia segue là dove chiama il «sistema Bruxelles I» a determinare «attribuzioni di competenza certe e prevedibili»[88].

Peraltro, la Corte ritiene l'eccezione del *forum (non) conveniens* incompatibile con il «sistema Bruxelles I» anche quando la controversia presenta, di fatto, maggiori collegamenti con Stati terzi[89].

L'eventuale rinuncia all'esercizio della giurisdizione per ragioni di «convenienza» pare stridere, dunque, con il regolamento n. 1215/2012 perché vanifica l'impianto della giurisdizione sul quale attore e convenuto nutrono affidamento.

D'altro canto, le ragioni di convenienza potrebbero evidenziare l'inadeguatezza del foro ad assecondare efficacemente la domanda di giustizia propostagli.

In altre parole, la ragione di convenienza, commisurata al caso concreto, potrebbe rivelare che la difesa ad oltranza della prevedibilità dei titoli di giurisdizione danneggia l'effettività dell'accesso alla giustizia: ciò potrebbe accadere tanto in senso attributivo (*forum conveniens*) quanto in senso privativo (*forum non conveniens*) della giurisdizione[90].

Lo sviluppo del DPCIE mostra aperture al riguardo. Il regolamento n. 2201/2003 (art. 15) e il regolamento n. 650/2012 (art. 6) segnano, in-

[87] Sul punto v. B.D. INGLIS, *Jurisdiction, the Doctrine of* Forum Conveniens *and Choice of Law in Conflict of Laws*, in *Law Quarterly Review*, 1965, 380 ss.; A. NUYTS, *The Doctrine of Forum Non Conveniens*, Paris, 2003; P. SCHLOSSER, *Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation*, in *Recueil des cours*, t. 284, 2000, p. 56 ss.; nonché R. CAFARI PANICO, *Diritto internazionale privato inglese e «jurisdiction» con particolare riguardo ai rapporti di famiglia*, Padova, 1979, 33 ss. Con uno sguardo al processo di revisione del regolamento n. 44/2001 v. C. MARIOTTINI, *The Proposed Recast of the Brussels I Regulation and* Forum Non Conveniens *in the European Union Judicial Area*, in F. POCAR, I. VIARENGO, F. VILLATA (ed. by), *Recasting Brussels I*, Padova, 2012, p. 285 ss.

[88] Cfr., tra le altre, Corte giust. 19 settembre 1995, causa C-364/93, *Marinari*, punto 19. Vedi, peraltro, *Custom Made*, loc. cit., che, a difesa della prevedibilità del foro competente, nega la rilevanza di collegamenti tra i fatti della controversia e un giudice diverso da quello designato dai titoli di giurisdizione della convenzione giudiziaria di Bruxelles del 1968.

[89] Corte giust. *Owusu*, cit., *passim*.

[90] Sul punto v. F. MARONGIU BUONAIUTI, Forum non conveniens *e art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 420 ss.

fatti, l'ingresso di valutazioni di convenienza/opportunità circa l'esercizio della giurisdizione.

Si tratta, però, di un'apertura timida.

Anzitutto, le ragioni di convenienza sorreggono, nei due regolamenti, interessi diversi da quelli propri dell'equo processo.

L'art. 6 del regolamento n. 650/2012 intende tutelare interessi legati alla natura del procedimento successorio e alla sua funzione di natura squisitamente gestionale che premono affinché *forum* e *ius* siano unificati. L'art. 15 del regolamento n. 2201/2003 mira, invece, a proteggere l'interesse superiore del minore.

Inoltre, le ragioni di convenienza operano al verificarsi di talune condizioni che restringono alquanto la discrezionalità del giudice[91].

8. *Il diritto di azione nella prospettiva dei rapporti tra Stati membri e Stati terzi*

La tutela del diritto di azione nella prospettiva dell'equo processo trova spazio anche nei rapporti tra Stati membri e Stati terzi. Ne è prova anzitutto l'introduzione del *forum necessitatis* nell'art. 7 del regolamento n. 4/2009 e nell'art. 11 del regolamento n. 650/2012.

Le due disposizioni prevedono che il foro di uno Stato membro, privo di altra competenza risultante in via oggettiva o per effetto di proroga, possa esercitarla se un processo non può essere promosso o svolto in uno Stato terzo con il quale la causa ha uno stretto collegamento, a condizione che un collegamento sufficiente sussista tra la causa e detto Stato membro[92].

[91] Si pensi all'art. 6 lett. *a*) del regolamento n. 650/2012: il foro della residenza abituale solo su istanza di parte può declinare la giurisdizione a favore del foro dello Stato membro la cui legge è scelta per regolare la successione, sempreché lo ritenga più adatto a decidere. La disposizione va letta insieme all'art. 22, che offre al *de cuius* la possibilità di sottoporre l'intera successione alla sua legge nazionale: il combinato disposto degli articoli 6, lett. *a*) e 22 porta ad unificare *forum* e *ius* anche in presenza di un'*optio legis*. Il foro della residenza abituale conserva una certa discrezionalità al riguardo. L'art. 6 impone invero di tenere conto «delle circostanze pratiche» della successione, «quali la residenza abituale delle parti e il luogo in cui sono situati i beni». Tali elementi – elencati in modo non tassativo – vanno apprezzati nella prospettiva (tendenziale) di rendere efficiente la gestione della successione. Un approfondimento in A. LEANDRO, *La giurisdizione nel regolamento dell'Unione europea sulle successioni* mortis causa, cit., p. 59 ss.

[92] Sul punto v. R. CAFARI PANICO, Forum necessitatis*: Judicial Discretion in the Exercise of Jurisdiction*, in *Recasting Brussels I*, cit., p. 127 ss.; P. FRANZINA, *Sul* forum necessitatis *nello spazio giudiziario europeo*, in *Riv. dir. int.*, 2009, p. 1121 ss.; G. ROSSOLILLO, Forum necessitatis *e flessibilità dei criteri di giurisdizione nel diritto interna-*

Un simile criterio attributivo di giurisdizione ha natura eccezionale. Lo rivela sia l'inciso «in casi eccezionali» inserito nelle due disposizioni sia il quadro delle condizioni al verificarsi delle quali esso opera: *a*) ragionevole improbabilità che il processo nello Stato terzo sia intentato o sia suscettibile di svolgimento; *b*) una «impossibilità» genericamente riferita a detto processo, tale, dunque, da includerne avvio, svolgimento e conclusione; *c*) stretto collegamento tra la causa e lo Stato terzo *de quo*; *d*) collegamento sufficiente con lo Stato membro del foro adito[93].

D'altronde, ponendosi dal punto di vista del convenuto e riconoscendo ad esso le prerogative dell'equo processo come individuo piuttosto che come soggetto dotato di legami con il territorio dell'Unione, la natura eccezionale dipende anche dal fatto che il *forum necessitatis* sposterebbe la competenza del giudice naturale della causa e renderebbe incerta la determinazione della giurisdizione.

Senonché, la stessa natura eccezionale avvalora l'idea che il *forum necessitatis* sia stato concepito per evitare un diniego di giustizia nello Stato terzo[94], o impedire che la controversia resti priva di sede proces-

zionale privato nazionale e dell'Unione europea, in *Cuad. der. transnacional*, 2010, p. 403 ss.

[93] Resta, tuttavia, il pericolo di incertezza insito negli accertamenti discrezionali compiuti dal giudice. A ben vedere, la constatazione dello «stretto collegamento» tra causa e Stato terzo non solleva problemi: sarebbe sufficiente «bilateralizzare» i fattori di collegamento che, situati nel territorio di uno Stato membro, consentono di affermare giurisdizione secondo il regolamento: si pensi alla residenza abituale del *de cuius* nello Stato terzo. Più imprevedibili sono gli accertamenti riguardanti, da un lato, la «difficoltà/impossibilità» che un processo si svolga nello Stato terzo e, dall'altro, la presenza di un «sufficiente collegamento» con lo Stato membro del «foro di necessità». Quanto ai primi, il preambolo dei due regolamenti – riferendosi invero alla sola «impossibilità» – reca l'esempio di una guerra civile: esempio estremo, ma almeno ritagliato su una situazione di semplice accertamento. Altra ipotesi prospettata è quella in cui «non ci si possa ragionevolmente aspettare che il beneficiario intenti o prosegua un procedimento in tale Stato». Qui emerge un dato non più oggettivo, ma un dato soggettivo di difficile percezione se non agganciato a un chiaro comportamento di parte oppure a un'apposita rinuncia all'avvio (o alla prosecuzione) del processo nello Stato terzo. Passando al «collegamento sufficiente» con lo Stato membro, poiché i legami elevati a titoli di giurisdizione non contano, occorre confrontarsi con i caratteri della specifica controversia e con le imprevedibili rilevazioni che il giudice faccia sul caso concreto.

[94] L'ipotesi, dunque, sarebbe quella del *«flagrant denial of justice»,* ossia del diniego di giustizia che *«goes beyond mere irregularities or lack of safeguards in the trial procedures such as might result in a breach of Article 6 if occurring within the Contracting State itself»:* cfr. Corte EDU 17 gennaio 2012, *Othman (Abu Qatada) c. Regno Unito*, ric. n. 8139/09, punto 260, la quale soggiunge che *«[w]hat is required is a breach of the principles of fair trial guaranteed by Article 6 which is so fundamental as to amount to a nullification, or destruction of the very essence, of the right guaranteed by that Article».*

suale in alcuno Stato[95], purché essa abbia un legame sufficiente con uno Stato membro.

Pertanto, nei limiti in cui è accolta nel DPCIE, la tecnica del *forum necessitatis* segnala l'esigenza di garantire l'accesso alla giustizia in uno Stato membro, anche se la controversia non ha con esso i legami assunti a criteri di giurisdizione, quando un legame sufficiente sussiste e la stessa esigenza non è assecondabile nello Stato terzo con il quale il legame è maggiore.

La tesi che prospetta in siffatte condizioni l'esistenza di un diritto fondamentale ad agire dinanzi ai fori europei appare, dunque, condivisibile[96].

Una forma più blanda di attenzione all'equo processo dello Stato terzo compare nel regolamento n. 1215/2012 nel campo delle coordinamento tra le azioni[97].

Il regolamento prevede, infatti, che, in caso di litispendenza o connessione con Stati terzi, il foro dello Stato membro prevenuto, adito in base a un titolo generale o speciale, possa «sospendere» la propria causa e successivamente dichiarare l'estinzione del processo se il procedimento davanti all'autorità giurisdizionale dello Stato terzo si è concluso con una decisione che può essere riconosciuta e, se del caso, eseguita in quello Stato membro.

Lasciando da parte la novità in sé del coordinamento tra fori «europei» ed «extraeuropei»[98], qui preme evidenziare che il foro prevenuto può non sospendere sia quando la prognosi di efficacia della sentenza è negativa (prognosi da svolgere in base al sistema di riconoscimento delle

[95] L'esercizio «necessario» della giurisdizione riecheggia l'idea della Corte EDU secondo cui: l'*«exclusion générale de la compétence des tribunaux aux litiges [...] est en soi contraire au droit d'accès à un tribunal garanti par l'article 6 de la Convention»* (12 gennaio 2010, *Parrocchia greco-cattolica Sâmbata Bihor c. Romania*, ric. n. 48107/99, punto 75).

[96] S. BARIATTI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 417 ss.; F. SALERNO, *Competenza giurisdizionale, riconoscimento delle decisioni e diritto al giusto processo*, cit., p. 915 s.

[97] Sulla originaria intenzione di inserire il *forum necessitatis* anche nel nuovo regolamento «Bruxelles I» v. F. MARONGIU BUONAIUTI, *La tutela del diritto di accesso alla giustizia e della parità delle armi tra i litiganti nella proposta di revisione del regolamento n. 44/2001*, in A. DI STEFANO, R. SAPIENZA (a cura di), *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*, Napoli, 2012, p. 345 ss.

[98] Si rinvia, in particolare, a F. SALERNO, *Giursdizione ed efficacia*, cit., p. 284 ss.; nonché F. MARONGIU BUONAIUTI, Lis Alibi Pendens *and Related Actions in the Relationships With the Courts of Third Countries in the Recast of the Brussels I Regulation*, in *Yearbook Priv. Int. Law*, 2013/2014, p. 87 ss.; P. FRANZINA, Lis Pendens *Involving a Third Country under the Brussels I*-bis *Regulation: An Overview*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 23 ss.; S.M. CARBONE, TUO, *Non-EU States and Brussels I: New Rules and Some Solutions for Old Problems*, ivi, 2015, p. 5 ss.

decisioni applicabile nei rapporti tra gli Stati in gioco ovvero in base al sistema comune dello Stato membro) sia quando la sospensione non è «necessaria per la corretta amministrazione della giustizia» (argomentando *ex* articoli 33 par. 1 lett. *b*) e 34 par. 1 lett. *c*)).

Si nota, in particolare, che la decisione di sospendere può basarsi sul diritto nazionale anche al fine di accertare, all'interno del giudizio di riconoscibilità, la conformità del processo «extracomunitario» agli standard cui il foro «europeo» è tenuto. Si nota, dunque, ancora una volta, un intervento complementare del diritto nazionale per declinare al meglio il funzionamento di tecniche di DPCIE ai principî dell'equo processo[99].

Inoltre, il foro europeo prevenuto può proseguire o riprendere il procedimento al cospetto di esigenze di protezione del diritto di accesso alla giustizia che ricorrono se il processo straniero è sospeso o interrotto, ovvero se questo può non essere concluso in un tempo ragionevole (articoli 33 par. 2 lett. *a*) e *b*), e 34, par. 2 lett. *b*) e *c*)) o, infine, se lo richiede «la corretta amministrazione della giustizia» (articoli 33 par. 2 lett. *c*) e 34 par. 2 lett. *d*)).

Il valore della durata ragionevole del processo esprime una componente dell'equo processo[100], strumentale, non meno di altre, all'effettività del diritto di azione, che ben può sacrificare l'obiettivo di coordinare procedimenti e decisioni (vale a dire l'obiettivo dell'armonia delle decisioni).

Può dirsi, dunque, che, rispetto ai processi negli Stati terzi – e alle garanzie che essi predispongono – i fori degli Stati membri darebbero luogo, già in fase di coordinamento tra azioni e per il tramite del giudizio (prognostico) di riconoscimento delle sentenze, a un controllo «indiretto» dell'art. 6 CEDU, ovviamente percepibile allorché lo Stato terzo *de quo* sia estraneo alla CEDU.

Tutto ciò non ha luogo nel coordinamento tra procedimenti avviati in Stati membri, sol pensando all'orientamento della Corte di giustizia che preserva il funzionamento delle regole sulla litispendenza anche quando sussiste il rischio di una durata non ragionevole del processo preveniente[101].

Invero, questo «diverso trattamento» muove da una idea di equivalenza tra i sistemi processuali degli Stati membri[102] – tutti presuntivamente ispirati a un modello processuale delineato da obblighi di diritto

[99] Vedi *infra*, par. 16.

[100] V. *ex multis*, Corte giust., *Baustahlgewebe*, cit., punto 21; *Limburgse* (e altri), punto 170 s; nonché *supra*, par. 2.

[101] Corte giust. 9 dicembre 2003, causa C-116/02, *Gasser*, punto 70 ss.

[102] L. FUMAGALLI, *Criteri di giurisdizione*, cit., p. 588.

dell'Unione europea e di diritto internazionale comuni, coordinati nel prisma della reciproca fiducia e protesi a conseguire l'armonia delle decisioni – non estesa ai sistemi processuali degli Stati terzi, ivi compresi quelli contraenti della CEDU.

Ma – beninteso – è un'idea presuntiva, la quale, come si è visto[103], non esclude un controllo in base alla CEDU circa la violazione del diritto alla durata ragionevole del processo preveniente[104].

Ci sentiamo, infine, di non distinguere marcatamente, su questo argomento, il concetto di «corretta amministrazione della giustizia» dal diritto di accesso alla giustizia come componente dell'equo processo[105].

La «corretta amministrazione della giustizia» – che opera sul duplice fronte di giustificare la sospensione o la prosecuzione del processo nello Stato membro – dipende, come enuncia il 24° considerando del regolamento n. 1215/2012, da «collegamenti tra i fatti della controversia e le parti e lo Stato terzo interessato, [dallo] stadio raggiunto dal procedimento nello Stato terzo al momento dell'avvio di un procedimento davanti all'autorità giurisdizionale dello Stato membro», implicitamente dal fatto che lo Stato terzo esercita una competenza che, in condizioni speculari, avrebbe determinato la competenza esclusiva del giudice di uno Stato membro ai sensi dell'art. 24, e, infine, da «tutte le circostanze del caso sottoposto [all'esame del foro europeo]».

Questi elementi, complessivamente considerati, offrono una base per giudicare il processo dello Stato terzo più (o meno) adatto a soddisfare la domanda di giustizia di quanto non lo sia il processo nello Stato membro e, pertanto, per giudicarlo, sotto il profilo dell'effettività, conforme o meno al diritto di accesso alla giustizia.

9. *L'equo processo e l'efficacia di una decisione straniera: premessa*

Nel campo dell'efficacia delle decisioni, due temi di analisi, distinti, ma interconnessi, emergono sotto la lente dell'equo processo.

Anzitutto, tale lente serve ad accertare sia la compatibilità del processo straniero con l'ordine pubblico (procedurale) dello Stato richiesto

[103] Vedi *supra*, par. 2.

[104] Nel senso che sussiste «un profilo autonomo di responsabilità anche per lo Stato prevenuto nel quale il processo si sarebbe svolto in tempi ragionevoli», F. SALERNO, *L'ordine pubblico internazionale processuale e la tutela dei diritti fondamentali*, in P. PIRRONE (a cura di), *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, Torino, 2011, p. 121 ss., a p. 133.

[105] Vedi, peraltro, *supra*, par. 4 e nota 66.

sia l'assenza di ulteriori motivi ostativi al riconoscimento ispirati, nello stesso Stato, alla protezione di garanzie processuali fondamentali.

In secondo luogo, l'equo processo condiziona l'elaborazione e il funzionamento delle procedure dirette ad attribuire efficacia alle decisioni, rivolgendosi, dunque, alle stesse tecniche predisposte dagli atti dell'Unione.

A monte dei due temi si pone la giurisprudenza della Corte EDU secondo la quale il rifiuto di eseguire una decisione straniera costituisce un'ingerenza nel diritto all'equo processo[106]. Da questa posizione, un diritto ad avviare le procedure per ottenere l'efficacia di una decisione straniera come componente finale e determinante dell'accesso alla giustizia si va sempre più consolidando.

L'ingerenza illegittima in tale diritto vanifica, inoltre, la tutela processuale dei diritti sostanziali e, dunque, la stessa tutela di diritti fondamentali non processuali eventualmente vantati in giudizio[107].

Questa prospettiva, tuttavia, va bilanciata con quella delle garanzie processuali fondamentali del debitore o di colui che, più in generale, intende contestare gli effetti della decisione.

Il bilanciamento tra le due prospettive merita, poi, particolare attenzione con riguardo ai regimi privi di *exequatur*.

10. *L'«ordine pubblico processuale» e i motivi ostativi al riconoscimento ispirati all'equo processo*

È noto che il limite dell'ordine pubblico può ostacolare gli effetti di una decisione pronunciata in spregio alle garanzie processuali fondamen-

[106] Corte EDU 29 aprile 2008, *Mc Donald c. Francia*, ric. n. 18648/04; più in generale sull'applicazione dell'art. 6 par. 1 CEDU all'esecuzione di decisioni straniere v. 31 luglio 2012, *Sholokhov c. Armenia e Moldova*, ric. n. 40358/05, punto 66; 25 febbraio 2014, *Avotiņš c. Lettonia*, ric. n. 17502/07, punto 45. In dottrina v., tra altri, N. TROCKER, cit., p. 490 ss.; T. SCHILLING, *The Enforcement of Foreign Judgments in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, p. 546 ss., a p. 551 ss. Quanto al principio secondo cui l'esecuzione in sé di una decisione è parte integrante del «processo» ai sensi dell'art. 6 CEDU, v. Corte EDU 26 settembre 1996, *Di Pede c. Italia*, ric. n. 15797/89, punti 20-24; 19 marzo 1997, *Hornsby*, cit., punto 40; nonché, 11 gennaio 2001, *Lunari c. Italia*, ric. n. 21463/93, punto 42; *Burdov*, cit., punto 34; 6 marzo 2003, *Jasiūnienė c. Lituania*, ric. n. 41510/98, punto 27; 16 ottobre 2007, *De Trana c. Italia*, ric. n. 64215/01, punto 36 s.; 25 ottobre 2007, *Efendiyeva c. Azerbaijan*, ric. n. 31556/03, punto 55; *Regent Company*, cit., punto 59 s. (riferita a una sentenza arbitrale «parificata» a una decisione giudiziaria); 1° aprile 2010, *Vrbica c. Croazia*, ric. n. 32540/05, punto 61.

[107] Vedi *infra*, paragrafi 11 e 12.

tali[108]. È altresì noto che il rispetto di talune garanzie processuali ispira altri e autonomi motivi ostativi al riconoscimento, come, ad esempio, il rifiuto di riconoscere una decisione contumaciale pronunciata in violazione dei diritti della difesa[109].

Una lettura trasversale tanto dell'ordine pubblico procedurale quanto di tali autonomi e distinti motivi ostativi al riconoscimento può farsi, tuttavia, nel prisma dell'equo processo.

Spicca, in particolare, il controllo sul rispetto dei diritti della difesa e, più in generale, del principio del contraddittorio[110], ai quali costantemente è ispirata la prassi della convenzione giudiziaria di Bruxelles del 1968 e del regolamento n. 44/2001[111]: ispirazione, questa, che (ovviamente) caratterizza anche il regolamento n. 1215/2012, ai sensi dell'art. 45 lett. *a*), e i regolamenti che impostano l'efficacia delle decisioni sul modello precedente o attuale del sistema «Bruxelles I»[112].

Il contenuto del principio di contraddittorio esula da un approfondimento in questa sede. Cionondimeno, giova ricordare, sulla scia della giurisprudenza della Corte EDU, che lo Stato è tenuto a garantire la pari-

[108] N. BOSCHIERO, *L'ordine pubblico processuale comunitario ed "europeo"*, in P. DE CESARI, M. FRIGESSI DI RATTALMA (a cura di), *La tutela transnazionale del credito*, Torino, 2007, p. 163 ss., in specie p. 167 ss.; C. TUO, *La nozione di ordine pubblico processuale tra Bruxelles I e CEDU*, in *Dir. Unione eur.*, 2010, p. 923 ss.; O. LOPES PEGNA, *L'incidenza dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo rispetto all'esecuzione di decisioni straniere*, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 33 ss.; F. SALERNO, *L'ordine pubblico internazionale processuale*, *passim*; O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, pp. 138 ss. e 376 ss.; T. SCHILLING, cit.; L. SINOPOLI, *Circulation des décisions de justice et procès équitable : les hésitations de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Dir. umani dir. int.*, 2015, p. 5 ss.

[109] Vedi *infra*, nel testo.

[110] Vi è continuità a difesa del principio del contradditorio in fase di *exequatur* tra matrice costituzionale, europea e internazionale dell'equo processo: cfr. F. SALERNO, *Principio del contraddittorio e riconoscimento di sentenze straniere*, in *Riv. dir. int.*, 1979, p. 84 ss.; ID., *L'ordine pubblico internazionale processuale*, cit., p. 124 ss.; G. BIAGIONI, *Principi costituzionali in materia di efficacia delle decisioni straniere*, in L. DANIELE (a cura di), *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, p. 496 ss.

[111] Vedi F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia*, cit., p. 348.

[112] Il regime di efficacia del regolamento n. 44/2001 ispira quello del regolamento n. 650/2012 e del regolamento n. 4/2009 con riguardo a Stati membri non contraenti del Protocollo dell'Aja del 23 novembre 2007 sulla legge regolatrice delle obbligazioni alimentari. Il regolamento n. 1346/2000 rinvia espressamente al regolamento n. 44/2001 a proposito dell'efficacia esecutiva, mentre il succedaneo regolamento n. 2015/848 rinvia, nello stesso àmbito, al regolamento n. 1215/2012; in realtà questa passerella vale già nel vigore del regolamento n. 1346/2000 per effetto dell'art. 80 del regolamento n. 1215/2012. Quanto al regolamento n. 2201/2003, l'ispirazione al regolamento n. 44/2001 caratterizza *mutatis mutandis* l'efficacia delle decisioni di divorzio e separazione, nonché quelle riguardanti la responsabilità genitoriale.

tà delle armi all'interno del processo in ossequio a un obbligo che, fatto salvo un certo margine di apprezzamento da parte dello Stato, copre la procedura in sé e gli strumenti processuali messi a disposizione delle parti nell'ordinamento interno. Specularmente, l'individuo beneficia del diritto di contraddire le argomentazioni davanti al giudice, di contraddire le posizioni del giudice stesso e di impugnare la decisione anche in caso di contumacia[113].

Poiché gli Stati membri condividono un simile modello processuale virtuoso – nel solco tracciato sia dalla Corte di giustizia (nel campo che ci occupa) sia dalla Corte EDU (con generico riferimento al nucleo essenziale dei diritti individuali) –, l'eccezione dell'ordine pubblico opera tra essi in modo restrittivo.

Oltre che dalla condivisione di un modello processuale virtuoso, l'applicazione restrittiva è giustificata anche dal fatto che la circolazione delle decisioni ha luogo – per quel che qui interessa – in uno spazio giudiziario integrato e amalgamato dal principio della mutua fiducia tra organi giudiziari.

In ogni caso, le sole decisioni prive di criticità sotto la luce dell'equo processo sono quelle che promanano da processi svolti nel rispetto dei diritti della difesa, ovvero, più in generale, nel rispetto di un bilanciamento tra tali diritti e il diritto di azione.

La Corte di giustizia è chiara sul punto. Anzitutto, la Corte dà atto nella sentenza *Krombach* che «il ricorso alla clausola dell'ordine pubblico deve essere considerato possibile nei casi eccezionali in cui le garanzie previste dall'ordinamento dello Stato d'origine [...] non sono bastate a proteggere il convenuto da una violazione manifesta del suo diritto a difendersi dinanzi al giudice d'origine, come sancito dalla CEDU»[114].

Nella successiva sentenza *Gambazzi*, essa, pur riconoscendo che i diritti di difesa sono suscettibili di compressione per ragioni di interesse generale, tra i quali spicca quello di evitare forme di diniego di giustizia[115], afferma che tali compressioni devono essere proporzionate rispet-

[113] Corte giust., *Trade Agency*, cit., punto 53 ss.

[114] Corte giust., *Dieter Krombach*, cit., punto 44. La compressione dei diritti di difesa nel caso *Krombach* fu portata anche dinanzi alla Corte EDU, la quale condannò lo Stato francese (cfr. 13 febbraio 2001, *Krombach c. Francia*, ric. n. 29731/96). Giova ricordare che la compressione del diritto derivava non tanto dalla contumacia dell'imputato tedesco nel processo penale francese quanto dal fatto che la legge francese impediva all'avvocato difensore di costituirsi in sua vece. Anche la condanna al pagamento dei danni a favore della parte civile fu resa in contumacia: richiestane l'esecuzione in Germania, se ne eccepì l'incompatibilità con l'ordine pubblico ai sensi della Convenzione di Bruxelles del 1968.

[115] Corte giust. 2 aprile 2009, causa C-394/07, *Gambazzi*, punti 31-33; *Hypoteční banka a.s.*, cit., punto 51.

to allo scopo perseguito affinché ne sia evitata una «violazione manifesta e smisurata» che intacchi il nucleo minimo essenziale del principio del contraddittorio[116].

A questo riguardo, la circolazione delle condanne contumaciali nel regime «Bruxelles I» pone peculiari problemi[117]. La protezione dei diritti della difesa e del principio del contraddittorio dipende dalla circostanza che l'atto introduttivo del processo (o provvedimento equivalente) sia stato trasmesso al convenuto in tempi e modi tali da consentirgli di preparare e presentare le proprie difese. Il difetto di simili garanzie costituisce un vizio del processo che può impedire il riconoscimento della successiva decisione – secondo una disposizione autonoma e indipendente dal limite dell'ordine pubblico –, eccetto qualora il convenuto, pur avendone la possibilità, abbia deciso di non impugnare la decisione dinanzi al foro d'origine in base allo stesso vizio (art. 45 par. 1 lett. *b*) del regolamento n. 1215/2012)[118].

Emerge, dunque, un bilanciamento tra protezione del diritto di azione e protezione del diritto di difesa al cospetto dei giudizi contumaciali[119]. Le parole della Corte di giustizia sono indicative al riguardo: «contrariamente alla situazione del convenuto che, qualora sia stato privato

[116] *Gambazzi*, cit., punti 29 e 33; *Hypoteční banka a.s.*, cit., punti 48-50; con riferimento all'art. 26 del regolamento n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza v. *Eurofood*, cit., punto 67. Nel senso che ogni restrizione dei diritti fondamentali imposta a tutela di obiettivi di interesse generale non può essere smisurata v. anche 15 giugno 2006, causa C-28/05, *Dokter* (e altri), punto 75; 18 marzo 2010, cause riunite da C-317/08 a C-320/08, *Alassini* (e altri), punto 63.

[117] Sul punto v. A. CAFAGNA, *L'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la circolazione delle decisioni: il giudizio civile contumaciale*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, cit., p. 17 ss.; nonché O. FERACI, *La tutela 'indiretta' dell'art. 6, par. 1, CEDU in tema di processo contumaciale civile con riguardo all'efficacia di decisioni straniere rese da giudici di Stati membri dell'Unione europea*, in *Dir. umani dir. int.*, 2015, p. 188 ss.

[118] Si tratta di tecniche di difesa compatibili con l'art. 6 CEDU anche in considerazione della mutua fiducia cui sono tenute le istituzioni giudiziarie degli Stati membri: cfr. *Avotiņš*, cit., punto 49 ss. Per considerazioni critiche su questa pronuncia v. L. SINOPOLI, op. cit. In generale, può dirsi acquisito sullo sfondo della mutua fiducia un principio secondo cui, se l'ordinamento dello Stato membro d'origine contempla mezzi (accessibili) per rimediare alle violazioni di garanzie procedurali fondamentali, la parte che non se ne avvale non potrebbe successivamente lamentare dette violazioni nello Stato membro richiesto attraverso la valvola dell'ordine pubblico: v., di recente, Corte giust. 16 luglio 2015, causa C-681/13, Diageo Brands, punto 64; nonché le conclusioni dell'Avvocato generale Kokott, presentate il 25 febbraio 2016, causa C-559/14, Meroni, punto 49.

[119] Mette conto segnalare che, nell'àmbito del sistema «Bruxelles I», per giudizio «contumaciale» va inteso anche quello reso nei riguardi di un convenuto, domiciliato fuori dallo Stato del foro, la cui comparizione in giudizio sia avvenuta tramite un rappresentante o un «tutore» privo di mandato: cfr. Corte giust., *A.*, cit., punto 53 ss., di seguito alla precisazione che tale «comparizione» non dà luogo a proroga tacita di giurisdizione.

della possibilità di difendersi efficacemente, avrà la possibilità di far rispettare i diritti della difesa opponendosi, in forza dell'articolo 34, punto 2, del regolamento n. 44/2001, al riconoscimento della decisione pronunciata nei suoi confronti, l'attore rischia di essere privato di qualunque possibilità di ricorso»[120].

L'accertamento del «difetto di conoscenza» del processo è compiuto in base a un parametro di effettività, di natura fattuale[121], non necessariamente agganciato al rispetto dei mezzi formali di notifica e comunicazione degli atti giudiziari[122].

D'altro canto, il difetto di conoscenza del processo può non incidere – o incidere in misura ridotta – sulla successiva circolazione della sentenza se il foro investito della controversia adotta con diligenza tutti i mezzi processuali a sua disposizione per rendere nota l'esistenza del processo al convenuto del quale ignora il domicilio[123].

La mancata conoscenza dei contenuti di una decisione e la decisione priva di motivazione (oppure quella fondata sulla mera contumacia del convenuto) possono, a loro volta, presentare attriti con l'equo processo a causa della restrizione che deriva al soccombente nella possibilità di impugnare la decisione.

[120] Corte giust., *G*, cit., punto 57 e già *Hypoteční banka a.s.*, cit., punto 54.

[121] Vedi Corte giust. 16 giugno 1981, causa 166/80, *Klomps*, punti 15 e 19 s.

[122] Corte giust. 28 aprile 2009, causa C-420/07, *Apostolides*, punto 75. Vedi già 11 giugno 1985, causa 49/84, *Debaecker e Plouvier*, punto 12. Nel senso che l'art. 6 CEDU non impone una specifica forma di notifica (mirando, dunque, alla sola tutela concreta del diritto) v. Corte EDU, *Avotiņš*, cit., punto 48. Né la circostanza che l'avvenuta notificazione sia certificata nell'attestato che accompagna la decisione è sufficiente a impedire un controllo sul rispetto dei diritti di difesa del convenuto contumace (il controllo va svolto secondo una valutazione «autonoma degli elementi di prova» dai quali desumere che il convenuto effettivamente ha ricevuto la domanda giudiziale in modo tale da poter presentare le proprie difese): Corte giust., *Trade Agency*, cit., punto 38 ss.; Cass. 24 febbraio 2014 n. 4392, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 988 ss., p. 1004 (sia pur con riferimento *ratione materiae* e *temporis* agli accertamenti compiuti nel giudizio di opposizione all'*exequatur* previsto dalla Convenzione di Lugano del 16 settembre 1988).

[123] Corte giust., *Hypoteční banka a.s.*, cit., punto 51 ss.; *G*, cit., punti 55-58, nell'ultima delle quali la Corte richiama la giurisprudenza della Corte EDU (10 aprile 2003, *Nunes Dias c. Portogallo*, ric. n. 69829/01 e 2672/03) per sostenere che gli strumenti di notifica nazionali, come la citazione mediante affissione, sono compatibili con l'art. 6 CEDU purché «i diritti degli interessati siano debitamente tutelati». Va ricordato, poi, che l'art. 28 par. 2 del regolamento n. 1215/2012 impone di sospendere il processo finché non sia accertato che al convenuto è stata data la possibilità di conoscere l'avvio del procedimento in tempo utile per presentare le proprie difese ovvero che ogni misura è stata adottata a tal fine. La disposizione (cui fa eco, in tema di notifiche, l'art. 19 del regolamento n. 1393/2007) crea, insieme al motivo di rifiuto del riconoscimento ora in parola, il «duplice controllo» sul rispetto dei diritti del convenuto contumace di cui parla Corte giust. 14 dicembre 2006, causa C-283/05, *ASML*, punto 29 ss. Vedi anche *infra*, par. 14.

Se a proposito della decisione «ignota» può condursi un ragionamento affine alla mancata conoscenza dell'avvio del procedimento d'origine (ovviamente allorché la decisione sia contumaciale)[124], quanto alla decisione priva di motivazione, ammesso che «il rispetto del diritto a un equo processo impone che qualsivoglia decisione giudiziaria sia motivata», l'eventuale difetto solleva reali criticità quando, da una valutazione globale del procedimento, risulta che il convenuto ha subito una lesione manifesta del suo diritto «di comprendere le ragioni per le quali è stato condannato e di proporre ricorso contro tale decisione in maniera utile ed effettiva»[125]. Pertanto, solo al verificarsi di simili condizioni il difetto di motivazione stride con l'ordine pubblico processuale tanto da precludere l'efficacia della decisione[126].

La garanzia del contraddittorio spiega anche la tensione tra equo processo e circolazione di provvedimenti cautelari emessi ed eseguiti *ex parte* secondo il diritto internazionale.

Il difetto di contraddittorio e, ancor prima, della conoscenza dell'avvio dell'azione giudiziaria, nonché l'esecuzione conseguibile senza la previa comunicazione al debitore rendono, infatti, tali provvedimenti presuntivamente incompatibili con i diritti della difesa e, pertanto, inidonei a circolare nello spazio giudiziario europeo[127]. Ciò che porta la Corte di giustizia ad affermare, di converso, in relazione al sistema «Bruxelles I», che il sistema di circolazione è «molto liberale ... a motivo delle garanzie assicurate al convenuto nel procedimento di origine»[128].

[124] Corte giust., *ASML*, cit., punto 36 ss., in specie 43 ss.

[125] Corte giust., *Trade Agency*, cit., punto 53; 23 ottobre 2014, causa C-302/13, *flyLAL-Lithuanian Airlines AS*, punto 51. In giurisprudenza italiana v., tra le altre, Cass. 24 febbraio 2014 n. 4392, cit., p. 1006; App. Bologna 13 maggio 2014, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2015, p. 395 ss.

[126] F. SALERNO, *L'ordine pubblico internazionale processuale*, cit., p. 144 ss.

[127] Cfr. Corte giust. 21 maggio 1980, causa 125/79, *Denilauler*, a proposito di un sequestro di conti bancari tedeschi disposto da un giudice francese. Vedi pure 13 luglio 1995, causa C-474/93, *Hengst Import BV*, punto 14; 14 ottobre 2004, causa C-39/02, *Mærsk Olie & Gas*, punto 50. Di altro genere, ma pur sempre attinente al principio del contraddittorio, è la questione se una sentenza o un provvedimento cautelare è compatibile con l'equo processo quando, in fase di esecuzione all'estero, incide sul diritto di proprietà di parti estranee al processo d'origine: sul punto – agganciato all'art. 47 della Carta –, la Corte di giustizia dovrebbe pronunciarsi a seguito di un rinvio pregiudiziale dell'Augstākā tiesa lettone presentato il 5 dicembre 2014 (causa C-559/14, *Meroni*), ma, stando alle conclusioni dell'Avvocato generale Kokott, 25 febbraio 2016, cit., il provvedimento oggetto del rinvio (una *freezing injunction*) non poneva simili problemi nel caso di specie.

[128] *Denilauler*, cit., punto 13. Il regolamento n. 1215/2012 non muta lo scenario. A proposito di provvedimenti cautelari resi dal foro competente per il merito, è stata abbandonata, infatti, l'idea della originaria proposta di revisione del regolamento n. 44/2001 di aprire il regime di circolazione anche ai provvedimenti emessi ed eseguiti *ex*

Si vedrà, in seguito, che è stato possibile introdurre l'OESC *ex parte* nel DPCUE grazie alla contestuale predisposizione di garanzie per la difesa[129].

11. *Equo processo e a) eliminazione dell'*exequatur

È da chiedersi se l'abbandono sempre più crescente dell'*exequatur* nel DPCIE solleva criticità sotto il profilo dell'equo processo[130].

La reciproca fiducia tra i giudici degli Stati membri, la previsione di regole uniformi (o quasi uniformi) sulla giurisdizione e sul diritto applicabile e, per quel che qui rileva, la condivisione e il rispetto di garanzie processuali fondamentali, hanno favorito l'eliminazione dell'*exequatur* come tappa finale di un processo di semplificazione delle formalità anteposte al riconoscimento e all'esecuzione di una decisione[131].

parte (cfr. art. 42 par. 2 lett. *b*), ii, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters* (COM(2010) 748 final) del 14 dicembre 2010). Analoghe restrizioni alla circolazione toccano ai provvedimenti provvisori previsti dall'art. 20 del regolamento n. 2201/2003, quando se ne valuti la compatibilità con l'equo processo. V., con toni affatto generali, Corte giust. 15 luglio 2010, causa C-256/09, *Purrucker*, punto 95: «anche se le concrete modalità del diritto del convenuto ad essere sentito possono variare in funzione dell'eventuale urgenza della decisione, ogni restrizione all'esercizio di tale diritto deve essere adeguatamente giustificata e corredata di garanzie procedurali che assicurino ai soggetti interessati da una tale procedura l'effettiva possibilità di contestare i provvedimenti adottati in via di urgenza».

[129] Vedi *infra*, par. 13.

[130] V. F. MARCHADIER, *La suppression de l'exequatur affaiblit-elle la protection des droits fondamentaux dans l'espace judiciaire européen ?*, in *Journal eur. droits de l'homme*, 2013, p. 374 ss., nonché X.E. KRAMER, *Abolition of Exequatur under the Brussels I Regulation: Effecting and Protecting Rights in the European Judicial Area*, in *Nederlands internationaal privaatrecht*, 2011, p. 633 ss.; P. BEAUMONT, E. JOHNSTON, *Can* Exequatur *be Abolished in Brussels I Whilst Retaining a Public Policy Defence*, in *Journ Priv. Int. Law*, 2012, p. 249 ss.; M. DE CRISTOFARO, *The Abolition of* Exequatur *Proceedings: Speeding Up the Free Movement of Judgments While Preserving the Rights of the Defense*, in *Recasting Brussels I*, cit., 353 ss. Giova ricordare che, all'interno del DPCIE, l'*exequatur* non compare nel regolamento n. 4/2009 con riguardo alle decisioni provenienti da Stati membri vincolati al Protocollo dell'Aja del 23 novembre 2007 sulla legge regolatrice delle obbligazioni alimentari (sebbene la disciplina evochi in questo caso un modello di DPCUE), nel regolamento n. 2201/2003 a proposito dell'esecuzione di decisioni concernenti il diritto di visita o il ritorno del minore e nel regolamento n. 1215/2012 in generale (nonché, per effetto di un rinvio a quest'ultimo, nei regolamenti n. 1346/2000 e n. 2015/848 sulle procedure di insolvenza). Quanto ai regolamenti di DPCUE v. *infra*, par. 13.

[131] Sul nesso tra rispetto dei diritti della difesa e semplificazione nella circolazione delle decisioni v. ancora, a proposito del sistema «Bruxelles I» Corte giust., *Denilauer*, cit., punto 13 (con particolare riguardo alla formazione della decisione nel procedimento

Gli stessi fattori – unitariamente considerati – circoscrivono l'eliminazione dell'*exequatur* alle decisioni provenienti da Stati membri[132]. Il contesto attuale è per molti versi – e in molti campi – quello di «mutua efficacia», che costituisce una versione avanzata e compiuta del mutuo riconoscimento delle sentenze.

Ora, l'eliminazione dei controlli intermedi reca indubbi benefici sia al diritto di eseguire una sentenza oltre i confini dello Stato d'origine sia, indirettamente, ai diritti fatti valere in giudizio. Pertanto, sotto questi profili, essa appare strumentale alla realizzazione di valori dell'equo processo.

Senonché, la semplificazione, prima, e l'eliminazione, successivamente, di detti controlli non potrebbero incrinare le garanzie processuali fondamentali se non immaginando che il legislatore dell'Unione abbia eliminato l'*exequatur* come espressione di disinteresse nei confronti dell'equo processo. Ma ciò è inconcepibile alla luce di quanto riferito sul rapporto tra equo processo e legittimità/interpretazione degli atti dell'Unione[133].

Al riguardo, può invece constatarsi non la riduzione di simili controlli, ma il loro assorbimento in una procedura concettualmente diversa da quella «classica» destinata ad aprire i confini dello Stato agli effetti di una decisione straniera (o, specularmente, a estendere gli effetti di una decisione fuori dai confini dello Stato d'origine).

Dove l'*exequatur* è venuto meno, l'efficacia (anche esecutiva) di una decisione è difatti in automatica simbiosi (oltre che in rapporto di continuità) tra Stato d'origine e Stato richiesto[134]. Inoltre, l'efficacia ha

d'origine); *ASML*, cit., punto 23 ss. (per considerazioni sul rispetto dei diritti della difesa sia nel procedimento d'origine che nel procedimento avente ad oggetto la dichiarazione di esecutività).

[132] Di contro, il difetto generico di regole comuni sulla giurisdizione e sul diritto applicabile spiega perché non è possibile eliminare l'*exequatur* in spazi integrati solo sul terreno della tutela dei diritti umani, quale è lo spazio composto da tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa.

[133] Vedi *supra*, par. 2.

[134] La simbiosi di cui si parla è specchio del *trattamento nazionale* che lo Stato richiesto deve assicurare alla decisione straniera (cfr. 26° considerando, secondo il quale la decisione va «trattata come se fosse stata pronunciata nello Stato membro [richiesto]» e, in punto di esecuzione, l'art. 41 par. 1, seconda frase, afferma che «le decisioni […] sono eseguite alle stesse condizioni delle decisioni emesse nello Stato membro richiesto») Tale simbiosi non sembra venire meno se il provvedimento straniero è «ignoto». L'art. 54 impone, infatti, di «adattare», «nella misura del possibile», il provvedimento contenuto nella decisione straniera a un provvedimento che, secondo l'ordinamento dello Stato richiesto, abbia «efficacia equivalente» e «persegua obiettivi e interessi analoghi». Sulla funzione di questa disposizione v. F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia*, cit., p. 405 ss.;

una portata potenzialmente ampia quanto tutto lo spazio integrato dai regimi privi di *exequatur*.

In questo quadro, il controllo sul rispetto dell'equo processo può giustificare – per il tramite del limite dell'ordine pubblico o di altri motivi ostativi al riconoscimento – un'iniziativa giudiziaria di contrasto all'efficacia: un'iniziativa rispetto alla quale il titolare vanta un diritto al «tribunale» non diverso da altre iniziative giudiziarie.

Così, focalizzando l'attenzione sul regolamento n. 1215/2012, chi vuole negare efficacia alla sentenza a causa delle infrazioni dell'equo processo è titolare di un diritto di agire *contro* la decisione attraverso il «diniego» del riconoscimento o il diniego dell'esecuzione.

La previsione del diniego si pone, dunque, nel solco del «sistema di ricorsi» avverso l'esecuzione della sentenza che – nelle parole della Corte di giustizia – crea il «giusto equilibrio tra, da un lato, la reciproca fiducia nella giustizia in seno all'Unione, che giustifica che le decisioni pronunciate in uno Stato membro siano, in linea di principio, riconosciute e dichiarate esecutive di pieno diritto in un altro Stato membro e, dall'altro, il rispetto dei diritti della difesa, che esige che il convenuto possa eventualmente proporre ricorso secondo i principî del contraddittorio avverso la dichiarazione di esecutività, ove ritenga che sussista uno dei motivi di non esecuzione»[135].

Di certo, non va taciuto che l'abbandono dell'*exequatur* solleva poche criticità sul terreno dell'equo processo perché – come ormai chiaro – lo Stato membro d'origine e lo Stato membro richiesto condividono, sia pur presuntivamente, un modello processuale virtuoso.

Fatto sta che, se si ammette l'esistenza di un *nucleo minimo* di equo processo condiviso tra gli Stati membri, si deve anche ammettere, sul piano logico, che la sua violazione giustifica un «diniego» proponibile in tutto lo spazio giudiziario europeo.

Infine, un potenziale bilanciamento tra semplificazione dell'efficacia delle decisioni e protezione delle garanzie processuali fondamentali pare discendere dall'uso dei moduli standard e delle certificazioni. La compilazione delle «caselle» dedicate al rispetto dei diritti della difesa (per limitarci solo a questo esempio) conferisce alla decisione, in un terreno di fiducia reciproca tra giudici, una presunzione di compatibilità

nonché A. LEANDRO, *Prime osservazioni sul regolamento (UE) n. 1215/2012 («Bruxelles» I* bis*)*, in *Il giusto proc. civ.*, 2013, p. 583 ss., a p. 614 ss.

[135] Corte giust., *Apostolides*, cit., punto 73; nonché *Trade Agency*, cit., punto 43.

con l'equo processo: presunzione, questa, ovviamente suscettibile di essere superata attraverso la via del «diniego»[136].

12. Segue*: b) procedimenti aventi ad «oggetto» le decisioni straniere*

Tocca appurare se le procedure aventi ad oggetto l'efficacia di una decisione, in particolare le procedure aventi ad oggetto il diniego del riconoscimento o dell'esecuzione in sistemi privi di *exequatur*, sono in sé compatibili con l'equo processo[137].

Resta viva, infatti, la preoccupazione della Corte di giustizia che la semplificazione delle formalità richieste per dare efficacia a una decisione straniera non equivalga a un indebolimento dei diritti della difesa, fisiologicamente riconosciuti alla parte che intende opporsi a detta efficacia[138]: preoccupazione, questa, che *mutatis mutandis* compare nel 29°

[136] Con riferimento all'attestato di cui all'art. 54 del regolamento n. 44/2001 (art. 53 del regolamento n. 1215/2012), già si è visto che, qualora sia contestata la regolarità della notifica della domanda giudiziale, il giudice dello Stato richiesto deve accertare, su istanza di parte, che il convenuto abbia effettivamente ricevuto la domanda in modo tale da poter presentare le proprie difese: solo così l'«obiettivo consistente nel garantire il rispetto dei diritti della difesa» è conseguibile (Corte giust., *Trade Agency*, cit., punto 45). Meno garantista sotto il profilo che ci occupa appare il regolamento n. 2201/2003 dove sancisce il divieto di impugnare nello Stato richiesto il rilascio del certificato che attesta, tra l'altro, il rispetto del contraddittorio e dei diritti della difesa nei procedimenti che conducono a decisioni sul diritto di visita (art. 41 par. 1) o sul ritorno del minore (42 par. 2) ai fini della successiva circolazione senza *exequatur*. L'art. 43 par. 2, reca quel divieto senza eccezioni. Lo strumento della rettifica previsto dall'art. 43 par. 1 – nonostante un rinvio generico al diritto nazionale dello Stato d'origine – non è applicabile a vizi processuali di così ampia portata, essendo limitato a casi di errore materiale (cfr. 24° considerando). Stando al pensiero della Corte di giustizia, il divieto di impugnazione è limitato, tuttavia, al solo ordinamento dello Stato richiesto. Il riferimento è al caso *Povse* – deferito anche alla Corte EDU – nel quale (detto qui in sintesi) affiorò un presunto conflitto tra obblighi CEDU – sotto il profilo dell'interesse superiore del minore – e l'obbligo di dare esecuzione a un ordine di ritorno anche qualora le circostanze poste a sua base siano mutate dopo l'emanazione: cfr. Corte giust. 1° luglio 2010, causa C-211/10 PPU, *Doris Povse* e Corte EDU 18 giugno 2013, *Povse c. Austria*, ric. n. 3890/11. Dalle pronunce, complessivamente considerate, risulta che il «conflitto» non sussiste perché l'interesse del minore è garantito dalla possibilità di impugnare la decisione (o chiederne la sospensione) nello Stato d'origine là dove, secondo il regolamento, non potrebbe esserlo nello Stato richiesto. Pertanto, ritornando al nostro tema, la violazione dell'equo processo dovrebbe poter giustificare l'impugnazione del provvedimento dinanzi ai giudici dello Stato d'origine.

[137] Sulla applicabilità della CEDU ai procedimenti di *exequatur* v. ancora Corte EDU, *Pellegrini*, cit., punto 40; nonché 27 maggio 2010, *Hohenzollern (di Romania) c. Romania*, ric. n. 18811/02, punto 35;

[138] Corte giust., *Debaecker e Plouvier*, cit., punto 10 e, tra la varie al seguito, 13 ottobre 2005, causa C-522/03, *Scania*, punto 15.

considerando del regolamento n. 1215/2012, ai cui termini l'esecuzione diretta di una decisione straniera «non dovrebbe compromettere il rispetto dei diritti della difesa».

Non pare, tuttavia, che lo sviluppo progressivo del DPCIE in questo campo presenti attriti con l'equo processo.

In generale, la configurazione dell'iniziativa di parte come diritto di agire per il «diniego» del riconoscimento/esecuzione ovvero per contestare gli effetti della dichiarazione di esecutività, nonché il nucleo essenziale della difesa e l'eventualità che si crei un contraddittorio avente ad oggetto i motivi ostativi di riconoscimento sono tutti elementi che permangono, sia pure con vesti più flessibili e semplificate[139].

Il fatto che la sede processuale interessata sia quella nazionale non incide al riguardo. Anzi, poiché essa è delineata da regole processuali di uno Stato membro (contraente della CEDU), il diritto nazionale dovrebbe assicurare ulteriormente che gli accertamenti colà svolti siano conformi all'equo processo.

In particolare, pare scevra da criticità l'opzione offerta dal regolamento n. 1215/2012 di veicolare il diniego dell'esecuzione nel processo esecutivo interno affinché l'interessato possa opporre, in una stessa sede, i motivi ostativi previsti dal regolamento insieme con quelli di opposizione all'esecuzione e agli atti esecutivi previsti dal diritto nazionale dello Stato richiesto.

Ancora una volta: si tratterebbe di controversie assorbite nel processo esecutivo di uno Stato membro contraente della CEDU che, come tali, dovrebbero essere gestite in conformità a un modello virtuoso imposto dalla CEDU a qualunque processo svolto in quello Stato.

Peraltro, il regolamento n. 1215/2012, sullo sfondo del principio del contraddittorio, obbliga l'autorità giurisdizionale a statuire «senza indugio» sulla domanda di diniego (art. 48) affinché, in applicazione del regolamento e dei modelli nazionali che ne danno attuazione (ex art. 47

[139] Invero, il regolamento n. 1215/2012 non impone espressamente il rispetto del principio del contraddittorio (diversamente dall'art. 43 par. 3 – e dal 18° considerando – del regolamento n. 44/2001 a proposito dell'esame del ricorso presentato contro la decisione sull'istanza volta a ottenere la dichiarazione di esecutività). Vedi, peraltro, Corte giust., *ASML*, cit., punto 25. Senonché, il rispetto di quel principio può dirsi implicito, oltre che nel riferimento alla Carta (e, dunque, ai valori dell'equo processo) contenuto nel 38° considerando, anche in talune prescrizioni che presuppongono un contraddittorio tra le «parti»: *a*) l'istanza va presentata con «domanda» piuttosto che con «ricorso» (art. 45 par. 4 e 47); *b*) il giudice può chiedere «all'altra parte» di fornire copia della decisione e, ove necessario, una traduzione della stessa (art. 47 par. 3 2° comma); *c*) la decisione è impugnabile da «ciascuna parte» (art. 49). A ciò si aggiunga un *caveat* di decidere «senza indugio» (art. 48) che si attaglia meglio a un procedimento fondato sul contraddittorio che a procedimenti *inaudita altera parte* (spediti *in re ipsa*).

par. 2), il diritto di eseguire una decisione non sia eccessivamente compromesso dal diritto di opporsi all'esecuzione e un bilanciamento tra valori dell'equo processo sia conseguito nel prisma dell'obbligo più generale della durata ragionevole dei processi.

Emerge, in definitiva, un doppio livello di protezione delle garanzie processuali fondamentali risultante, *in primis*, dal modello generico stabilito dal regolamento e, in secondo luogo, dal modello processuale previsto dal diritto interno: modelli, questi, necessariamente (sia pur presuntivamente) ispirati a quello virtuoso dell'equo processo.

13. *Le procedure europee uniformi al vaglio dell'equo processo*

L'impronta dell'equo processo nelle procedure di DPCUE dipende anzitutto dalla circostanza che esse sono istituite da atti dell'Unione[140].

Come è noto, siffatte procedure rimuovono, perlopiù nel campo della tutela del credito, gli ostacoli che le specificità di procedure nazionali ad esse equivalenti possono frapporre all'accesso alla giustizia in controversie transfrontaliere[141].

Le procedure di DPCUE accelerano e semplificano la tutela processuale fino all'epilogo più importante costituito dalla previsione di un'esecutività uniforme della decisione, alla quale naturalmente segue la previsione di un'esecuzione transfrontaliera priva di *exequatur*[142].

In questo quadro, i diritti di difesa del debitore potrebbero essere eccessivamente compromessi dall'esigenza di consegnare la pretesa attorea a procedure semplici e accelerate.

Per fugare un simile pericolo, i regolamenti di DPCUE recano norme *minime* a garanzia della difesa, sulle quali la struttura del procedimento poggia e alle quali corrisponde un diritto al *riesame* dei procedimenti e delle decisioni che se ne distanzino[143].

[140] Cfr. 9° considerando del regolamento n. 861/2007; vedi pure il 44° considerando del regolamento n. 655/2014.

[141] Cfr. 8° considerando del regolamento n. 1896/2006.

[142] Cfr. articoli 5 del regolamento n. 805/2004, 19 del regolamento n. 1896/2006, 20 par. 1 del regolamento n. 861 e 22 del regolamento n. 655/2014. Come anticipato, anche il regolamento n. 4/2009, per la parte riguardante l'efficacia di decisioni provenienti da Stati membri vincolati al Protocollo dell'Aja del 2007, va incluso nel perimetro del DPCUE (cfr. art. 17).

[143] Cfr. art. 19 del regolamento n. 805/2004, art. 18 del regolamento n. 861/2007, art. 20 del regolamento n. 1896/2006 e Capo IV del regolamento n. 655/2014. Indicativa al riguardo è l'affermazione della Corte di giustizia secondo cui «la soppressione di qualsiasi controllo nello Stato membro dell'esecuzione è intrinsecamente legata e subordinata all'esistenza di garanzie sufficienti del rispetto dei diritti della difesa» (Corte giust., *G*,

Si tratta, in particolare, di un ventaglio di rimedi – concepiti dagli stessi regolamenti in via uniforme oppure attraverso un rinvio alla legge dello Stato in cui la procedura è incardinata o la decisione è eseguita[144] – che il debitore può esperire, a seconda dei casi, nello Stato d'origine o nello Stato richiesto avverso la decisione o l'esecuzione.

I rimedi servono, in altre parole, a reagire contro una violazione dell'equo processo, al quale la procedura avrebbe invece dovuto conformarsi stando alla struttura attribuitale dalle norme *minime* a garanzia della difesa.

Le procedure uniformi europee mirano, pertanto, in varia guisa e con tecniche differenti, a migliorare l'accesso alla giustizia nel segno di un equilibrio con i diritti della difesa. Ciò spiega, ad esempio, perché il regolamento n. 861/2007, che si propone di promuovere i diritti fondamentali, afferma che l'«organo giurisdizionale» chiamato a gestire la procedura uniforme «rispetta il diritto ad un giusto processo e il principio del contraddittorio» (9° considerando).

Poiché i rimedi in parola assorbono il controllo sul rispetto delle garanzie processuali fondamentali, lo spazio dell'ordine pubblico procedurale come limite alla circolazione della decisione è azzerato: l'introduzione di regole uniformi, condivise in uno sfondo nel quale la fiducia tra le istituzioni giudiziarie è reciproca, nonché riposta su un modello di procedura dichiaratamente conforme all'equo processo e, pertanto, espressiva di un reale «consenso europeo» sul modello medesimo[145], ne giustifica l'assenza.

Con la lente del bilanciamento tra accesso alla giustizia e diritti della difesa si coglie, ad esempio, la ragione per cui l'OESC – istituita dal regolamento n. 655/2014 per facilitare il recupero transfrontaliero dei crediti in materia civile e commerciale[146] – potrà circolare anche a fini ese-

cit., punto 65, a proposito della certificazione di una decisione contumaciale come titolo esecutivo europeo; nonché 17 dicembre 2015, causa C-300/14, *Imtech Marine Belgium*, punto 29, dove si precisa che la decisione giudiziaria non potrà essere certificata come titolo esecutivo europeo se il diritto interno è privo di una procedura di riesame ai sensi dell'art. 19).

[144] Va da sé che le stesse vie di rimedio devono rispettare l'equo processo a prescindere dal fatto che esse siano state introdotte in attuazione del DPCUE o siano ricavate da procedure già esistenti nell'ordinamento interno per altri fini: Corte di giustizia, *Imtech Marine Belgium*, cit., punti 36-37.

[145] L'espressione «consenso europeo» è utilizzata dalla Corte EDU per enfatizzare la convergenza degli ordinamenti nazionali su taluni valori: 18 marzo 2011, *Lautsi e altri c. Italia*, ric. n. 30814/06, punto 70.

[146] Esso offre al creditore la possibilità di ottenere e far eseguire un provvedimento di natura squisitamente conservativa, consistente nel sequestro, fino all'ammontare del credito, dei conti bancari di cui sia titolare il debitore o un terzo per conto di

cutivi fuori dallo Stato d'origine nonostante sia un provvedimento *ex parte*: il regolamento n. 655/2014, da un lato, disciplina le circostanze, le modalità e le condizioni cui è subordinata l'emissione dell'OESC, nonché la relativa natura provvisoria e cautelare, ma, dall'altro, mira ad assicurare i diritti della difesa del debitore.

In particolare, il regolamento n. 655/2014, al fine di bilanciare l'effetto-sorpresa della tutela cautelare *ex parte* con i diritti della difesa, elabora un articolato sistema di rimedi a salvaguardia del debitore, i quali operano, però, in un momento successivo rispetto all'emissione e/o all'esecuzione dell'OESC[147].

Nella matrice uniforme ed europea dell'OESC scompaiono, così, almeno *prima facie*, le criticità che – come notato – inducono la Corte di giustizia a escludere dal sistema «Bruxelles I» provvedimenti nazionali equivalenti.

Nonostante la ponderazione tra tutela semplificata dei crediti e altri valori dell'equo processo, una distonia può presentarsi tra l'àmbito di applicazione dei rimedi di DPCUE e l'ampiezza riconosciuta dal DPCUE al diritto di difesa: ne è un esempio il caso *eco cosmetics* affrontato dalla Corte di giustizia a proposito di un'ingiunzione europea di pagamento esecutiva non regolarmente notificata al debitore[148].

quest'ultimo. Il creditore potrà avvalersi di tale strumento sia prima che dopo aver ottenuto a suo favore una decisione giudiziaria, una transazione giudiziaria approvata o un atto pubblico. In altre parole, il creditore potrà domandare l'emissione dell'OESC per difendersi dal *periculum in mora* riveniente sia dai tempi processuali di accertamento del credito sia dai tempi di esecuzione di un precedente provvedimento di condanna. Per una prima analisi del regolamento n. 655/2014 v. i contributi raccolti in P. FRANZINA, A. LEANDRO (a cura di), *Il sequestro europeo di conti bancari*, cit.

[147] Più in generale, le garanzie a favore del debitore mitigano l'impatto negativo che una decisione contumaciale proveniente da una procedura di DPCUE può avere sui diritti della difesa (cfr. 10° considerando del regolamento n. 805/2004; v. peraltro Corte giust., *G*, cit., punto 61 ss., per la precisazione – fondata sull'art. 14 par. 2 e diretta a evidenziare le particolarità del titolo esecutivo rispetto alla decisione contumaciale suscettibile di circolazione in base al sistema «Bruxelles I» e ai rimedi ivi previsti a favore del convenuto – che una decisione contumaciale non è certificabile come titolo esecutivo europeo quando l'indirizzo del convenuto è ignoto; e *Imtech Marine Belgium*, cit., punto 32 ss., a proposito del nesso – tracciato sul terreno dell'equo processo – tra previsione del riesame e certificazione di una decisione contumaciale come titolo esecutivo europeo). Ciò vale finanche per il caso della decisione resa in *ficta confessio* all'interno del procedimento europeo per le controversie di modesta entità (cfr. art. 7 par. 3 del regolamento n. 861/2007). *Mutatis mutandis*, anche il regolamento n. 4/2009 prevede rimedi *uniformi* contro la decisione contumaciale (il convenuto non comparso può richiedere nello Stato d'origine, ai sensi dell'art. 19, il riesame della decisione).

[148] Corte giust. 4 settembre 2014, cause riunite C-119/13 e C-120/13, *eco cosmetics GmbH & Co. KG, Raiffeisenbank St. Georgen*, punto 42 ss. Chiamata a stabilire la validità dell'ingiunzione, la Corte ha stabilito, per un verso, che il debitore deve poter contestare l'irregolarità della notifica anche quando l'irregolarità sopravviene alla dichiarazione

La disposizione dei regolamenti di DPCUE che rimette al diritto nazionale ogni questione non disciplinata in via uniforme, pare fornire, in questi casi, un prezioso strumento per risolvere le anzidette «distonie» allorché la «questione» in gioco tocchi un profilo dell'equo processo[149]. L'ordinamento del foro potrà, dunque, intervenire a integrazione/supporto degli strumenti di DPCUE anche per realizzare l'obiettivo – perseguito dagli stessi strumenti – di proteggere valori dell'equo processo.

D'altronde, poiché si presume che il processo abbia luogo nell'ordinamento del foro conformemente al modello CEDU/Carta, un simile intervento integrativo/suppletivo del diritto nazionale serve sia a colmare le «lacune» degli strumenti di DPCUE sia a evitare, per lo Stato del foro, la violazione di obblighi certamente non derogabili a causa di quelle lacune.

In correlazione, il contenuto dei diritti suscettibili di protezione integrativa/suppletiva da parte del diritto nazionale dovrebbe coincidere almeno con il nucleo condiviso dagli ordinamenti nazionali in base al modello CEDU, così da bilanciare al meglio l'applicazione uniforme degli strumenti europei di protezione del credito con l'esigenza, non meno uniforme, di proteggere le garanzie dell'equo processo. Nel rispetto dell'effetto utile dei vari strumenti di DPCUE, ogni standard di tutela più elevato nel diritto interno sarebbe legittimo ai sensi dell'art. 53 CEDU e dell'art. 53 Carta, tenuto conto, nella prospettiva di quest'ultima, che il diritto nazionale, pur operando a supporto di standard di tutela accolti nei regolamenti di DPCUE, interviene in spazi privi di regole uniformi[150].

di esecutività, ma, per l'altro, che, in quest'ultimo caso, il rimedio va ricercato nel diritto nazionale perché i rimedi uniformi previsti dal regolamento n. 1896/2006 non sono applicabili. D'altronde, il fatto che il regolamento rinvia al diritto nazionale per ogni questione non disciplinate da esso (art. 26), rende impossibile l'applicazione analogica dei rimedi uniformi. Ciononostante, il diritto nazionale deve conseguire gli stessi risultati di tali rimedi, conducendo, in particolare, all'annullamento della dichiarazione di esecutività. Vedi le *observations* di E. GUINCHARD, in F. PICOD (sous la direction de), *Jurisprudence de la CJUE 2014. Décisions et commentaires*, Bruxelles, 2015, p. 877 ss.

[149] Il rinvio al diritto interno è tanto più ampio quanto meno dettagliata è la disciplina del regolamento di DPCUE. Da uno sguardo di insieme, compaiono norme di rinvio generali o di chiusura che affiancano norme di rinvio relative a specifici aspetti del procedimento. Per limitarci alle norme generali o di chiusura: *a*) nel regolamento n. 805/2004, il rinvio al diritto nazionale copre tutto il procedimento affinché esso risponda ai requisiti minimi a garanzia della difesa (v. art. 12 par. 1); *b*) nel regolamento n. 1896/2006 (art. 26) e nel regolamento n. 655/2014 (art. 46), il rinvio riguarda le «questioni procedurali» non specificamente disciplinate in via uniforme; *c*) nel regolamento n. 861/2007, il rinvio riguardante l'intero procedimento per la parte non disciplinata in via uniforme (art. 19).

[150] È pur vero che, talvolta, è difficile concepire standard nazionali più elevati di quelli auspicati dal diritto dell'Unione: ritornando al caso *eco cosmetics*, la Corte richiama bensì il diritto nazionale, ma puntualizzando che ogni rimedio interno debba conse-

14. *L'impronta dell'equo processo nell'assistenza giudiziaria internazionale di matrice europea*

La disciplina europea sull'assistenza giudiziaria è conforme all'equo processo già perché il regolamento n. 1206/2001[151] e il regolamento n. 1393/2007 intendono semplificare l'assunzione delle prove e la notificazione/comunicazione di atti giudiziari ed extragiudiziali al cospetto di controversie transfrontaliere.

Così operando, i due regolamenti offrono strumenti «complementari» ai regimi che ripartiscono la giurisdizione tra Stati membri e/o regolano la circolazione delle decisioni. E poiché la via complementare dell'assistenza giudiziaria è semplice e rapida, i regolamenti n. 1206/2001 e n. 1393/2007 concorrono nello spazio giudiziario europeo a rendere la tutela giurisdizionale efficace e conforme al canone della buona amministrazione della giustizia[152].

In particolare, la collaborazione diretta tra i giudici disciplinata dal regolamento n. 1206/2001 supplisce alla scarsa prossimità tra foro e prove che può caratterizzare una controversia transfrontaliera[153].

Considerando, inoltre, che il regolamento predispone tecniche di coordinamento tra fori affinché l'acquisizione della prova sia trattata in modo uniforme – a prescindere, dunque, dallo Stato membro in cui è ra-

guire quello massimo previsto dai rimedi uniformi a garanzia del debitore, vale a dire l'eliminazione dal mondo giuridico della dichiarazione di esecutività irregolarmente notificata.

[151] Regolamento (CE) n. 1206/2001 del Consiglio del 28 maggio 2001 relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile e commerciale, in *GUCE*, n. L 174 del 27 giugno 2001, p. 1 ss.

[152] In vista di questi obiettivi, già l'accertamento circa l'applicabilità del regolamento n. 1393/2007 merita maggiore speditezza rispetto ad altri regolamenti: la Corte di giustizia è di questo avviso quando occorre stabilire, ai fini del rifiuto della notifica, se l'azione riguarda *acta iure imperii* e, come tale, esula dalla materia civile e commerciale ai sensi dell'art. 6 par. 3 del regolamento (cfr. *Fahnenbrock*, cit.).

[153] Va ricordato, però, che, secondo la Corte di giustizia, i criteri che dettano competenze speciali possono rivelarsi «utili» anche «dal punto di vista della prova e dello svolgimento del processo»: cfr. 30 novembre 1976, causa 21/76, *Handelskwekerij G. J. Bier c. Mines de potasse d'Alsace*, punto 17; similmente a proposito delle competenze esclusive, 14 dicembre 1977, causa 73/77, *Sanders* c. *Van der Putte*, punto 13. In ogni caso, il giudizio sull'adeguatezza di un foro piuttosto che di un altro nell'acquisizione/trattamento delle prove può orientare l'attore a scegliere dinanzi a quale tra essi promuovere la causa. Alcune considerazioni critiche sul peso che dottrina e giurisprudenza danno al problema della disponibilità della prova in applicazione dei criteri di giurisdizione in materia contrattuale compaiono in A. LEANDRO, *Giurisdizione su domanda relativa a obbligazioni eseguibili in Stati diversi*, in *Riv. dir. int.*, 2003, p. 129 ss., in specie p. 143.

dicato il processo –, esso contribuisce anche a rafforzare la mutua fiducia tra gli organi giudiziari e, di conseguenza, favorisce la circolazione «intracomunitaria» delle decisioni.

Inoltre, l'equo processo trova conforto in quelle stesse tecniche.

Entrando nel dettaglio, l'art. 4 del regolamento n. 1206/2001 consente all'autorità richiedente di domandare all'autorità richiesta l'assunzione delle prove come esse sono regolate dalla legge del processo, imponendo, tuttavia, il rispetto di alcune prerogative dell'ordinamento in cui la prova è assunta.

Così, la richiesta potrebbe essere respinta se comporta l'avvio di una procedura ignota allo Stato richiesto e *incompatibile* con la sua legge o foriera in esso di *notevoli difficoltà di ordine pratico* (art. 10 par. 3): l'*incompatibilità* può ben riguardare le garanzie processuali fondamentali dello Stato richiesto.

Inoltre, al rispetto dell'equo processo si confà il diritto delle parti di assistere all'esecuzione della richiesta (art. 11). La presenza delle parti e dei difensori è ammissibile, di regola, se prevista dalla *lex processus*: occorre, infatti, garantire il contraddittorio conformemente alle regole sulla prova proprie del processo a prescindere dalle implicazioni transfrontaliere dell'attività istruttoria.

Cionondimeno, l'art. 11 par. 5 «lascia impregiudicata» la possibilità dell'autorità richiesta di chiedere alle parti e al difensore di assistere se tale possibilità è prevista dalla legge dello Stato richiesto, derogando così alla competenza della *lex processus* a garanzia del contraddittorio.

Accanto alla procedura per rogatoria, il regolamento prevede l'assunzione diretta (art. 17). La richiesta può essere rifiutata, oltre che per ragioni comuni alla disciplina della rogatoria (l'estraneità dell'oggetto dall'àmbito del regolamento e il difetto nella richiesta di una delle indicazioni imposte dall'art. 4), anche qualora l'assunzione diretta sia contraria a «principî fondamentali della legge» dello Stato richiesto (art. 17 par. 5 lett. *c*), quale è il principio dell'equo processo.

Passando alla trasmissione degli atti, l'impronta dell'equo processo è evidenziata anzitutto dalla propensione del regolamento n. 1393/2007 a proteggere il diritto di accesso alla giustizia semplificando e accelerando i mezzi di trasmissione, nonché agevolandone l'utilizzo (la previsione di un diritto forfettario unico per coprire le spese di intervento dell'ufficiale giudiziario – 16° considerando – e la salvaguardia di tutte le disposizioni internazionali dedicate al gratuito patrocinio – art. 21 – ne sono prova).

Appare indiscutibile, tuttavia, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, che l'obiettivo, così realizzato, di agevolare l'accesso alla giustizia non possa comprimere eccessivamente i diritti del

destinatario degli atti, specie in ragione degli effetti processuali a questi ricollegati[154].

Ciò spiega, in particolare, perché il destinatario può rifiutare l'atto di citazione compilato in una lingua a lui ignota, nell'esercizio di un diritto che riflette quello più ampio di conoscere con esattezza contenuto e finalità dell'azione promossa nei suoi riguardi (art. 8)[155].

La mancata comparizione del convenuto cui è stato notificato l'atto è oggetto, poi, di un'ampia e dettagliata disciplina (art. 19) che – come già accennato – rappresenta una delle due leve di controllo sul rispetto dei diritti del convenuto contumace (l'altra è rappresentata dal rifiuto del riconoscimento della decisione contumaciale in caso di violazione dei diritti della difesa)[156]. Peraltro, la previsione e il rispetto di regole uniformi dedicate alla trasmissione degli atti giudiziari contribuiscono a semplificare anche l'efficacia delle decisioni appunto perché il rischio di incompatibilità delle decisioni con l'equo processo a causa del difetto di conoscenza dell'avvio del procedimento è ridotto, se non addirittura azzerato.

Infine, nelle procedure di DPCUE è stato necessario prevedere apposite regole sulla trasmissione degli atti che bilanciassero l'obiettivo di semplificare la tutela (processuale) del credito con quello di proteggere i diritti della difesa[157].

[154] Corte giust. 8 maggio 2008, causa C-14/07, *Weiss und Partner*, punto 47 s.; 19 dicembre 2012, causa C-325/11, *Alder*, punto 35 s.

[155] Cfr. Corte giust. 16 settembre 2015, causa C-519/13, *Alpha Bank Cyprus Ltd*, in cui la Corte afferma che il diritto di rifiutare l'atto è una diretta conseguenza del bilanciamento tra semplificazione e accelerazione delle procedure, da un lato, e tutela dei diritti di difesa, dall'altro (punti 31-33, 46, 51). Vedi pure le conclusioni dell'Avvocato generale Wathelet presentate il 22 gennaio 2015 per lo stesso caso (punto 38). La Corte soggiunge – nel tentativo di consolidare l'àmbito di applicazione del regolamento e la relativa applicazione uniforme – che, qualora l'autorità ricevente ometta di allegare il modulo standard contenente la «comunicazione al destinatario del diritto di rifiutare di ricevere l'atto», la procedura non risulterebbe invalida, ma affetta soltanto da una omissione suscettibile di rettifica in base allo stesso regolamento.

[156] Vedi *supra*, par. 10, nota 123.

[157] V., ad esempio, gli articoli 13-15 del regolamento n. 1896/2006. Come si è notato (*supra*, nota 148), la Corte di giustizia ritiene che la corretta notifica di un'ingiunzione europea di pagamento è posta a presidio dei diritti di difesa e che, di conseguenza, il debitore ha il diritto di eccepirne l'irregolarità anche quando essa emerge dopo l'emissione alla dichiarazione di esecutività (*eco cosmetics*, cit., punto 42 ss.). Senonché, come si è altresì visto, il rimedio a favore del debitore va trovato in questi casi nel diritto nazionale.

15. *DPCIE e DPCUE «equi» e tutela di diritti e libertà «comunitarie» non processuali*

Il godimento effettivo del diritto di accesso alla giustizia e del diritto al giudice va assicurato dall'inizio (introduzione della domanda) alla fine (esecuzione della sentenza) del processo.

Così concepita, la via giudiziaria, oltre che distinguersi per il rispetto dell'equo processo, consente all'attore, come anticipato, di tutelare efficacemente i diritti pretesi in giudizio[158].

In questo quadro – qui proposto nei suoi tratti essenziali – compaiono obblighi positivi a carico dello Stato circa la predisposizione di procedure che garantiscano al meglio i diritti sostanziali, compresi i diritti fondamentali non processuali.

Gli strumenti di DPCIE e DPCUE si pongono in questa direzione, soprattutto perché semplificano la circolazione delle decisioni che accertano quei diritti e/o condannano la controparte all'adempimento degli obblighi ad essi corrispondenti.

In particolare, detti strumenti agevolano l'esecuzione di una sentenza, che la Corte EDU colloca fuori dalla cornice dell'equo processo al fine di stabilire quando un processo davvero sia strumentale al godimento dei diritti sostanziali[159]. E, come si è visto, la Corte «*sees no need to come to a different conclusion for [...] proceedings relating to the execution of a foreign court's decision, provided that the decision in question concerned a civil right or obligation*»[160].

La Corte ha evidenziato, peraltro, uno stretto legame tra l'esecuzione della sentenza e la tutela di diritti patrimoniali nel prisma del Protocollo n. 1, riconducendo un diritto patrimoniale accertato in sentenze definitive o lodi arbitrali esecutivi nella nozione di «bene» contemplata dall'art. 1[161].

[158] V. ad esempio Corte EDU 12 novembre 2002, *Beles e altri* c. *Repubblica ceca*, ric. n. 47273/99.

[159] Vedi Corte EDU *Di Pede*, cit., punto 22; *Lunari*, cit., punto 43 s.; *Burdov*, cit., punto 35; *Jasiūnienė*, cit., punto 27; 6 settembre 2007, *Ungureanu c. Moldavia*, ric. n. 27568/02, punto 26; *De Trana*, cit., punto 36 s.; *Efendiyeva*, cit., punto 56; *Regent Company*, cit., punto 60 (riferita a una sentenza arbitrale «parificata» a una decisione giudiziaria).

[160] Corte EDU 18 dicembre 2008, *Saccoccia c. Austria*, ric. n. 69917/01, punto 62.

[161] V. Corte EDU 9 dicembre 1994, *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis c. Grecia*, ric. n. 13427/87, punti 59 ss.; *Burdov*, cit., punto 40 ss.; *Ungureanu*, cit., punto 24 ss.; *De Trana*, cit., punto 43 ss.; *Efendiyeva*, cit., punto 60 ss.; *Regent Company*, cit., punto 61. Si noti che la Corte ha ricondotto all'art. 1, Protocollo n. 1 anche i diritti spettanti ai ricorrenti a seguito di una sentenza straniera definitiva non eseguita nello Stato richiesto: 13 ottobre 2009, *Selin Aslı Öztürk c. Turchia*, ric. n. 39523/03, punto 50 s.;

Non meno indicative del nesso tra efficacia di decisioni straniere e protezione di diritti fondamentali sono le pronunce della Corte che hanno inquadrato nell'art. 8 CEDU l'esecuzione di provvedimenti stranieri di divorzio[162], ovvero di custodia o ritorno del minore[163], o, ancora, di adozione[164].

D'altro canto, il DPCIE e il DPCUE portano con sé anche la realizzazione di diritti e libertà riconducibili allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia[165].

Volgendo nuovamente l'attenzione ai regimi semplificati di circolazione delle decisioni, i benefici in termini di effettività e speditezza che ne trae la tutela del credito commerciale e degli *status* personali sono di tutta evidenza.

16. *Considerazioni sistematiche e riepilogative sull'intervento del diritto nazionale a supporto del DPCIE e del DPCUE*

Varie forme di intervento del diritto nazionale sono fin qui emerse per allineare appieno lo strumento europeo ai principî dell'equo processo

Vrbica, cit., punto 41; 3 maggio 2011, *Negrepontis-Giannisis c. Grecia*, ric. n. 56759/08, punto 104.

[162] Corte EDU, *Selin Aslı Öztürk*, cit.; Corte EDU 3 febbraio 2005, *Sylvester c. Austria (2)*, ric. n. 54640/00, punto 32; *Mc Donald*, cit.

[163] Corte EDU 25 gennaio 2000, *Ignaccolo-Zenide c. Romania*, ric. n. 31679/96, punto 113; *Sylvester*, loc. cit.

[164] Corte EDU, *Wagner e J.M.W.L.*, cit., punto 118 ss.; *Negrepontis-Giannisis c. Grecia*, loc. cit.

[165] V. l'affermazione dell'Avvocato generale Jääskinen nelle conclusioni presentate l'11 dicembre 2014, causa C-352/13, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA*, secondo cui «le norme processuali del diritto dell'Unione [quali le norme sulla giurisdizione del regolamento n. 44/2001] devono essere poste, in qualche modo, al servizio delle norme sostanziali del diritto dell'Unione, nel senso che le prime costituiscono uno strumento che consente di rendere tangibili i diritti e gli obblighi delle persone private e pubbliche, in particolare sotto il profilo del diritto a un ricorso effettivo e a un processo equo sancito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea» (punto 27). Sul nesso tra semplificazione delle procedure, miglioramento dell'accesso alla giustizia e godimento dei crediti nello spazio europeo v. già il Libro verde del 24 ottobre 2006 sul miglioramento dell'efficienza nell'esecuzione delle decisioni nell'Unione europea: il sequestro conservativo dei depositi bancari (COM/2006/618 def. – sul quale v. Max Planck Working Group, *Comments on the European Commission's Green Paper on Improving the Efficiency of the Enforcement of Judgments in the European Union: The Attachment of Bank Accounts*, consultabile nel sito www.mpipriv.de –, nonché il Libro verde del 6 marzo 2008 sull'esecuzione effettiva delle decisioni giudiziarie nell'Unione europea: la trasparenza del patrimonio del debitore (COM/2008/128 def.).

ovvero per garantire i diritti processuali fondamentali là dove lo strumento europeo è inapplicabile.

Tocca, dunque, chiarire e sistemare, come da premessa, le ipotesi in cui il diritto nazionale opera in queste direzioni.

È possibile dedurre dalle pagine precedenti tre inquadramenti del raccordo tra diritto nazionale, da un lato, e DPCIE o DPCUE, dall'altro.

Il primo vede il diritto nazionale operare fuori dall'àmbito di applicazione dei regolamenti per evitare che i limiti *ratione materiae* rechino una lesione ai diritti dell'equo processo.

Nel secondo, gli strumenti di diritto nazionale, liberamente concepiti dallo Stato, operano «in funzione» dei regolamenti – e nel relativo àmbito di applicazione – per realizzare oppure rafforzare la tutela dell'equo processo.

Il terzo è determinato dalle norme di rinvio diretto o indiretto che taluni regolamenti dispongono a favore del diritto nazionale per disciplinare ogni «questione» non espressamente regolata da essi: norme che operano, talvolta, a garanzia dell'equo processo.

Al primo inquadramento è riconducibile il funzionamento dei titoli di giurisdizione nazionali con riferimento alle controversie riguardanti *acta iure imperii* dello Stato convenuto. Nel limiti in cui l'eccezione di immunità dalla giurisdizione non opera, tali titoli di giurisdizione offrono protezione al diritto di accesso alla giustizia, come potrebbe accadere attualmente nell'ordinamento italiano alle azioni risarcitorie promosse contro uno Stato estero in caso di crimini internazionali di suoi organi.

Un altro esempio riviene dalle sentenze *West Tankers* e *Gazprom*, nelle quali gli strumenti nazionali trovano legittimazione a intervenire per proteggere il diritto di agire dinanzi ai fori del regolamento «Bruxelles I» (*bis*) in caso di contestazione di un impegno arbitrale. In particolare, la sentenza *West Tankers* favorisce l'idea che il bilanciamento tra diritto di agire e impegno arbitrale trovi la giusta sede nei mezzi processuali interni destinati a risolvere la questione di giurisdizione sollevata con l'*exceptio compromissi*. Qualora, poi, il tribunale arbitrale, a difesa del suddetto impegno, emanasse provvedimenti inibitori dell'azione, la sentenza *Gazprom* scorge nei sistemi di *exequatur* arbitrale – i quali fanno perlopiù leva sul raccordo tra convenzione di New York del 1958 e norme nazionali – la sede adatta per proteggere il diritto di contestare l'operatività della convenzione arbitrale.

Il secondo inquadramento racchiude, come anticipato, i casi di intervento del diritto nazionale nello stesso àmbito di applicazione degli atti dell'Unione allo scopo di realizzare sia gli obiettivi propri di tali atti sia la protezione o il rafforzamento dei diritti processuali fondamentali.

Indicativo al riguardo è l'intervento del diritto nazionale per offrire all'attore un ventaglio maggiore di fori attivabili a protezione dei propri diritti. Si pensi al funzionamento dei criteri di giurisdizione nazionali, i quali consentono di giungere, là dove i criteri del regolamento n. 1215/2012 non operano, a una decisione che nondimeno circola secondo il regime semplificato previsto dal medesimo regolamento.

Ancora nell'àmbito del regolamento n. 1215/2012, si nota che, in caso di litispendenza o connessione con processi instaurati in Stati terzi, la decisione del foro europeo di proseguire o sospendere il proprio procedimento è agganciata anche a un giudizio prognostico di riconoscibilità della promananda sentenza straniera, il quale può dipendere dalla disciplina nazionale relativa al riconoscimento delle sentenze straniere: tale disciplina può richiedere una valutazione del processo straniero con la lente dell'«ordine pubblico procedurale» ovvero di altri requisiti di riconoscimento ispirati all'equo processo.

Passando al campo dell'efficacia delle decisioni, un intervento del diritto statale ha luogo per bilanciare diritto di azione e diritto di difesa in caso di giudizio contumaciale. Si è visto che il convenuto contumace, ove privato della possibilità di difendersi efficacemente nel procedimento d'origine, potrà opporsi al riconoscimento della decisione: la possibilità di difendersi dipende anche dal fatto che l'ordinamento d'origine preveda strumenti di impugnazione contro la decisione resa *in absentia*. Peraltro, gli strumenti nazionali sorreggono anche gli sforzi profusi dal giudice *a quo* per assicurarsi che il convenuto abbia avuto conoscenza dell'avvio del processo.

Un esempio di intervento del diritto statale in senso rafforzativo dell'equo processo è fornito dal procedimento riguardante il diniego del riconoscimento o dell'esecuzione nel regime del regolamento n. 1215/2012.

Il regolamento implicitamente impone che tale procedimento sia svolto in contraddittorio, abbia luogo secondo riti nazionali e possa essere assorbito nel processo di esecuzione regolato dalla *lex fori*. Ed impone espressamente di statuire «senza indugio» sulla domanda di diniego affinché il diritto di opporsi all'esecuzione e quello di eseguire una decisione straniera siano bilanciati nel prisma più generale della durata ragionevole dei processi. Al riguardo, si è notato un livello di protezione rafforzato risultante dal concorso tra il modello processuale stabilito dal regolamento e i modelli di diritto interno, a loro volta tutti necessariamente ispirati all'equo processo.

Altro esempio proviene dai regolamenti dedicati all'assistenza giudiziaria, i quali consentono l'applicazione di regole interne che abbiano uno standard più elevato di tutela dei diritti processuali fondamentali.

Così, ad esempio, la richiesta di assumere la prova secondo una procedura ignota all'ordinamento dello Stato richiesto non avrà seguito quando la procedura è incompatibile con la legge di quello Stato: circostanza, questa, che può verificarsi quando l'incompatibilità riguarda gli standard di tutela dell'equo processo. Dal canto suo, l'assistenza delle parti e dei difensori all'assunzione della prova è rimessa a una previsione della *lex processus* oppure della legge dello Stato richiesto.

Nel terzo inquadramento – delineato dai casi in cui il diritto nazionale interviene per regolare ogni «questione» che, pur riconducibile all'àmbito di applicazione dei regolamenti, non vi è disciplinata – rientra l'intervento del diritto nazionale a soccorso di diritti processuali fondamentali.

Tale intervento trova spazio nelle procedure europee di DPCUE, le quali, sebbene espressamente ispirate (e protese) a non emarginare i diritti di difesa, si rivelano talvolta prive di strumenti uniformi per conseguire questo risultato.

In particolare, i regolamenti di DPCUE rinviano al diritto nazionale, da un lato, per determinare con precisione i mezzi di tutela del debitore e, dall'altro, per completare il ventaglio dei mezzi uniformi che risultino inadeguati.

In ultima analisi, là dove il diritto nazionale interviene, nel rispetto delle specificità di ogni *lex fori*, per servire sia gli scopi della cooperazione giudiziaria in materia civile sia la difesa dell'equo processo, esso realizza, in ossequio a un principio di autonomia processuale attivo là dove il diritto dell'Unione è privo di regole uniformi o armonizzate, l'effetto utile tanto di regolamenti settoriali quanto di principî generali dell'Unione. Le varie disposizioni degli atti di DPCIE e DPCUE che impongono agli Stati membri di rendere note le norme e le procedure nazionali destinate in varia guisa a raccordarsi con quelle europee servono, pertanto, anche ad agevolare il ruolo integrativo e di supporto del diritto nazionale nel campo qui analizzato, nonché la conoscenza che l'individuo possa averne per beneficiare di un concreto accesso alla giustizia.

A dispetto, poi, della diversità dei riferiti inquadramenti, un dato comune è costituito dal fatto che, quanto più l'intervento degli istituti processuali nazionali è ampio (come nel primo inquadramento) o riguardi istituti processuali liberamente concepiti dallo Stato membro a prescindere dall'«uso» che poi ne facciano il DPCIE o il DPCUE (come nel

secondo e nel terzo inquadramento), tanto più quello Stato deve forgiare detti istituti in maniera tale da non incorrere in violazioni della CEDU, essendone contraente.

17. *Conclusioni*

Riepilogando e concludendo, il DPCIE è ispirato all'equo processo anzitutto perché esso discende da atti dell'Unione, i quali, in caso contrario, risulterebbero illegittimi ai sensi dell'art. 6 CEDU (acquisito tra i principî generali di diritto dell'Unione) e dell'art. 47 Carta.

L'ispirazione è rivolta all'equo processo come delineato dal diritto scritto e dalla prassi giurisprudenziale europea, vale a dire come un involucro di diritti fondamentali e come un diritto fondamentale in sé.

I diritti che compongono l'equo processo non sono facilmente conciliabili tra loro. Ne è prova la difficoltà di bilanciare compiutamente il diritto di agire e i diritti della difesa.

Peraltro, i regolamenti di DPCIE, pur mirando tutti al funzionamento effettivo, corretto e armonioso della giustizia, predispongono tecniche che, di volta in volta, privilegiano l'uno o l'altro di quei diritti.

L'inclinazione nei confronti di un valore dell'equo processo, come il diritto di agire, è riequilibrata, anche grazie all'intervento della Corte di giustizia, da strumenti che proteggono valori astrattamente contrapposti.

I regolamenti di DPCUE, dal canto loro, in quanto istitutivi di modelli processuali uniformi e in quanto frutto di una produzione normativa necessariamente rispettosa della CEDU e della Carta, introducono procedure fisiologicamente ispirate alla protezione di tutti i valori dell'equo processo.

Senonché, gli strumenti europei talvolta difettano di mezzi per proteggere appieno tali valori, aprendo così l'ingresso al diritto nazionale.

Questo può operare, infatti, per: *a*) supplire ai limiti di applicazione dei regolamenti di DPCI quando da detti limiti può discendere una compressione dell'equo processo; *b*) intervenire in modo funzionale agli atti dell'Unione nella prospettiva di realizzare e/o rafforzare i valori dell'equo processo; *c*) disciplinare anche a supporto dell'equo processo, in seguito a un richiamo esplicito o implicito del DPCUE, ogni «questione» non espressamente regolata in via uniforme.

A tutto ciò si aggiunga che la poderosa strada compiuta nella cooperazione giudiziaria in materia civile a garanzia del corretto funzionamento del mercato interno e dell'accesso alla giustizia riflette la *policy* dell'Unione – «condizionata» dalla Carta e dalla CEDU – di salvaguar-

dare i diritti processuali fondamentali anche al fine di garantire meglio diritti e libertà «comunitarie» non processuali.

QUARTA SESSIONE PLENARIA

IL DIRITTO NON SCRITTO NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Presidenza
GIROLAMO STROZZI

SUI LIMITI INTERNAZIONALI ALL'APPLICAZIONE EXTRATERRITORIALE DEL DIRITTO EUROPEO DELLA CONCORRENZA

Francesco MUNARI*

SOMMARIO: 1. Applicazione del diritto nazionale e interessi statuali. Le basi della giurisdizione degli Stati e la loro rilevanza ai fini applicativi del diritto antitrust. – 2. La frequente dimensione transnazionale degli illeciti antitrust e il concorso di giurisdizioni ad essa relativo. – 3. La… lunga (ma inarrestabile) marcia compiuta dal diritto europeo antitrust nell'affermazione di una sua portata extraterritoriale: la teoria dell'unità del gruppo di imprese e i suoi risvolti sul versante della tutela dei diritti fondamentali. – 4. La cd. teoria dell'attuazione. – 5. La dottrina degli effetti: la posizione della Commissione e del Tribunale, le riluttanze (più apparenti che reali) della Corte di Giustizia, e il suo esplicito riconoscimento nella disciplina europea dei mercati finanziari. – 6. La vera *ratio* delle articolate dottrine fondanti l'applicazione extraterritoriale del diritto europeo antitrust: *'whatever it seems fit'*… – 7. Concorso e conflitti di giurisdizioni scaturenti dall'applicazione extraterritoriale del diritto (europeo) antitrust. – 8. Forma e sostanza nell'applicazione extraterritoriale del diritto europeo antitrust: rispetto delle norme internazionali o più semplicemente dell'obbligo di motivazione? – 9. Concorso di giurisdizioni e cooperazione internazionale in materia antitrust. – 10. Osservazioni conclusive.

1. *Applicazione del diritto nazionale e interessi statuali. Le basi della giurisdizione degli Stati e la loro rilevanza ai fini applicativi del diritto antitrust*

Tutti quanti troviamo "normale" e finanche "naturale" che uno Stato disciplini le fattispecie interne ad esso, trattandosi del semplice esercizio delle sue funzioni, che si caratterizza come tutela o affermazione di interessi e valori su cui lo Stato si fonda. Per converso, è altrettanto naturale che nessuno Stato disciplini fattispecie aventi luogo esclusivamente in altri Stati poiché, allo stesso modo, rispetto ad esse manca un interesse meritevole di tutela o di affermazione da parte del primo.

* Ordinario di diritto dell'Unione europea, Università di Genova.

In un sistema nel quale i sistemi giuridici nazionali sono chiusi, ciascuno applica quindi il proprio diritto senza che altri ordinamenti ne risultino influenzati.

Peraltro, non necessariamente sussiste una relazione tra gli interessi o i valori meritevoli di tutela per uno Stato e localizzazione dei medesimi. A ben vedere, infatti, una tale relazione è in realtà irrilevante: ciò che conta è soltanto la volontà di uno Stato di affermare o tutelare determinati valori o interessi, provvedendo alla loro disciplina, fino al limite della resistenza di altri Stati, e talora del conflitto con questi. Emblematico, al riguardo, è il decreto dell'Assemblea generale dei rappresentanti della Comune di Parigi nel 1792, nel quale si stabiliva che «la nazione francese [...] tratterà come nemici i popoli che, rifiutando la libertà e l'uguaglianza, o rinunciando a esse, eventualmente desiderassero mantenere o richiamare il principe e le caste privilegiate, o trattare con essi»[1]. La portata (*ante litteram*...) extraterritoriale di questa norma è evidente, così come la sua capacità di porsi in contrasto con altre giurisdizioni, e cioè con altri Stati.

Ciò posto, per lungo tempo la carenza di fattispecie aventi carattere di internazionalità rispetto alle quali potevano profilarsi contrasti interstatuali[2], rendeva piuttosto rare le ipotesi di esercizio della giurisdizione da parte di uno Stato suscettibili di attrarre l'interesse di altri Stati.

Tanto è vero che il primo caso nel quale, in seno a una giurisdizione internazionale, si pose il problema concernente la dimensione e i limiti dell'esercizio extraterritoriale della giurisdizione aveva ad oggetto una fattispecie di diritto marittimo, materia tipicamente transnazionale: nel celeberrimo caso della nave *Lotus*, la Corte Permanente di giustizia internazionale si dovette misurare con la prima controversia nella quale due Stati affermavano contestualmente la sussistenza del proprio potere giurisdizionale, in chiave esclusiva di quello altrui[3].

[1] V. H. KISSINGER, *Ordine mondiale*, Milano, 2015 , p. 46.

[2] Il che, pertanto, esclude dalle considerazioni qui svolte la materia del diritto internazionale privato e processuale, il quale tratta beninteso fattispecie aventi caratteristiche di estraneità, ma in cui generalmente non si danno contrapposizioni di interessi statuali, essendo piuttosto il funzionamento delle norme di conflitto finalizzato a garantire la cd. uniformità delle soluzioni a livello transnazionale.

[3] V. *P.C.I.J.*, *Publications*, serie A, n. 10, p. 3 ss., e anche in http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf. Per un commento, fra la dottrina dell'epoca, v. ad esempio G. SALVIOLI, *Il caso del "Lotus"*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1927, p. 521 ss.; J.L. BRIERLY, *The "Lotus" Case*, in *Law Quarterly Review*, 1928, p. 154 ss.; J.H.W. VERZIJL, *Affaire du Lotus devant la cour Permanente de Justice Internationale*, in *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, 1928, p. 1 ss.; R. RUZE, *Affaire du Lotus*, *ibidem*, p. 124 ss.; M. TRAVERS, *Affaire du Lotus*, *ibidem*, p. 400 ss.; N. HENRY, *Le Lotus et la Cour de la Haye*, in *Revue de droit international*,

Da quel momento in poi, sono ormai passati quasi novant'anni, uno dei temi tradizionalmente studiati nella nostra disciplina concerne proprio l'ambito della giurisdizione degli Stati[4], soprattutto al fine (a) di accertare se, nel diritto internazionale, esistano limiti di ordine normativo all'esercizio della giurisdizione da parte di uno Stato, ovvero (b) di qualificare i criteri in base ai quali essa viene esercitata[5].

Dal punto di vista del diritto internazionale, la ricostruzione teorica del fenomeno appare ormai piuttosto solida, e priva di grandi novità. In sintesi, essa si fonda sui principi di sovranità che tuttora reggono il sistema dei rapporti internazionali, a loro volta declinati nel principio di uguaglianza degli Stati a livello internazionale, nel divieto di ingerenza, nel principio dell'integrità territoriale, nonché in quello dell'inviolabilità delle frontiere internazionali. Essendo l'esercizio della giurisdizione una delle più importanti espressioni della sovranità statale, si ritiene che anche tale esercizio incontri i limiti dianzi accennati.

1928, p. 65 ss.; H. DONNEDIEU DE VABRES, *L'affaire du Lotus et le droit pénal international*, *ibidem*, p. 135 ss.

[4] In linea di principio, è nota la classificazione operata in dottrina, che suddivide la giurisdizione in normativa, applicativa, e giurisdizione in senso stretto. Trattasi di classificazione non così utile, poiché la pretesa giurisdizionale di uno Stato (altrimenti nota come "normativa"), quantunque esorbitante, diventa un potenziale problema per il diritto internazionale quando si traduce concretamente in atti asseritamente invasivi dell'altrui sovranità, e quindi quando la si esercita mediante misure dentro i confini di altri Stati ("applicative" cioè della giurisdizione dello Stato agente), ovvero al fine di assoggettare determinati soggetti (stranieri) a procedimenti che si svolgono nell'ordinamento agente, ovvero agli effetti (di condanna o sanzionatori) di tali procedimenti.

[5] Dell'argomento mi ero già occupato in passato, e mi permetto così di rinviare a F. MUNARI, *Il diritto comunitario antitrust nel commercio internazionale: il caso dei trasporti marittimi*, Padova, 1993, spec. p. 175 ss., anche per riferimenti "classici". Tra essi, e in aggiunta agli autori menzionati *infra* nel testo, E.J. MESTMÄCKER, *Staatliche Souveränität und offene Märkte: Konflikte bei der extraterritorialen Anwendung von Wirtschaftsrecht*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht – The Rabel Journal of Comparative and International Private Law,* 1988, p. 205 ss.; L. BRILMAYER, *The Extraterritorial Application of American Law: A Methodological and Constitutional Appraisal*, in *Law and Contemporary. Problems.*, 1987, III, p. 1 ss.; P. DEMARET, *L'extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques: une question de droit ou de diplomatie?*, in *Revue Trimestrielle de droit européen*, 1985, p. 1 ss.; U. IMMENGA, *Extraterritoriale Rechtsanwendung zwischen Recht und Politik*, in *FS für Karl H. Neumayer zum 65. Geburtstag*, Baden-Baden, 1985, p. 323 ss.; A. LOWENFELD, *Public Law in the International Arena: Conflict of Laws, International Law and Some Suggestion for Their Interaction*, in *Recueil des cours*, 1979, II, p. 311 ss.; F.A. MANN, *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, *ibidem*, 1964, I, p. 1 ss.; ID., *The Doctrine of International Jurisdiction Revisited After 20 Years*, *ibidem*, 1984, II, p. 91 ss.; K.M. MEESSEN, *Völkerrechtliche Grundsätze des Internationalen Kartellrechts*, Baden-Baden, 1975; P. PICONE, *L'applicazione extraterritoriale delle regole sulla concorrenza e il diritto internazionale*, in F. CAPOTORTI E A. (a cura di), *Il fenomeno delle concentrazioni di imprese nel diritto interno e internazionale*, Padova, 1989, p. 81 ss.

Mentre appare ormai del tutto superata – e quotidianamente smentita dalla prassi – la tesi secondo cui gli Stati non potrebbero pretendere di regolare fattispecie che si sviluppano al di fuori dei propri confini nazionali, salva l'esistenza di specifiche regole di diritto internazionale che lo permettano, resiste tuttora almeno in linea teorica quella più permissiva, secondo cui gli Stati sono tendenzialmente liberi di esercitare la propria competenza normativa oltre i propri confini territoriali, a meno che non vi sia una specifica regola di diritto internazionale pubblico che lo vieti. A supporto di questa tesi si citano il già ricordato caso *Lotus*[6], ma anche la *separate opinion* del giudice Fitzmaurice nel caso *Barcelona Traction*[7], altro (risalente) *grand arrêt* della giurisprudenza internazionale rilevante ai nostri fini.

Vi è quindi consenso sostanzialmente unanime sul fatto che manchino regole di portata generale in grado di stabilire il perimetro esterno dell'attività giurisdizionale di uno Stato rispetto a fattispecie che presentano elementi di contatto con altri ordinamenti. Per contro, si conoscono diversi criteri di collegamento generalmente riconosciuti e applicati dagli Stati rivolti a individuare le circostanze in presenza delle quali si ritiene legittimo l'esercizio della giurisdizione[8].

Il primo e più antico criterio di collegamento è quello espressivo del cd. principio di nazionalità, secondo cui lo Stato ha la potestà di adottare regole nei confronti dei propri cittadini[9]. Com'è noto, nella giurisprudenza internazionale si è assunto che la legittimità dell'utilizzo di tale crite-

[6] In particolare nella parte in cui si afferma che «[f]ar from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, it leaves them in this respect a wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rules» (sentenza *Lotus*, cit., p. 19).

[7] ICJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, in *I.C.J. Reports*, 1970, p. 3, e anche in http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=50&p3=4, secondo cui «it is true that under present conditions international law does not impose hard and fast rules on States delimiting spheres of national jurisdiction […] but leaves to States a wide discretion in the matter. It does, however, (a) postulate the existence of limits […], and (b) involve for every State an obligation to exercise moderation and restraint […]» (§ 70).

[8] Per più ampie considerazioni, sia consentito il rinvio a F. MUNARI, *op. cit.,* p. 195 ss.

[9] Per quanto concerne i cittadini-imprese, la loro "nazionalità" dipende notoriamente da fattori di collegamento declinati diversamente da Stato a Stato, e sostanzialmente individuati, alternativamente o talora anche cumulativamente tra loro, nel luogo di incorporazione dell'ente, nell'ordinamento in cui l'ente ha la sua "sede reale ed effettiva", o ancora, più recentemente e sulla scorta in particolare di disposizioni normative adottate in ambito UE in settori specifici, nel luogo in cui si trova il centro principale degli interessi dell'ente stesso.

rio sia condizionata dalla sussistenza di una reale connessione tra lo Stato agente e il soggetto (nazionale) sul quale viene esercitata la giurisdizione[10].

Il criterio di territorialità è invece quello più "classico" e anche meno problematico, non essendo dubbio che uno Stato possa regolare le fattispecie che si svolgono sul proprio territorio[11]. Questo criterio, poi, si articola in alcuni corollari e varianti: così, si distingue tra territorialità soggettiva e oggettiva, a seconda che la giurisdizione venga esercitata nei confronti degli atti compiuti nel territorio del foro, anche se produttivi di effetti al di fuori di esso, ovvero nei confronti di fatti originati all'estero, ma almeno in parte completati nel foro[12]. Inoltre, si tende a far rientrare nel criterio di territorialità oggettiva anche la cd. teoria degli effetti, di origine statunitense, e la sua "variante" europea, la cd. teoria dell'attuazione (o *implementation theory*), elaborata in particolare dalla Corte di giustizia e proprio in materia antitrust[13].

Un altro criterio di collegamento è costituito dal cd. principio di protezione, secondo cui gli Stati possano esercitare la propria giurisdizione su condotte poste in essere al di fuori dai propri confini territoriali, e da parte di cittadini stranieri, nel caso in cui tali condotte possano pregiudicare gli interessi vitali dello Stato, quali la sicurezza, l'ordine pubblico, o l'indipendenza politica[14]. Vi è poi il cd. principio di universalità, applica-

[10] V. ICJ, *The Nottebohm Case*, in *I.C.J. Reports*, 1955, p. 4, e anche in http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=215&p1=3&p2=3&case=18&p3=5. Per un commento, fra i molti, v. J.L. KUNZ, *The Nottebohm Judgment (Second Phase)*, in *American Journal of International Law*, 1960, p. 536 ss.; J.H. GLAZER, *Affaire Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala) – A Critique*, in *Georgetown Law Journal*, 1956, p. 313 ss.; J.M. JONES, *The Nottebohm Case*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 1956, p. 230 ss.

[11] «At the basis of international law lies the notion that a State occupies a definite part of the surface of the earth, within which it normally exercises, subject to the limitations imposed by international law, jurisdiction over persons and things to the exclusion of the jurisdiction of other States. When a State exercises an authority of this kind over a certain territory it is popularly said to have 'sovereignty' over the territory» (cfr. J. L. BRIERLY, *The Law of Nations*, London, 1963, p. 162).

[12] Cfr. ancora il citato caso *Lotus*.

[13] V. infra, il § 4. Che la teoria dell'attuazione altro non sia se non quella degli «effects principle in disguise» lo ritiene anche J. BASEDOW, *International Antitrust: From Extraterritorial Application to Harmonization,* in *Louisiana Law Review*, 2000, p. 1037 ss., spec. p. 1040.

[14] All'evidenza, questo criterio difficilmente rileva ai fini antitrust, benché in passato alcuni teorizzassero la sua potenziale rilevanza, verosimilmente ai tempi, non più attuali, della paura che il cartello dei Paesi OPEC potesse essere così pericoloso da pregiudicare l'intera economia dello Stato interessato, così costituendo una minaccia alla sicurezza nazionale (M. AKEHURST, *Jurisdiction in International Law*, in *British Yearbook of International Law*, 1973, p. 145 ss., spec. pp. 206-207).

to soprattutto nel settore penale, rispetto a fattispecie di reato particolarmente gravi (*crimina iuris gentium*, pirateria in senso stretto, ecc.). Infine, si è teorizzato il cd. principio di personalità passiva, che consente agli Stati di esercitare la propria giurisdizione con riguardo a condotte poste in essere pur al di fuori dei confini nazionali e da parte di soggetti esteri, ma idonee a recare pregiudizio ai cittadini del foro. Non sono quindi richiesti né l'eccezionale gravità della condotta, né il pregiudizio a interessi "vitali" dello Stato interessato.

Questi, quindi, i criteri descritti nella teoria "classica" della giurisdizione.

Nel frattempo, tuttavia, le relazioni sociali sono enormemente cambiate, e insieme a loro anche i rapporti giuridici che rilevano ai nostri fini: la cd. internazionalizzazione del mondo contemporaneo ha aumentato enormemente la frequenza di casi aventi elementi oggettivi o soggettivi connotati da elementi di estraneità, quindi la frequenza di situazioni nelle quali sussiste l'interesse di uno Stato a disciplinare fattispecie aventi connessioni con altri Stati.

Quel che precede conduce a un ulteriore corollario, anch'esso normalmente accettato, e cioè che la medesima fattispecie, in quanto avente caratteristiche di transnazionalità, può suscitare l'interesse di più Stati, con conseguente necessità ovvero opportunità di coordinare pretese giurisdizionali concorrenti, tanto più quando esprimono interessi non perfettamente coincidenti, e talvolta addirittura divergenti.

Questi fenomeni valgono oggi sostanzialmente per tutti gli ambiti della scienza giuridica, ma sicuramente le ipotesi maggiormente studiate riguardano il diritto dell'economia e il diritto internazionale dell'economia, nel quale l'applicazione extraterritoriale di norme statali appare del tutto naturale. Del resto, nella misura in cui un ordinamento si "apre" a imprese straniere in funzione di consentire loro di operare nel mercato domestico, è del tutto ragionevole che pretenda altresì di assoggettare tali imprese alla propria normativa[15].

[15] Cfr., sul punto, E.J. MESTMÄCKER, *op. cit*. In contemporanea, altri avevano osservato che «l'immagine di una società internazionale costituita di alveoli contigui, separati da confini; la nozione di territorio, che costituisce il nucleo del concetto di territorialità, illustra questa suddivisione in entità separate, mediante limiti fisici e geografici. Ma è evidente [...] che i confini non sono solo ostacoli, ma sono anche punti di passaggio e che la vita economica si fa beffe di questo tipo di ostacoli» P. WEIL, *L'application extraterritoriale du droit économique*, in *Cahiers de Cedin*, 1987, p. 11 ss.; la citazione è tratta dalle conclusioni dell'Avvocato Generale Darmon del 25 maggio 1988, nella celeberrima controversia della *Pasta di legno*, su cui v. anche *infra* il § 4.

2. *La frequente dimensione transnazionale degli illeciti antitrust e il concorso di giurisdizioni ad essa relativo*

Il diritto antitrust costituisce una delle discipline nelle quali maggiore è la dimensione transnazionale[16]: anzi, la materia della concorrenza, da un lato, conosce frequenti quanto risalenti casi di applicazione extraterritoriale del diritto nazionale; dall'altro, è quella nella quale si sono sviluppate teoriche poi ritenute valide, in generale, anche per altre discipline[17].

Ciò posto, quando ci si muove dalla teoria generale della giurisdizione per esaminare la prassi relativa al diritto antitrust, trova conferma quanto si osservava all'inizio, e cioè che, in realtà, la decisione di uno Stato di applicare con efficacia extraterritoriale la propria normativa (antitrust) dipende esclusivamente da una valutazione dei propri interessi: così, a prescindere dalla sussistenza teorica o meno di una legittimazione

[16] Sulla dimensione internazionale della politica di concorrenza, cfr. anche G.D. BOTH, *Drivers of international cooperation in competition law enforcement*, in *World competition,* 2015, p. 301 ss.; P.J. SLOT, *International competition law: bilateral treaties*, in *European Competition Law Review*, 2015, p. 391 ss.; M. NEUMANN, J. WEIGAND (eds.), *The international handbook of competition*, Cheltenham, 2013; Y. BOTTEMAN, A. PATSA, *The Jurisdictional Reach of EU Anti-Cartel Rules: Unmuddling the Limits*, in *European Competition Journal*, 2012, p. 365 ss.; D. GERBER, *Global Competition: Law, Markets and Globalization*, Oxford, 2010; A.S. PAPADOPOULOS, *The International Dimension of EU Competition Law and Policy*, Cambridge, 2010; M.S. GAL, *Antitrust in a Globalized Economy: The Unique Enforcement Challenges Faced by Small and Developing Jurisdictions*, in *Fordham International Law Journal*, 2009, p. 1 ss.; P. DE PASQUALE, *La tutela della concorrenza oltre i confini comunitari tra applicazione extraterritoriale e cooperazione*, Napoli, 2005; R. EPSTEIN, M. GREVE (eds.), *Competition Laws in Conflict: Antitrust Jurisdiction in a Global Economy*, Washington, D.C., 2004; M.M. DABBAH, *The internationalisation of antitrust policy*, Cambridge, 2003; H. HOVENKAMP, *Antitrust as Extraterritorial Regulatory Policy*, in *Antitrust Bull.*, 2003, p. 629 ss.; U. DRAETTA, *International Law Aspects Of Cooperation in Merger Review: Long And Short Term Solutions*, in *Il Diritto del Commercio Internazionale*, 2002, p. 3 ss.; B. ZANETTIN, *Cooperation Between Antitrust Agencies at the International Level*, Oxford, 2002; B. NASCIMBENE, *Aspetti internazionali della politica di concorrenza comunitaria*, in *Il Diritto del Commercio internazionale*, 2001, p. 309 ss.; C. SCHEPISI, *Le relazioni esterne in materia di concorrenza: gli accordi CE/USA e CE/Canada tra dimensione internazionale e dimensione comunitaria*, in *Diritto dell'Unione Europea,* 2001, p. 149 ss.; A. Tizzano, *Appunti sulla cooperazione internazionale in tema di concorrenza*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 1999, p. 695 ss.

[17] È il caso della cd. teoria degli effetti, enunciata per la prima volta nel celeberrimo caso *United States v. Aluminum Co. of America (Alcoa)*, 148 F.2d 416, 444 (2d Cir. 1945). Il caso riguarda un cartello di imprese produttrici di alluminio fra imprese aventi sede al di fuori del territorio degli Stati Uniti. La Corte Suprema afferma che lo *Sherman Act* si applica rispetto a «[o]verseas conspiracies properly were the subject of suit in a U.S. antitrust court if they were intended to affect imports and did affect them».

ad applicare con efficacia extraterritoriale le norme del foro, gli ordinamenti "scelgono" se farlo in funzione di una propria esclusiva convenienza, e conseguentemente individuano il criterio che (comunque) si attaglia alla specifica fattispecie, agendo senza particolare riguardo alla coesistenza di interessi altrui sulla medesima.

Così, per fare due esempi contrapposti, benché il principio di nazionalità costituisca un sicuro criterio legittimato dal diritto internazionale, non esistono casi di applicazione extraterritoriale di norme antitrust rispetto ai cd. cartelli all'esportazione, e cioè di intese anticompetitive stipulate tra imprese nazionali che abbiano esecuzione esclusivamente in mercati stranieri[18]; né constano ipotesi in cui manager aventi la nazionalità di uno Stato che sanziona penalmente la violazione di norme antitrust siano stati incriminati per aver ideato o partecipato a condotte anticompetitive di imprese da essi gestite, ma non pregiudizievoli per gli interessi del foro[19]. Per altro verso, il criterio della personalità passiva viene ipotizzato per teorizzare la possibilità di estendere la giurisdizione dello Stato a condotte che non hanno conseguenze dirette sulla sua struttura di mercato, né vengono ivi attuate, ma impediscono l'ingresso di imprese nazionali in mercati esteri coperti dall'intesa (cd. *outbound extraterritoriality*). In un'ottica, quindi, sostanzialmente rivolta a combattere forme

[18] Questi cartelli, certamente utilizzati forse più in passato che oggi, furono addirittura istituzionalizzati e promossi dalle autorità giapponesi per favorire le esportazioni e le ricadute positive sulla bilancia dei pagamenti interna. Trattasi del fenomeno dei cd. *keiretsu*, su cui v. ad esempio J. DAVIDOW, *Keiretsu and U.S. Antitrust*, in *Law and Policy International Business*, 1993, p. 1035 ss.; R.J. GILSON, M.J. ROE, *Understanding the Japanese Keiretsu: Overlaps between Corporate Governance and Industrial Organization*, in *Yale Law Journal*, 1993, p. 871 ss.; S.C. MILLER, *A Double Standard: The United States' Plea for Per Se Illegality of the Japanese Keiretsu*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 1993, p. 1101 ss.; E. RAZIN, *Are the Keiretsu Anticompetitive - Look to the Law*, in *North Carolina Journal International Law and Commercial Regulation*, 1993, p. 351 ss.; T. MYERSON, *Barriers to Trade in Japan: The Keiretsu System - Problems and Prospects*, in *NYU J. International Law and Policy*, 1992, p. 1107 ss.; J. TAMURA, *U.S. Extraterritorial Application of Antitrust Law to Japanese Keiretsu*, *ibidem*, 1993, p. 385 ss.

[19] In tempi non recenti, e in contesti nei quali la generalizzata diffusione di norme antitrust era ancora da venire, avevo per parte mia suggerito invece di valutare l'applicazione extraterritoriale del diritto della concorrenza, in particolare ad opera delle istituzioni europee, sulla base del criterio del cd. *global welfare standard*, essendo convinto che l'applicazione anche "esterna" dei valori della concorrenza, tanto più rispetto a condotte anticompetitive poste in essere in ordinamenti privi di norme antitrust, avrebbe potuto determinare effetti positivi globali per le economie e le società (v. F. MUNARI, *op.cit*., p. 206 ss.). Questa esigenza appare oggi forse meno attuale, avendo ormai moltissimi ordinamenti adottato una propria normativa a tutela della concorrenza (v. anche *infra*, nota 22 e testo di riferimento), benché tutt'altro che omogeneo sia il livello di *enforcement* di cui gode la disciplina antitrust a livello comparato (v. anche nota 25 e testo di riferimento).

di "boicottaggio" di imprese nazionali su mercati esteri, ben oltre quindi gli ambiti di operatività della territorialità, sia pur nella sua più ampia accezione, comprensiva della teoria degli effetti e della teoria dell'attuazione.

Fatte le superiori premesse, in realtà è molto frequente che interessi nazionali siano sollecitati da condotte illecite sotto il profilo antitrust, e aventi anche portata transnazionale: le ipotesi più gravi, per la dimensione delle imprese coinvolte e la portata delle restrizioni alla concorrenza che le loro condotte sono idonee a determinare, coinvolgono imprese multinazionali. Quanto sopra vale per tutte le fattispecie interessate dal diritto antitrust: così, e in primo luogo, per quel che concerne le intese, atteso che comportamenti collusivi di imprese multinazionali sono capaci di danneggiare i consumatori e pregiudicare la struttura concorrenziale del mercato in molteplici giurisdizioni.

In secondo luogo, per quanto concerne l'ipotesi del cd. *attempt to monopolize* ovvero – nella qualificazione che ne viene data soprattutto nella sua variante "europea" – dell'abuso di una posizione dominante. Al riguardo, basti pensare che molte fra le più importanti imprese multinazionali detengono una posizione dominante che non è limitata al mercato di un singolo Stato ma si estende piuttosto a livello globale[20]; quindi, eventuali condotte unilaterali abusive poste in essere da tali imprese possono avere effetti negativi sui mercati, la cui salvaguardia spetta formalmente alle autorità di molti ordinamenti[21].

In terzo luogo, lo stesso può dirsi per molte ipotesi di fusioni e acquisizioni internazionali, in cui il potere di mercato dell'impresa sorta dalla concentrazione è idoneo a indebolire strutturalmente la concorrenzialità in una molteplicità di ordinamenti, anche diversi da quelli in cui le imprese di cui trattasi hanno la propria sede, legale o effettiva.

In presenza di fattispecie che interessano molteplici giurisdizioni, le risposte che i singoli Stati possono avere potenzialmente a disposizione sono diverse: la prima potrebbe essere quella di applicare rigorosamente il principio di territorialità (soggettiva), fidando in una cooperazione

[20] Ad esempio, «[i]n the 1970s and 1980s, IBM's use of its dominant market power had direct effects worldwide. In the 1990s and 2000s, Microsoft's use of its dominant market power has direct effects worldwide» (cfr. E.M. FOX, *Can we solve the antitrust problems of globalization by extraterritoriality and cooperation? Sufficiency and legitimacy*, in *Antitrust Bulletin*, 2003, p. 355 ss., spec. p. 369).

[21] V. anche quanto diremo in appresso, a proposito dei casi *Google* e *Gazprom* (*infra*, il § 6).

orizzontale a livello internazionale, in una situazione in cui sono ormai oltre centoventi gli ordinamenti dotati di legislazioni antitrust[22].

Trattasi tuttavia di ipotesi non praticata, né praticabile, per diversi motivi: da un lato, la prassi si è da tempo evoluta in senso nettamente diverso, e al di là dei primissimi casi in cui il tema dell'ambito di applicazione extraterritoriale delle norme antitrust venne fatto coincidere con l'operatività della territorialità soggettiva[23], si è già osservato che il diritto dell'economia, e quello antitrust in particolare, hanno superato i limiti della stretta territorialità[24]. Dall'altro lato, l'efficacia deterrente per le imprese di un siffatto *modus operandi* sarebbe modesta, poiché non tutte le legislazioni hanno uguale peso; anzi, molti Stati non dispongono delle risorse economiche o della volontà politica per garantire l'osservanza del proprio diritto antitrust[25].

[22] Cfr. M.M DABBAH, *International and Comparative Competition Law*, Cambridge, 2010, p. 3. Va segnalato che molte di queste normative scaturiscono da accordi di associazione o di cooperazione e sviluppo conclusi dall'Unione europea (ad es. con Paesi dell'area mediterranea, con il Messico, con il Sud Africa) che si presenta infatti come vero e proprio "esportatore" dei principi antitrust in altri ordinamenti, assumendo quindi il ruolo di modello globale in tale settore (sul punto cfr. A. JONES, B. SUFRIN, *EU Competition Law*, Oxford-New York, 2014, spec. p. 1291).

[23] Il riferimento è a una vecchissima sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, nella quale si precisa che «the general and almost universal rule is that the character of an act as lawful or unlawful must be determined wholly by the law of the country where the act is done» (*American Banana Co. v. United Fruit Co*., 213 U.S. 347 (1909)). Il principio della territorialità (pura) è stato seguito anche dal Regno Unito fino a tempi molto più recenti, e cioè fino a quando tale ordinamento ha uniformato la propria normativa alla disciplina UE, di cui diremo (in merito, v. J. BASEDOW, *op. cit.,* p. 1039).

[24] «Antitrust owes its centrality within the extraterritoriality debate to growth in international commerce, liberalized trade law and newly innovated trade instruments, which together have increased the number of pressure points between countries' antitrust laws and have engendered debate over the limits of each country's jurisdiction» (cfr. M. Greenfield, *Comity and Extraterritoriality in Antitrust Enforcement*, in *Harvard Law Review*, 2011, p. 1269 ss., spec. p. 1270). O ancora, «*[l]*a progressiva globalizzazione dei flussi commerciali ha influito profondamente su tale branca giuridica, stimolandone la trasformazione in un'ottica e secondo una dimensione internazionale, sulla scorta della necessità di garantire un'effettiva tutela del meccanismo concorrenziale in un contesto più ampio rispetto ai tradizionali confini domestici» (S. BASTIANON, P.M. FERRARI*, Gli strumenti di cooperazione internazionale in materia antitrust e i rapporti intercorrenti tra l'unione europea e la svizzera*, in M. CONDINANZI (a cura di), *Unione europea e svizzera tra cooperazione e integrazione*, Milano, 2012, p. 307, spec. p. 308).

[25] «The lack of legislation was a greater concern back in 1945 when the Alcoa decision was handed down. Today, antitrust legislation is widespread, but too often remains a mere 'law in the books'. Even where antitrust law is vigorously enforced, export cartels are often exempted; and the protection of foreign consumers will not be a high enforcement priority in any case» (F. WAGNER VON PAPP, *Competition Law and Extraterritoriality*, in A. EZRACHI (ed.), *Research Handbook on International Competition Law*, Cheltenham, 2012, p. 21 ss., spec. p. 22, nota 3).

Esclusa quindi una compartimentazione orizzontale nel cd. *enforcement* del diritto antitrust, appare quindi necessario accettare un concorso di leggi applicabili alle medesime fattispecie, e poco importa se questo determina una moltiplicazione dei controlli nei confronti delle stesse, con aumento dei tempi e dei costi di *compliance* per le imprese, e in ipotesi anche un rischio di incertezza giuridica dovuto alle possibili divergenze di "giudicati" con riguardo alle medesime fattispecie, in particolare quando non vi è coordinamento fra gli Stati coinvolti: trattasi della naturale conseguenza della scelta (volontaria) delle imprese di operare in più ordinamenti, con conseguente necessaria accettazione delle pretese giurisdizionali di tutti gli Stati con cui entrano in contatto[26].

In questa prospettiva, non stupisce quindi se, ormai settant'anni orsono, la Corte suprema americana abbia superato la territorialità soggettiva e riconosciuto che gli obiettivi sottesi allo *Sherman Act* avrebbero potuto essere pregiudicati da condotte poste in essere da imprese al di fuori del territorio degli Stati Uniti, con conseguente necessità di fondare la pretesa giurisdizionale dello Stato sulla base degli effetti di un comportamento nel territorio dello Stato stesso, onde difendere tali obiettivi, a prescindere dall'esistenza e dal contenuto di legislazioni straniere e indipendentemente dal fatto che queste accettassero o meno l'operatività extraterritoriale del diritto antitrust[27].

3. *La… lunga (ma inarrestabile) marcia compiuta dal diritto europeo antitrust nell'affermazione di una sua portata extraterritoriale: la teoria dell'unità del gruppo di imprese e i suoi risvolti sul versante della tutela dei diritti fondamentali*

Com'è noto, e in linea peraltro con omologhe disposizioni vigenti in altri ordinamenti, gli artt. 101 e 102 TFUE non contengono espresse in-

[26] Mi pare quindi poco centrata la riflessione di coloro che tuttora ritengono "eccessivi" i costi di *compliance* delle imprese ad esempio in caso di concentrazioni aventi impatto transnazionale (cfr. V. DEMEDTS, *International Competition Law Enforcement: different Means, One Goal?*, in *World Competition*, 2012, p. 223 ss., spec. p. 230).

[27] Cfr. la sentenza *Alcoa* (sopra, nota 17). Secondo A. DE MESTRAL, *The Extraterritorial extension of laws: how much has changed?*, in *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2014, p. 43: «[t]hroughout the 20' century, the extraterritorial application of domestic law has given rise to considerable controversy. Described variously as an attaint to the sovereignty of other states, as a violation of international law or even as a manifestation of American exceptionalism, the extraterritorial extension of domestic law has led to a number of notable clashes between otherwise closely allied countries».

dicazioni circa la possibilità di una loro applicazione extraterritoriale[28]. Né, del resto, per lungo tempo si è posto in modo compiuto il problema di una loro operatività "esterna", essendo prioritaria l'applicazione delle regole di concorrenza "all'interno" del mercato comune, in chiave complementare all'applicazione delle libertà fondamentali[29].

Ciò detto, e a conferma di quanto si ricordava nell'introduzione, tutte le volte che si è posto un problema di applicazione extraterritoriale degli artt. 101 e 102 TFUE (allora erano gli articoli 85 e 86 CEE, ovvero 81 e 82 CE), e di potenziale conflitto coi presunti limiti di diritto internazionale, è sempre prevalso l'interesse della Comunità – e oggi dell'Unione – rispetto a un ipotetico *self-restraint*.

Interesse giustificato anche con soluzioni originali rispetto alla giurisprudenza statunitense, e cioè *Alcoa* e la teoria degli effetti, nonostante la circostanza secondo cui quell'ordinamento, per lunghi anni, abbia costituito l'altro (unico) punto di riferimento globale per l'applicazione del diritto antitrust[30].

La prima teoria, in ordine di tempo, affermata dalla Corte di Giustizia a sostegno della legittimità dell'applicazione extraterritoriale del diritto europeo della concorrenza è quella dell'unità del gruppo di imprese (o della singola entità economica), formulata per la prima volta nel caso *Materie coloranti*[31]. Secondo tale teoria, sono soggette alle norme euro-

[28] Cfr. D. GERADIN, M. REYSEN, D. HENRY, *Extraterritoriality, Comity and Cooperation in EC Competition Law*, in A. GUZMAN (ed.), *Cooperation, Comity, and Competition Policy*, Oxford, 2010, p. 21.

[29] È noto che queste ultime si applicano agli Stati, mentre le prime alle imprese, e che l'operatività congiunta delle due categorie di regole è stata *ab origine* pensata esattamente in funzione della rimozione delle barriere esistenti nei mercati nazionali, come confermato anche dalla giurisprudenza (v. ad esempio, Corte di giustizia 13 febbraio 1969, causa 14/68, *Walt Wilhem* c. *Bundeskartellamt*, in *Racc.*, 1969, p. 1. Per tutti, v. invece C.D. Ehlermann, *The Contribution of EC Competition Policy to the Single Market*, in *Common Market Law Review*, 1992, p. 257).

[30] «Until the 1970s, the United States was virtually alone in promoting the effects doctrine as a valid basis for asserting jurisdiction over conduct abroad. Nearly all other States, including the industrialized ones, were opposed» (cfr. D. RISHIKESH, *Extraterritoriality versus Sovereignty in International Antitrust Jurisdiction*, in *World Competition*, 1991, p. 33 ss., a 36).

[31] Corte di giustizia 14 luglio 1972, causa 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd*, in *Racc.*, 1972, p. 619. Su tale sentenza, cfr. F.A. MANN, *The Dyestuffs Case in the Court of Justice of the European Communities*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1973, p. 35 ss.; J. ULLMER BAILLY, *Interpretation of Concerted Practices within Meaning of Article 85. Extraterritorial Jurisdiction of European Commission*, in *Harvard International Law Journal*, 1973, p. 621 ss.; J.W. HOWELL III, *Extraterritorial Application of Antitrust Legislation in the Common Market: The Dyestuffs Cases*, in *Columbia Journal Transnational Law*, 1973, p. 169 ss.; H. MAYRAS, *La théorie de l'effet dans le droit des ententes*, in *Jus Gentium*, 1972, p. 41 ss.

pee antitrust quelle imprese che, pur avendo la sede all'esterno dell'Unione, annoverano fra le loro controllate società stabilite in uno Stato membro. In questo caso, l'applicazione extraterritoriale delle regole di concorrenza risulta quindi basata sul presupposto applicativo della nazionalità. Come spesso avviene, nel caso *Materie Coloranti* sono forse le peculiarità specifiche della fattispecie a indurre la Corte a sviluppare tale teoria[32]; tuttavia, ad essa non può negarsi anche un fondamento oggettivo, giustificato sia dalla nozione di impresa in senso economico, che prescinde dalle articolazioni giuridiche in cui l'impresa si organizza, sia dalla necessità di evitare l'elusione dei divieti previsti dalle norme antitrust realizzata mediante costruzioni giuridiche "fittizie" o *ad hoc* delle imprese interessate.

Ciò posto, la teoria dell'unità del gruppo di imprese, se ormai consolidata sul fronte dell'applicazione extraterritoriale, presenta comunque elementi di attenzione sotto il diverso profilo della sua possibile tenuta rispetto all'art. 47 della Carta e all'art. 6 CEDU[33]), specialmente alla luce

[32] Il caso di specie riguardava un'impresa con sede nel Regno Unito (all'epoca Stato terzo) che controllava una società avente sede in Belgio. L'impresa controllante aveva dato istruzioni alla controllata perché questa partecipasse a un'intesa restrittiva della concorrenza. Nella sua decisione, la Commissione aveva in realtà applicato la teoria degli effetti. A fronte della contestazione della legittimità di tale teoria sotto il profilo del rispetto del criterio di territorialità, l'avvocato generale, pur ritenendo in principio corretta la scelta della Commissione, aveva sollevato dubbi quanto alla «competenza applicativa», e cioè la (futura) possibilità di ottenere l'*enforcement* della decisione. La Commissione aveva però introdotto dinanzi alla Corte l'idea che la controllante fosse comunque responsabile, a prescindere dall'applicazione della teoria degli effetti, semplicemente perché l'illecito era stato commesso dalla sua controllata, che ne riceveva le istruzioni. Fu probabilmente questo lo spunto colto dalla Corte per non affrontare la questione dell'applicazione extraterritoriale e aderire alla teoria della singola entità economica, per cui ai fini dell'applicazione delle regole antitrust l'impresa controllante e le sue controllate sono la stessa cosa.

[33] V. ad esempio M. BRONCKERS, A. VALLERY, *No Longer Presumed Guilty: The Impact of Fundamental Rights on Certain Dogmas of EU Competition Law*, in *World Competition*, 2011, p. 535 ss.; S. THOMAS, *Guilty of A Fault One has not Committed. The Limits of the Group-Based Sanction Policy Carried out by the Commission and the European Courts in EU-Antitrust Law*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, p. 11 ss. Più di recente, sulla responsabilità della capogruppo, v. anche N.I. PAUER, *The Single Economic Entity Doctrine and Corporate Group Responsibility in European Antitrust Law*, Alphen aan den Rijn, 2014; L.F. PACE, *The parent-subsidiary relationship in EU antitrust law and the AEG Telefunken presumption between the effectiveness of competition law and the protection of fundamental rights*, in *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 2014, p. 191 ss.; F. AMATO, A. DELLA NEGRA, F. LIBERATORE, *La responsabilità della capogruppo per le violazioni al diritto antitrust europeo commesse dalle controllate: presunzione relativa o, di fatto, assoluta?*, in *Contratto e Impresa Europa*, 2014, p. 334 ss.; F. GHEZZI, M. MAGGIOLINO, *L'imputazione delle sanzioni antitrust nei gruppi di imprese, tra "responsabilità personale" e finalità dissuasive*,

della natura quasi penale delle sanzioni antitrust[34]. Quanto sopra nella misura in cui illeciti (e soprattutto sanzioni) delle imprese "figlie" vengono imputati alle imprese "madri". La Corte ha risolto la questione escludendo automatismi, e introducendo una presunzione, da vincere mediante prova contraria che, nella specie, nonostante il rapporto di controllo, l'impresa controllata abbia agito indipendentemente dalla controllante. Trattasi, peraltro, di presunzione particolarmente difficile da superare nei casi in cui l'impresa controllante detenga una percentuale vicino al 100% del capitale della controllata[35].

4. *La cd. teoria dell'attuazione*

Per le ipotesi in cui non era possibile applicare la teoria dell'unità di gruppo di imprese, per mancanza di controllate "agenti" sul territorio dell'Unione, la Corte ha elaborato un presunto principio di territorialità "espanso", enunciando la cd. teoria dell'attuazione (*implementation theory*), elaborata per la prima volta nel caso *Pasta di legno*, riguardante un'intesa orizzontale in cui erano coinvolte 41 imprese produttrici e due

in *Rivista delle Società,* 2014, p. 1060 ss.; S.F. JANKA, *Parent liability and claims for recovery between joint and several debtors according to EU antitrust law*, in *European Competition Law Review*, 2014, p. 594 ss.; A. JONES, *Drawing the boundary between joint and unilateral conduct: parent-subsidiary relationship and joint ventures*, in A. EZRACHI (ed.), *op. cit.*, p. 393 ss.; N. WAHL, *Parent company liability: a question of facts or presumption?*, 19th *St.Gallen International Competition Law Forum ICF*, 2012, in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2206323.

[34] Cfr. Corte EDU 27 settembre 2011, *Menarini*.

[35] V. in tal senso Corte di giustizia 10 settembre 2009, causa C-97/08, *Azko Nobel*, in *Racc.*, 2009, p. I-08237 ss., §§ 60-61; 20 gennaio 2011, causa C-90/09 P, *General Química SA e altri* c. *Commissione europea*, *ibidem* 2011, p. I-1 ss., §§ 39-40; Corte di giustizia 29 settembre 2011, causa C-520/09 P, *Arkema SA* c. *Commissione europea*, *ibidem*, p. 8901 ss., §§ 40-41; Corte di giustizia 29 settembre 2011, causa C-521/09 P, *Elf Aquitaine SA* c. *Commissione europea*, *ibidem*, p. I-08947 ss., §§ 56-57; Corte di giustizia 19 luglio 2012, cause riunite C-628/10 P e C-14/11 P, *Alliance One International Inc. e Standard Commercial Tobacco Co. Inc.* c. *Commissione europea* e *Commissione europea* c. *Alliance One International Inc. e altri*, ECLI:EU:C:2012:479, §§ 46-47; Corte di giustizia (ord.) 13 dicembre 2012, Causa C-654/11 P, *Transcatab SpA* c. *Commissione europea*, ECLI:EU:C:2012:806, §§ 30-31. Più di recente, v. anche Corte di giustizia 11 luglio 2013, causa C-440/11 P, *Commissione europea* c. *Stichting Administratiekantoor Portielje e Gosselin Group NV*, ECLI:EU:C:2013:514; Corte di giustizia 10 aprile 2014, cause riunite C-247/11 P e C-253/11 P, *Areva SA (C-247/11 P)* c. *Commissione europea* e *Alstom SA e altri (C-253/11 P)* c. *Commissione europea*, ECLI:EU:C:2014:257; Tribunale 12 dicembre 2014, causa T-558/08, *Eni SpA* c. *Commissione europea*, ECLI:EU:T:2014:1080.

associazioni di categoria, tutte con sede legale al di fuori del territorio dell'Unione[36].

La Corte stabilisce che l'accertamento di una violazione dell'art. 101 TFUE (e in particolare una pratica concordata) richiede due elementi: da un lato, la conclusione di un accordo fra le imprese; dall'altro lato, l'attuazione di tale accordo. Secondo la Corte, è il secondo l'elemento decisivo ai fini della determinazione della competenza territoriale della Commissione a conoscere di un determinato illecito, e la *ratio* del ragionamento è nuovamente quella di garantire la più ampia osservanza delle regole antitrust, quando questa è di interesse per l'Unione.

La portata della teoria dell'attuazione è stata più volte oggetto di chiarimenti da parte di Corte di giustizia e Tribunale. Ad esempio, nella recente sentenza *InnoLux*[37], si precisa che, nel caso in cui «il requisito dell'attuazione è soddisfatto, la competenza della Commissione ad applicare le norme dell'Unione in materia di concorrenza nei confronti di [violazioni dell'art. 101 TFUE] trae fondamento nel principio di territo-

[36] Corte di giustizia 27 settembre 1988, cause 89/85 e altre, *Pasta di legno*, in *Raccolta*, 1988, p. 5193 ss. Fra i molti commenti, v. F.A. MANN, *The Public International Law of Restrictive Practices in the European Court of Justice*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1989, p. 375 ss.; T. CHRISTOFOROU, *European Economic Community Law: The Territorial Scope of Application of EEC Antitrust Law*, in *Harvard International Law Journal*, 1989, p. 195 ss.; M. JEFFREY, *The Implications of the Wood Pulp Case for the European Communities*, in *Leiden Journal of International Law*, 1991, p. 75 ss.

[37] Tribunale 27 febbraio 2014, causa T-91/11, *InnoLux Corp*, ECLI:EU:T:2014:92, poi confermata da Corte di giustizia 9 luglio 2015, causa C-231/14 P, *InnoLux Corp.* c. *Commissione europea*, ECLI:EU:C:2015:451. Il caso riguarda un cartello posto in essere sul mercato mondiale da sei grandi produttori internazionali di schermi a cristalli liquidi (LCD), segnatamente in relazione a due categorie di schermi LCD che vengono prodotti dalle imprese parti del cartello e poi incorporati in prodotti finiti, dalle stesse imprese, da loro controllate, ovvero da imprese indipendenti (LCD per applicazioni informatiche, incorporati in notebook e computer; o LCD incorporati in televisori). InnoLux impugna la decisione della Commissione asserendo, fra le altre cose, che nel determinare il valore delle vendite rilevanti ai fini del calcolo dell'ammenda la Commissione avrebbe utilizzato una nozione giuridicamente errata, e cioè quella delle «vendite dirette nel SEE attraverso prodotti trasformati». Per quanto qui interessa, secondo la ricorrente l'utilizzo di tale nozione fa sì che la Commissione abbia oltrepassato la propria competenza territoriale, spostando artificialmente il luogo in cui le vendite erano avvenute: infatti, le vendite degli LCD erano avvenute su mercati esteri e fra imprese estere, e cioè InnoLux e alcune sue controllate estere; e solo una minima parte dei prodotti finiti in cui tali LCD erano stati successivamente incorporati era poi stata venduta nel territorio dell'Unione. Per un commento, v. S.S.H. CHAN, *InnoLux Corp v. European Commission: Establishment of the effects doctrine in extra-territoriality of EU competition law?*, in *European Competition Law Review*, 2015, p. 463 ss.

rialità che è universalmente accolto nel diritto internazionale pubblico»[38].

Utilizzando poi il precedente *Gencor*[39], interpretato come mera specificazione della teoria dell'attuazione (benché in realtà, e lo vedremo, avente valenze diverse), il Tribunale stabilisce che «il criterio dell'attuazione di un'intesa come elemento di collegamento della stessa col territorio dell'Unione viene soddisfatto con la semplice vendita del prodotto oggetto del cartello all'interno di quest'ultima, a prescindere dall'ubicazione delle fonti di approvvigionamento e degli impianti di produzione». Quindi, si ritengono attuate nel territorio dell'Unione europea le vendite dirette nel territorio dell'Unione mediante prodotti trasformati[40]. Sotto questo profilo, il Tribunale esclude che possa avere alcun rilievo la circostanza che «i prodotti oggetto di un cartello, prima di raggiungere il mercato interno, siano assoggettati ad una transazione fra due società con sede all'esterno del SEE e appartenenti all'impresa che ha partecipato al cartello». Ciò che conta è infatti il luogo di attuazione del cartello, il quale, ove abbia dimensioni mondiali, viene certamente posto in essere anche nel territorio dell'Unione[41].

5. *La dottrina degli effetti: la posizione della Commissione e del Tribunale, le riluttanze (più apparenti che reali) della Corte di Giustizia, e il suo esplicito riconoscimento nella disciplina europea dei mercati finanziari*

Come si osservava in precedenza, mentre negli Stati Uniti la dottrina degli effetti, da *Alcoa* in avanti, veniva progressivamente affinata per giustificare l'applicazione extraterritoriale dello *Sherman Act*[42], la sua

[38] Cfr. il § 60 della sentenza.

[39] Tribunale 25 marzo 1999, causa T-102/96, *Gencor Ltd*., in *Racc.*, 1999, p. II-753 ss. Per un commento v. E.M. FOX, *The Merger Regulation and its Territorial Reach: Gencor Ltd v. Commission*, in *European Competition Law Review*, 1999, p. 334 ss.; U. DRAETTA, *La giurisdizione internazionale della Commissione in materia di controllo delle concentrazioni*, in *Diritto del Commercio Internazionale,* 1999, p. 785 ss.; G.E. PORTER, *The Gencor judgment: collective dominance, remedies and extraterritoriality under the Merger Regulation*, in *European Law Review*, 1999, p. 638; A. BAVASSO, *Gencor: A Judicial Review of the Commission's Policy and Practice*, in *World Competition,* 1999, p. 45 ss.

[40] Cfr. il § 63 della sentenza.

[41] Cfr. i §§ 66 ss. della sentenza.

[42] Nel caso *Timberlane Lumber Co.* (549 F.2d, p. 613 (1976)), dato (formalmente) atto della circostanza che una mera "teoria degli effetti" potrebbe incontrare limiti di diritto internazionale, la Corte Suprema elabora la nozione di c.d. cortesia internazionale e

utilizzazione nell'Unione rispetto all'operatività degli artt. 101 e 102 TFUE subisce un percorso meno lineare, soprattutto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.

A dire il vero, in un caso molto risalente, e cioè la sentenza *Béguelin*, la Corte aveva testualmente sancito il principio secondo cui «il fatto che una delle imprese partecipanti all'accordo si trovi in un paese terzo non impedisce l'applicazione dell'art. [101 TFUE] ove l'accordo produca effetti nel territorio del mercato comune»[43]. Tuttavia, lungi dal rappresentare un precedente reiterato poi dalla Corte, quest'ultima ha finora sempre preferito giustificare l'applicazione extraterritoriale del diritto

del bilanciamento degli interessi, ritenendo in definitiva che nessun problema sussiste a perseguire cartelli tra imprese straniere quando c'è un interesse sufficientemente forte del foro rispetto a quello di altri Stati. All'uopo, il grado di tale interesse si evidenzia sulla base di alcuni fattori, quali (*i*) il grado di conflitto fra le varie legislazioni nazionali; (*ii*) la nazionalità, la sede, o il centro di interessi delle parti; (*iii*) le effettive possibilità di applicazione delle proprie norme da parte dei vari Stati coinvolti; (*iv*) il grado di pregiudizio per il commercio dei singoli Stati; (*v*) la prevedibilità di tali effetti. Questa sorta di *rule of reason* viene confermata poi nella sentenza *Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Corp* (595 F.2d 1287, p. 1296-98 (3d Cir. 1979). In *Hartford Fire Ins. Co. v. California* (509 U.S. 764, 796 n.23 (1993)), il pendolo sembra tornare verso la mera sussistenza di effetti nel mercato statunitense quale presupposto applicativo extraterritoriale delle norme antitrust. Semmai, il test di ragionevolezza e la cortesia internazionale possono invece entrare in gioco in un momento successivo all'accertamento dell'esistenza della giurisdizione, e cioè per valutare l'opportunità del fatto che questa venga in concreto esercitata. In *United States v. Nippon Paper Indus. Co.* (109 F.3d 1, 8 (1st Cir. 1997)), la circostanza che la fattispecie sia (oltretutto penalmente) vietata sia negli Stati Uniti che in Giappone elimina ogni problema di *comity* internazionale, non potendo il foro "abdicare" ai propri interessi quando anche gli altri ordinamenti coinvolti hanno nella propria legislazione divieti analoghi a quelli previsti dalle norme antitrust (in tema, v. ulteriormente il caso *Empagran I* (542 U.S. 155, 164 (2004)). Ma non è solo la giurisprudenza a trattare l'argomento in esame: la teoria degli effetti viene riconosciuta in alcuni atti normativi (es. *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* del 1982, che codifica *Alcoa* e precisa che lo *Sherman Act* si applica con efficacia extraterritoriale solo alle condotte che hanno un effetto diretto, sostanziale e ragionevolmente prevedibile sul commercio statunitense o sulle esportazioni). E viene anche codificata in strumenti di *soft law*, quali le *Antitrust Enforcement Guidelines For International Operations* del *Department of Justice* e della *Federal Trade Commission*, in *Antitrust and Trade Regulation Report*, n. 1707, 6 aprile 1995 (http://www.justice.gov/atr/antitrust-enforcement-guidelines-international-operations), nonché nel noto *Restatement (Third) Limitations on Jurisdiction to Prescribe* con riguardo alla cortesia internazionale.

[43] Corte di giustizia 25 novembre 1971, causa 22/71, *Béguelin*, in *Racc.*, 1971, p. 949 ss. Nei medesimi termini anche Corte di giustizia 20 giugno 1978, causa 28/77, *Tepea BV*, *ibidem* 1978, p. 1391 ss., sempre tuttavia più a livello di *obiter dictum* che di effettiva adesione alla dottrina degli effetti.

europeo antitrust sulla base delle altre teorie sopra descritte, al prezzo talvolta di qualche irrazionalità[44].

Per contro, dal punto di vista della Commissione non vi sono mai state esitazioni nel ritenere tale teoria pienamente applicabile per dare efficacia extraterritoriale agli articoli 101 e 102 TFUE: sono molteplici, e anche risalenti[45], le decisioni della Commissione in cui si utilizza la teoria degli effetti per sanzionare intese o condotte unilaterali poste in essere da imprese non stabilite nel territorio dell'Unione. E addirittura, la stessa viene teorizzata in linea generale, ad esempio nelle Linee guida sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri del 2004[46]: così, secondo la Commissione, gli artt. 101 e 102 TFUE si applicano agli illeciti «che sono in grado di pregiudicare il commercio tra gli Stati membri anche se una o più parti interessate sono situate al di fuori della Comunità… indipendentemente dal luogo dove le imprese sono situate o l'accordo è stato concluso, quando gli accordi o le pratiche sono posti in essere all'interno della Comunità o hanno effetti all'interno della Comunità»[47].

Anche il Tribunale ha ormai adottato la teoria degli effetti: il già citato caso *Gencor*[48] conferma la decisione della Commissione che non aveva autorizzato una concentrazione fra due imprese sudafricane, dunque "attuata" nel mercato sudafricano. Benché apparentemente la *ratio*

[44] Peraltro, il dubbio che si tratti più di cosmesi, che di vera opposizione alla citata dottrina, emerge in modo netto in relazione a quanto precisato *infra*, nel presente paragrafo. Nel caso *Pasta di legno*, riesce tuttora difficile comprendere il motivo a fronte del quale, avendo una chiara possibilità di sancire in via definitiva l'operatività della teoria degli effetti anche nell'ordinamento antitrust unionale, la Corte abbia preferito "inventare" la teoria dell'attuazione (v. sopra, il § 0). Tanto più che la Commissione aveva adottato la propria decisione nei confronti del cartello dei produttori di pasta di legno appunto sulla teoria degli effetti, e che tale scelta era stata motivatamente legittimata dal punto di vista del diritto internazionale dall'A.G. Darmon nelle sue conclusioni a quella causa. Tra l'altro, in quella stessa circostanza anche autorevole dottrina addirittura giunse alla conclusione secondo cui è la stessa lettera degli artt. 85 e 86 CEE (oggi 101 e 102 TFUE) a permetterne l'applicazione extraterritoriale in base alla teoria degli effetti (J. BASEDOW, *Entwicklungslinien des internationalen Kartellrechts*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1989, p. 627 ss. e spec. p. 634).

[45] V. sopra, nota 36.

[46] Comunicazione della Commissione, *Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato* (2004/C 101/07), in *GU C*, n. 101, del 27 aprile 2004, p. 81, spec. 93 e ss. La sezione conclusiva di tali Linee guida è infatti dedicata agli «[a]ccordi ed abusi relativi ad importazioni ed esportazioni con imprese situate in paesi terzi ed accordi e pratiche relativi ad imprese situate in paesi terzi» (§§ 100-109).

[47] V. il § 100 delle Linee guida, cit., che al riguardo richiamano la sentenza resa in causa 28/77, *Tepea BV*, cit.

[48] Causa T-102/96, *Gencor Ltd.*, cit.

decidendi adottata sia quella secondo cui, a valle della concentrazione, l'impresa interessata avrebbe venduto i propri prodotti nel territorio dell'Unione[49], il Tribunale esprime un chiaro *favor* per la legittimità internazionale della teoria degli effetti: «qualora sia prevedibile che una progettata concentrazione produca un effetto immediato e sostanziale nella Comunità, l'applicazione del regolamento [sulle concentrazioni, allora 4064/89 oggi 139/2004] è giustificata con riferimento al diritto internazionale pubblico»[50].

Analoga posizione si riscontra nel più recente caso *ICF*[51], nel quale si conferma la decisione sanzionatoria della Commissione concernente un'intesa sul mercato mondiale del fluoruro di alluminio, basata anch'essa sulla teoria degli effetti. Ivi il Tribunale ribadisce l'attualità e validità della giurisprudenza *Béguelin* e osserva che «il diritto della concorrenza dell'Unione è applicabile ad un'intesa che produca i suoi effetti nel territorio del mercato interno, a prescindere dal fatto che una delle imprese partecipanti ad un accordo sia situata in un paese terzo»[52].

Ogni residuo dubbio quanto all'operatività extraterritoriale delle norme europee antitrust in base alla dottrina degli effetti viene definitivamente fugato dal Tribunale nel caso *Intel*[53]. Al di là della sanzione molto pesante applicata all'impresa (oltre un miliardo di euro) e delle importanti questioni di merito dibattute in tale occasione[54], la sentenza

[49] Secondo alcuni, questa particolare qualificazione della fattispecie (vendita dei prodotti nell'Unione), avrebbe quale effetto quello secondo cui «the General Court seems to use the effects doctrine to circumscribe rather than to expand EU jurisdiction under the Merger Regulation» (J. SCOTT, *The New EU "Extraterritoriality"*, in *Common Market Law Review,* 2014, p. 1343 ss., spec. p. 1357). Si tratta, invero, di precisazione avente scarsa portata pratica, e anche scarsa persuasività, posto comunque che, al solito, l'operatività extraterritoriale viene comunque assicurata, sussistendo un interesse dell'Unione a impedire questa concentrazione.

[50] Cfr. il § 90 della sentenza. In tema, v. anche P. DE PASQUALE, *L'applicazione extraterritoriale delle regole antitrust*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, e le citate Linee guida della Commissione, nota 80.

[51] Tribunale 18 giugno 2013, causa T-406/08, *Industries chimiques du fluor (ICF)*, ECLI:EU:T:2013:322.

[52] V. il § 210.

[53] Tribunale 12 giugno 2014, causa T-286/09, *Intel*, ECLI:EU:T:2014:547.

[54] La sentenza affronta il tema classico delle finalità del diritto antitrust fra tutela della struttura di mercato (in definitiva avallata dal Tribunale) e tutela del benessere dei consumatori. Per commenti sulla pronuncia cfr. E. RUIZ CAIRO, *The Intel case in a broader context: can we learn some lessons from the US perspective?*, in *Competition Law Journal*, 2015, p. 27 ss.; P. NIHOUL, *The Ruling of the General Court in Intel: Towards the End of an Effect - based Approach in European Competition Law?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, p. 521 ss.; R. WHISH, *Intel v Commission: Keep Calm and Carry on!*, *ibidem*, 2015, p. 1 ss.; D. GERADIN, *Loyalty rebates af-*

affronta la questione se la Commissione fosse territorialmente competente, ai sensi del diritto internazionale, a sanzionare il comportamento anticoncorrenziale di Intel, in particolare, perché alcune delle condotte censurate riguardavano esclusivamente i rapporti di questa con altre imprese, anch'esse stabilite al di fuori del territorio dell'Unione. Ebbene, il Tribunale riconosce l'esistenza parallela e cumulativa sia della teoria dell'attuazione che della dottrina degli effetti, ambedue già da tempo operanti nell'ordinamento dell'Unione e idonee «al fine di provare che la competenza della Commissione è giustificata sotto il profilo delle norme del diritto internazionale pubblico». Ne deriva che «qualora la competenza della Commissione possa essere accertata sulla base della realizzazione del comportamento di cui trattasi nell'Unione, non è necessario esaminare l'esistenza degli effetti per stabilire tale competenza»; alternativamente, «per giustificare la competenza della Commissione secondo le norme del diritto internazionale pubblico, è sufficiente che i criteri dell'effetto immediato, sostanziale e prevedibile nell'Unione siano soddisfatti», senza che risulti necessario dimostrare pure che la condotta è attuata nell'Unione[55].

Del resto, che la dottrina degli effetti abbia sicura dignità nell'ambito del diritto dell'Unione europea si evince anche *aliunde*, in particolare nella disciplina relativa ai mercati finanziari, ove essa viene espressamente adottata in atti normativi dell'Unione. Ciò vale, innanzitutto, per il cd. regolamento EMIR[56]: con riguardo ai cd. obblighi di compensazione, l'art. 4(1) di tale regolamento dispone infatti che «[l]e controparti compensano tutti i contratti derivati OTC appartenenti a una categoria di derivati OTC dichiarata soggetta all'obbligo di compensazione in conformità dell'articolo 5, paragrafo 2, se tali contratti», tra l'altro, sono stati conclusi «tra due soggetti stabiliti in uno o più paesi terzi che sarebbero sottoposti all'obbligo di compensazione se fossero

ter Intel: time for the European Court of Justice to overrule Hoffman-La Roche, *ibidem*, 2015, p. 579 ss.; P. DE GRABA, J. SIMPSON, *Loyalty discounts and theories of harm in the Intel investigations*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2014, p. 170 ss.; A. USAI, *The Intel case: between Tomra Systems ASA, the Commission's guidance on enforcement priorities, and the alleged infringement of procedural requirements - no fat left on the bone*, in *European Competition Law Review*, 2014, p. 387 ss.; J.S. VENIT, *Case T-286/09 Intel v Commission – The Judgment of the General Court: All Steps Backward and No Steps Forward*, in *European Competition Journal*, 2014, p. 203 ss.; W.P.J. WILS, *The judgment of the EU General Court in Intel and the so-called 'more economic approach' to abuse of dominance*, in *World Competition*, 2014, p. 405 ss.

[55] Cfr. i §§ 230 ss. della sentenza.

[56] Cfr. Regolamento (UE) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012, *sugli strumenti derivati OTC, le controparti centrali e i repertori di dati sulle negoziazioni*, in *GU* L, n. 201, del 27 luglio 2012, p. 1 ss.

stabiliti nell'Unione, purché il contratto abbia un effetto diretto, rilevante e prevedibile nell'Unione o laddove tale obbligo sia necessario od opportuno per evitare l'elusione delle disposizioni del presente regolamento». In modo analogo, con riguardo ai contratti derivati OTC non compensati mediante CCP[57], l'art. 11(12) del medesimo regolamento prevede che determinate tecniche di attenuazione dei rischi relativi a tale categoria di strumenti finanziari «si applicano ai contratti derivati OTC stipulati tra enti di paesi terzi che sarebbero soggetti a tali obblighi se fossero stabiliti nell'Unione, purché detti contratti abbiano un effetto diretto, rilevante e prevedibile nell'Unione o laddove tale obbligo sia necessario od opportuno per evitare l'elusione delle disposizioni del presente regolamento».

In secondo luogo, va richiamato il cd. regolamento MIFIR[58], il cui art. 28(3) estende l'obbligo di negoziare esclusivamente in mercati regolamentati, sistemi multilaterali di negoziazione ovvero sistemi organizzati di negoziazione, normalmente imposto a determinati soggetti stabiliti[59], anche «alle entità di paesi terzi che sarebbero soggette all'obbligo di compensazione se avessero sede nell'Unione quando effettuano operazioni in una classe di derivati dichiarata soggetta all'obbligo di compensazione, a condizione che il contratto abbia un effetto diretto, sostanziale e prevedibile in seno all'Unione o qualora tale obbligo sia necessario o appropriato per evitare il mancato rispetto di qualsiasi disposizione del presente regolamento».

Infine, anche il cd. regolamento MAR[60] ha applicazione extraterritoriale basata sulla teoria degli effetti. Viene infatti previsto che le disposizioni relative alla manipolazione del mercato e al loro divieto (artt. 12 e 15) si applichino anche, fra gli altri, «ai contratti a pronti su merci che non sono prodotti energetici all'ingrosso, se un'operazione, ordine di compravendita o condotta ha o è probabile che abbia o è finalizzato ad

[57] Ossia, mediante «una persona giuridica che si interpone tra le controparti di contratti negoziati su uno o più mercati finanziari agendo come acquirente nei confronti di ciascun venditore e come venditore nei confronti di ciascun acquirente» secondo la definizione di cui all'art. 2(1) reg. 648/2012, cit.

[58] Cfr. Regolamento (UE) n. 600/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, *sui mercati degli strumenti finanziari e che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012*, in *GU* L, n. 173, del 12 giugno 2014, p. 84 ss.

[59] E precisamente le controparti finanziarie di cui all'art. 2(8) reg. 684/2012, cit., e le controparti non finanziarie di cui all'articolo 10(1)(b) di detto regolamento (cfr. art. 28(1) reg. 600/2014, cit.).

[60] Cfr. Regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, *relativo agli abusi di mercato (regolamento sugli abusi di mercato) e che abroga la direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE della Commissione*, in *GU* L, n. 173, del 12 giugno 2014, p. 1 ss.

avere, un effetto sul prezzo o sul valore di uno strumento finanziario» che è scambiato in un mercato europeo (art. 2(a)). Inoltre, si dispone che i requisiti e divieti contenuti nel regolamento «si applicano alle attività e alle omissioni nell'Unione e in un paese terzo» in relazione a determinati strumenti finanziari (art. 2(4)).

Peraltro, quello dei servizi finanziari (assieme all'antitrust) è uno dei settori dove l'applicazione extraterritoriale delle normative nazionali è stata più intensa, specialmente se si prende a riferimento l'ordinamento statunitense, dove si è sviluppato (e con una certa intensità) il noto fenomeno delle c.d. *foreign cubed class actions*[61].

6. *La vera* ratio *delle articolate dottrine fondanti l'applicazione extraterritoriale del diritto europeo antitrust:* 'whatever it seems fit'...

L'insieme della casistica dianzi ricordata, e della restante che vedremo in prosieguo, denota a mio avviso una sicura propensione per l'applicazione extraterritoriale del diritto europeo antitrust che si estende non solo agli articoli 101 e 102 TFUE, ma pure alla disciplina delle concentrazioni. Inoltre, la *policy* perseguita non sembra affatto diversa da quella statunitense. E cioè, quale che sia la giustificazione formale adottata per affermare la legittimità della repressione di condotte anticoncorrenziali dal punto di vista internazionale, quello che mi pare rilevante è

[61] E «cioè azioni straniere al cubo, in quanto tre volte estranee all'ordinamento statunitense poiché proposte da investitori stranieri nei confronti di società straniere emittenti di strumenti finanziari quotati su mercati stranieri e volte al risarcimento di danni asseritamente subiti in seguito a investimenti effettuati appunto su mercati stranieri. Spesso gli attori lamentano di aver subito danni per la diminuzione del valore delle azioni al momento della scoperta dell'esistenza di una lacuna informativa e/o una frode in relazione all'attività e/o ai conti della società in violazione delle norme statunitensi che disciplinano i mercati finanziari» (cfr. S. BARIATTI, *Riflessioni sull'applicazione extraterritoriale delle norme relative ai servizi finanziari: dal caso Morrison al Dodd-Franck Act e oltre*, in *Il Diritto del Commercio Internazionale* 2012, p. 423 ss., spec. p. 424). La stessa A., a p. 425, osserva ad esempio che «[t]ra il 1996 e il 2005 sono state avviate quarantacinque *foreign cubed class actions* e nel 2007 il 15% circa delle *class actions* relative a servizi finanziari davanti ai giudici statunitensi erano proposte contro convenuti stranieri. La tendenza è continuata nei due anni successivi con azioni contro Crédit Suisse, UBS, RBS, CIBC, Société Générale, Fortis, Tyco, Nortel, Royal Dutch Shell, Deutsche Telekom, ADS, Lagardère, Alstom, Thales, Banco Santander, e molte altre società. Nel 2009 sono state avviate venti *foreign cubed class actions*. Tali azioni generalmente si sono concluse con una transazione, che ha garantito agli attori risarcimenti medi di 37 milioni di dollari, con l'eccezione del caso Tyco nel 2007, in cui gli attori si sono visti riconoscere un risarcimento di 3,2 miliardi di dollari».

la circostanza secondo cui, in un modo o nell'altro, una giustificazione venga sempre individuata.

Quanto sopra tende anche a ridimensionare notevolmente l'interesse del quesito se e quando la Corte vorrà finalmente avallare *fundito* la dottrina degli effetti. Ad oggi, infatti, quel che sembra di poter dire è che il momento non è ancora giunto, ma solo perché non ve ne è stato bisogno.

Basti pensare, sotto un diverso profilo, al caso *Nexans*[62], nel quale veniva in rilievo una particolare situazione applicativa del principio di territorialità con riguardo ai poteri di indagine della Commissione. Ora, è chiaro che, trattandosi di attività di natura amministrativa e/o sostanzialmente di polizia, è escluso dal diritto internazionale che essa possa concretamente svolgersi al di fuori del territorio dell'Unione. Nondimeno, nel caso in esame si discuteva se i cd. *dawn raids* di documenti delle imprese partecipanti a un'intesa effettuati dalla Commissione potessero essere giustificati sul piano del diritto internazionale anche qualora i suddetti documenti riguardavano i progetti di queste ultime con riguardo a mercati extraeuropei.

A fronte degli argomenti avanzati dalle imprese volti a contestare la legittimità dell'operato della commissione, il Tribunale e l'Avvocato Generale Kokott sono adamantini nel negare la violazione del principio di territorialità, osservando semplicemente che i locali perquisiti dalla Commissione e i documenti aziendali da essa esaminati si trovavano nel territorio dell'Unione. Inoltre, pur precisandosi che il principio di territorialità limita la competenza della Commissione «in via esclusiva all'esame delle manovre che, alla luce delle loro probabili ripercussioni, sono idonee a compromettere la concorrenza sul mercato interno», ciò non esclude affatto il potere di sequestrare ed esaminare documenti aziendali riguardanti progetti in paesi terzi, ad esempio «qualora tali documenti forniscano indicazioni sul funzionamento di un'intesa operante a livello mondiale oppure qualora i progetti di cui trattasi, a causa del loro stretto collegamento con operazioni interne all'Unione, possano esplicare a loro volta effetti sul mercato interno. Siffatta connessione con il mercato interno è sufficiente, sotto il profilo del diritto internazionale, per giustificare, nell'ambito di un'indagine preliminare, accertamenti della Commissione in relazione ai documenti aziendali di cui trattasi»[63]. È sufficiente quindi il dubbio che la documentazione oggetto di seque-

[62] Corte di giustizia 25 giugno 2014, causa C-37/13, *Nexans SA e Nexans France SAS* c. *Commissione europea*, ECLI:EU:C:2014:2030.

[63] V. le conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott del 3 aprile 2014, causa C−37/13 P, *Nexans SA e Nexans France SAS* c. *Commissione europea*, ECLI:EU:C:2014:223, § 70.

stro possa permettere di «scoprire comportamenti che possono ledere il commercio tra Stati membri e che hanno per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune», per giustificare qualsiasi misura compiuta al riguardo dalla Commissione[64]. E non sfugge, ancora una volta, l'ennesima adesione *en passant* della Corte alla dottrina degli effetti.

In questa prospettiva funzionale, e quando meno a valle di *Intel*, perde quindi anche di interesse la questione se il diritto europeo antitrust possa colpire condotte decise fuori dai confini europei ma non attuate nell'Unione, trattandosi ad esempio di condotte omissive (boicottaggi, rifiuti di contrarre, e simili)[65]. O ancora, se siano sanzionabili fattispecie indirette di illecito antitrust, e cioè i casi in cui imprese estere parti di un cartello non esportino direttamente i loro prodotti all'interno dell'Unione, ma piuttosto abbiano relazioni commerciali esclusivamente con un'altra impresa estera (non coinvolta nell'illecito) la quale poi, in modo autonomo, provvede a vendere nel territorio dell'Unione[66].

[64] Causa C-37/13 P, *Nexans*, cit., § 27.

[65] E in effetti, con riguardo alle condotte concertate, si osserva che «it seems [...] perfectly acceptable to say that an agreement not to do something is 'implemented' by not doing that something. The place of the omission, and therefore the place where the agreement not to do something is implemented, is arguably the place where the action should have taken place. Therefore, it does seem possible to say that the agreement to refrain from selling into the EU is 'implemented' in the EU. That this interpretation may seem slightly counterintuitive is owed merely to the fact that we tend to think and speak in terms of commission rather than omission; but where there is a duty to act, an omission is commensurate to a commission». Ma tale aspetto è ancora più evidente con riferimento alle condotte unilaterali, dove «one could say that the decision not to deal was implemented», ma in realtà «to distinguish the decision not to deal from the actual omission seems to cross the fine line between interpretation and sophistry» (cfr. F. WAGNER VON PAPP, *op. cit.*, pp. 45-47).

[66] Con riguardo a quest'ultima fattispecie, si osserva che «[t]o the extent [the unaffiliated and bona fide non-EU intermediary] passes on the cartel surcharge to its EU customers there is no doubt that the cartel has effects in the EU, and these effects would arguably be sufficiently 'direct' under the effects doctrine. It is doubtful, however, whether one could say that the cartel was 'implemented' on EU territory, as the only action on EU territory was the indirect purchase from an innocent intermediary. Arguing that the cartel was implemented in the EU would require treating the bona fide direct purchaser as an instrumentality of the cartel. Unless one wants to use such increasingly contorted ways of translating any effect into an indirect implementation of the agreement, Wood Pulp I appears to require direct sales into the EU. From a policy perspective, this opens up similarly dangerous loopholes as the ones the Court sought to avoid by focusing on the implementation rather than the formation of the agreement» (cfr. F. WAGNER VON PAPP, *op. cit.*, p. 29). Per completezza, simili fattispecie sono senz'altro colpite secondo lo *Sherman Act*, sulla scorta delle *Guidelines* elaborate da DOJ e FTC nel 1995 – § 3.121 (cfr. *In re TFT-LCD (Flat Panel) Antitrust Litigation*, 2011-2 *Trade Cases (CCH)* § 77, 644 (N.D. Cal., 5)).

La *ratio* dell'applicazione extraterritoriale del diritto europeo antitrust è quella, molto semplice, secondo cui chiunque intenda operare nel mercato interno deve rispettarne le regole[67]. Ed è chiaro che, posta in questo senso, la questione se tale pretesa "extraterritoriale" possa ledere limiti di diritto internazionale rischia di diventare sterile[68].

[67] Chiarissime in questo senso sono le affermazioni del Commissario M. Vestager riportate nel Comunicato stampa della Commissione del 22 aprile 2015, *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Gazprom for alleged abuse of dominance on Central and Eastern European gas supply markets* («[a]ll companies that operate in the European market – no matter if they are European or not – have to play by our EU rules», e del 15 aprile 2015, *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Google on comparison shopping service; opens separate formal investigation on Android* («[t]he Commission's objective is to apply EU antitrust rules to ensure that companies operating in Europe, wherever they may be based, do not artificially deny European consumers as wide a choice as possible or stifle innovation»). Di identico tenore le dichiarazioni dell'ex Commissario J. Almunia, secondo cui «[f]rom the EU perspective, the way to deal with this issue is quite clear: all market players must receive the same treatment, without distinctions based on ownership or geographic location. Consumers and law-abiding businesses suffer the same harm if the anti-competitive practices come from domestic or foreign firms; from private companies or state-owned enterprises. Therefore, the responsibility of a competition authority is to keep markets open, level, and contestable – regardless of who breaks the rules» (cfr. J. ALMUNIA, *Keeping the global playing field level*, International Competition Network, 13th Annual Conference, Marrakech 24 aprile 2014, disponibile all'indirizzo http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-332_en.htm).

[68] In questa prospettiva, mi pare potrà anche risolversi forse l'ultima *vexata quaestio* concernente l'extraterritorialità degli art. 101 e 102 TFUE, e cioè se essa possa giungere a colpire anche i cartelli fra imprese straniere che impediscano o comunque ostacolino l'ingresso di imprese europee in mercati esteri (in tal senso, nella prassi statunitense, v. il caso *United States v. Pilkington plc,* 59 Fed. Reg. 30604 (1994), sul quale, per tutti, v. J.N. NEUMAN, *Through a Glass Darkly: The Case against Pilkington plc. Under the New U.S. Department of Justice International Enforcement Policy*, in *Northwestern Journal of International Law & Business*, 1996, p. 284 ss.; D. HARRIS, *United States v. Pilkington plc and Pilkington Holdings, Inc.: The Expansion of International Antitrust Enforcement by the United States Justice Department*, in *North Carolina Journal International Law and Commercial Regulation*, 1995, p. 415 ss.). Dopo *Intel*, si tratterà semplicemente di misurare se fattispecie del genere abbiano un effetto *immediato, sostanziale e prevedibile nell'Unione.* E una volta individuata una risposta positiva, non ritengo possa escludersi l'applicazione della dottrina degli effetti anche alle fattispecie cd. in uscita (*outbound extraterritoriality*), benché tuttora guardata con cautela dalla stessa dottrina americana (v. ad esempio E.M. FOX, *Can we solve the antitrust problems of globalization by extraterritoriality and cooperation?*, *cit*., pp. 366 e 370). Il che, giova ripetere, sulla base dell'accertata esistenza di un interesse dell'Unione – ad esempio – a proteggere (a) *tout-court* le proprie imprese operanti sui mercati globali, esattamente come fanno gli Stati Uniti, oppure (b) la struttura o il livello di concorrenza nel mercato interno qualora essi fossero pregiudicati dall'indebolimento di imprese europee che avessero patito condotte anticompetitive su mercati esteri. Quest'ultima ipotesi non pare allo stato immediata, ma la natura globale dei mercati e la loro rapida evoluzione, soprattutto in taluni settori, certo non consente di escludere *a priori* simili eventualità (cfr. A. THEMELIS, *The*

Le considerazioni appena svolte mi pare trovino conferma nell'esame della prassi più recente della Commissione, in cui, a fronte di una chiara applicazione extraterritoriale delle norme antitrust, a volte neppure si pone il tema di una sua giustificazione sul piano del diritto internazionale; altre volte si risolve invece la questione in modo *tranchant* a favore della repressione di condotte anticompetitive. Sotto il primo profilo, il riferimento va fatto ai numerosi casi di concentrazioni fra imprese non stabilite nel territorio dell'Unione che sono state nondimeno assoggettate al controllo della Commissione ai sensi del regolamento (CE) n. 139/2004 e da questa autorizzate[69]. Sotto il secondo profilo, alle comunicazioni degli addebiti per pretesa violazione dell'art. 102 TFUE inviate nell'aprile 2015 a due imprese particolarmente note, e cioè *Google* e *Gazprom*[70].

Internet, Jurisdiction and EU Competition Law: The Concept of "Over-territoriality" in Addressing Jurisdictional Implications in the Online World, in *World Competition,* 2012, p. 325 ss., spec. p. 332).

[69] Cfr. regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, in *GU* L, n. 24, del 29 gennaio 2004, p. 1 ss. Il riferimento è alle fusioni fra *Google* e *Motorola*, del 2012 (cfr. decisione della Commissione del 13 febbraio 2012, C(2012) 1068, che dichiara la compatibilità con il mercato comune di una concentrazione (Caso n. COMP/M.6381 – *Google/Motorola Mobility*) in base al Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio) e fra *Facebook* e *WhatsApp*, del 2014 (cfr. decisione della Commissione del 3 ottobre 2014, C(2014) 7239, che dichiara la compatibilità con il mercato comune di una concentrazione (Caso n. COMP/M.7217 – *Facebook/Whatsapp*) in base al Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio), che hanno assunto risonanza anche mediatica. Un altro esempio recente è rappresentato dall'acquisizione di *Life Technologies* da parte di *Thermo Fisher* nel 2013. In tale occasione, visti i risvolti globali di tale operazione di concentrazione, la Commissione ha lavorato assieme alla *Federal Trade Commission* americana, all'*ACCC* Australiana, al *MOFCO* Cinese, alla *Fair Trade Commission* giapponese, al *Competition Bureau* canadese, alla *Commerce Commission* della Nuova Zelanda, e alla *Fair Trade Commission* sudcoreana.

[70] Più nel dettaglio, nel cd. *Factsheet* relativo alla Comunicazione degli addebiti si afferma che «Google systematically positions and prominently displays its comparison shopping service in its general search results pages, irrespective of its merits. This conduct started in 2008. Google does not apply to its own comparison shopping service the system of penalties, which it applies to other comparison shopping services on the basis of defined parameters, and which can lead to the lowering of the rank in which they appear in Google's general search results pages. Froogle, Google's first comparison shopping service, did not benefit from any favourable treatment, and performed poorly. As a result of Google's systematic favouring of its subsequent comparison shopping services "Google Product Search" and "Google Shopping", both experienced higher rates of growth, to the detriment of rival comparison shopping services. Google's conduct has a negative impact on consumers and innovation. It means that users do not necessarily see the most relevant comparison shopping results in response to their queries, and that incentives to innovate from rivals are lowered as they know that however good their product, they will not benefit from the same prominence as Google's product. The Statement

7. *Concorso e conflitti di giurisdizioni scaturenti dall'applicazione extraterritoriale del diritto (europeo) antitrust*

Le considerazioni che precedono ci consentono di tornare su un profilo accennato in sede introduttiva del lavoro, e cioè che, posta l'accettazione ormai universale di una portata extraterritoriale delle norme antitrust, la prima conseguenza di tale fenomeno è data dal frequente concorso di giurisdizioni sulla medesima fattispecie.

In materia di concentrazioni trattasi di situazione naturale per tutte le maggiori operazioni di fusione[71], nelle quali sovente si assiste anche a una diversa valutazione sull'ammissibilità o meno della concentrazione, con conseguente onere delle imprese di ottenere l'autorizzazione alla fusione da parte di tutte le autorità degli ordinamenti che si ritengono competenti – o interessati – a delibare l'operazione.

Ma lo stesso vale anche per le presunte violazioni delle norme antitrust, rispetto alle quali, salve eventuali cooperazioni stabilite in via pattizia[72], non vale affatto il principio del *ne bis in idem* e quindi non è infrequente l'avvio, in parallelo, di più procedimenti di infrazione dinanzi a diverse giurisdizioni.

La prassi evidenzia tuttavia un altro fenomeno, che è quello del conflitto di giurisdizioni proprio in materia antitrust, vale a dire l'esistenza di contrapposte valutazioni degli ordinamenti interessati quanto alla liceità o meno di una determinata condotta alla luce delle regole di concorrenza.

Talora la divergente valutazione tra ordinamenti rispetto alla medesima fattispecie viene risolta pragmaticamente, dandosi reciprocamente atto gli Stati stessi dell'esistenza di un concorrente potere giurisdizionale normativo e applicativo, come pure del diritto di ciascuno di essi di as-

of Objections takes the preliminary view that in order to remedy the conduct, Google should treat its own comparison shopping service and those of rivals in the same way». E in quello relativo alla Comunicazione degli addebiti a Gazprom si afferma che «Gazprom has included a number of territorial restrictions in its supply agreements with wholesalers preventing the export of gas in eight EU Member States (Bulgaria, the Czech Republic, Estonia, Hungary, Latvia, Lithuania, Poland and Slovakia). These clauses include: export ban clauses - provisions that explicitly prohibit the export of gas; destination clauses - provisions that stipulate that the customer (wholesaler or industrial customer) must use the purchased gas in its own country or can only sell it to certain customers within its country; and other measures that prevent the cross-border flow of gas, such as requesting wholesalers to obtain Gazprom's approval for exports or refusing to change the location to which the gas should be delivered under certain circumstances».

[71] V. anche sopra, nota 69.

[72] Su cui v. *infra*, il § 9.

sumere proprie determinazioni su un caso, anche difformi rispetto a quelle adottate dagli altri[73].

Talaltra le divergenze divengono più dure, ci si accusa di "imperialismo normativo", persino si giunge a lamentare la violazione del diritto internazionale. E com'è noto, nei casi di conflitto più grave si reagisce alla pretesa giurisdizionale altrui adottando norme di segno opposto, al fine di neutralizzare o impedire l'operatività extraterritoriale della disciplina antitrust che vuole essere applicata da un ordinamento nei confronti (quasi sempre) di imprese nazionali operanti su mercati esteri. La prassi e le modalità con cui si articolano le cd. legislazioni di blocco è piuttosto risalente[74], ma è ancora attuale, se si pensa che, proprio in risposta all'avvio delle indagini della Commissione contro *Gazprom*, la Russia ha adottato un decreto che impone alle imprese definite "strategiche" (con implicito ma evidente riferimento a *Gazprom*) di ottenere il previo consenso di un'istituenda agenzia federale prima di poter (*i*) comunicare informazioni circa la loro attività, ovvero (*ii*) modificare il contenuto di accordi contrattuali, nonché infine (*iii*) disporre dei propri beni[75].

[73] La prassi al riguardo forse più frequente è quella delle concentrazioni: basti pensare alle fusioni *Boeing/Mc Donnel Douglas*, del 1997 (cfr. decisione della Commissione del 30 luglio 1997, 97/816/CE, che dichiara una concentrazione compatibile con il mercato comune e con il funzionamento dell'accordo SEE (Caso IV/M.877 – *Boeing/McDonnell Douglas*) in *GU* L, n. 336, del 8 dicembre 1997, p. 16), o *General Electric/Honeywell*, del 2001 (cfr. decisione della Commissione del 3 luglio 2001, C(2001) 1746, che dichiara l'incompatibilità di una concentrazione con il mercato comune e con il funzionamento dell'accordo SEE (Caso COMP/M.2220 – *General Electric/Honeywell*), in *GU* L, n. 48, del 18 febbraio 2004, p. 1, confermata da Tribunale 14 dicembre 2005, causa T-210/01, *General Electric Company* c. *Commissione*, in *Racc.*, 2005, p. II-5575 ss.), dove la Commissione e il *DOJ* giunsero a valutazioni opposte quanto alla compatibilità della fusione con le norme antitrust, ovvero alla più recente vicenda dell'alleanza P3 tra Maersk, MSC e CMA-CGM, le tre maggiori compagnie marittime mondiali nel trasporto marittimo di linea, che fu bloccata dalle autorità cinesi (MOFCOM) nel giugno 2014, dopo che era stata autorizzata sia dalla Commissione che dalla *Federal Trade Commission* statunitense.

[74] All'uopo, sia consentito ancora il rinvio a F. MUNARI, *op. cit.*, p. 203 ss. Più di recente, v. P. DE PASQUALE, *L'applicazione extraterritoriale delle regole antitrust*, cit., p. 144 ss. Nel merito, queste norme sono rivolte (a) a impedire l'esercizio del potere delle autorità di concorrenza di un ordinamento diverso da quello del foro, (b) a precludere la collaborazione tra le imprese nazionali e tali autorità (ad esempio vietando la produzione di documenti, prove, ecc.), (c) a vietare sempre alle imprese nazionali l'adempimento ai provvedimenti adottati dalle stesse ovvero dai tribunali dello Stato agente, (d) a negare il riconoscimento delle sentenze straniere adottate in applicazione delle norme antitrust del foro, (e) a conferire alle competenti amministrazioni nazionali vari poteri di intervento, a chiusura del sistema, (f) a sanzionare comunque le violazioni delle norme del foro ad opera delle imprese nazionali che volessero "cooperare" con le autorità straniere.

[75] Trattasi del decreto n. 1285 dell'11 settembre 2012 intitolato «*Misure per proteggere gli interessi della Federazione russa rispetto ad attività economiche svolte*

Ebbene, più che dimostrare la violazione di pretesi limiti di diritto internazionale rispetto all'estensione della giurisdizione, questi fenomeni rivelano esattamente il contrario, e cioè l'esistenza pacifica di un concorso di giurisdizioni, e cioè la contestuale legittimità delle pretese fatte valere dai diversi ordinamenti interessati a una medesima fattispecie avente caratteristiche di internazionalità.

Sono le stesse legislazioni di blocco, quindi, a confermare l'irrilevanza di un'eventuale violazione di norme di diritto internazionale come presupposto per il sorgere di conflitti di giurisdizione[76]. E quindi, come da tempo rilevato, la natura di fatto politica, più che giuridica, dei conflitti di giurisdizione dovuti all'applicazione extraterritoriale, in particolare in un settore come quello della concorrenza, intimamente legato alla sovranità economica e a scelte di fondo di politica economica e industriale degli Stati[77]. In questa prospettiva, si conferma quindi quanto da più parti ormai da tempo osservato, e cioè che – indipendentemente dalle tesi sostenute nei relativi giudizi dai soggetti (individui o Stati) parti ad essi o comunque a vario titolo interessati – appare impossibile, poco fruttuoso, o addirittura erroneo individuare nel diritto internazionale norme materiali limitative della giurisdizione degli Stati[78].

all'estero da persone giuridiche russe». In argomento, v. P.S. MORRIS, *Iron Curtain at the border: Gazprom and the Russian blocking order to prevent the extraterritoriality of EU competition law*, in *ECLR*, 2014, p. 601 ss.; M. MARTYNISZYN, *Legislation Blocking Antitrust Investigations and the September 2012 Russian Executive Order*, in *World Competition*, 2014, p. 103 ss., ed ivi anche una traduzione in inglese del decreto.

[76] Come osservavo qualche anno fa, tali normative «risultano applicabili non già previa la dimostrazione di alcuna violazione di norme internazionali in tema di giurisdizione, bensì semplicemente una volta che sia stata accertata l'esigenza di proteggere e regolare settori considerati importanti dell'industria nazionale» (cfr. F. MUNARI, *op.cit.*, a p. 204).

[77] In tema, nella dottrina italiana v. già P. PICONE, *op. cit*., spec. p. 147 ss. Conformi tra gli altri cfr. D.I. BAKER, D.B. AYER, *Anti-trust Imperialism*, in *European Competition Law Review*, 1993, p. 3 ss. («[t]he conflict can appear to be a dry debate about "jurisdiction" and "international law". In reality it is about politics, about who can make and enforce rules governing competitive enterprises»); D. RISHIKESH, *Extraterritoriality versus Sovereignty in International Antitrust Jurisdiction*, in *World Competition*, 1991, p. 33; D. GERADIN, M. REYSEN, D. HENRY, *op. cit.*, p. 21.

[78] Sia consentito un'ultima volta il rinvio a F. MUNARI, *op. cit.*, spec. p. 203. Anzi, «one can go so far as to say that where there is a real conflict between competition authorities each will very likely seek to claim an overriding interest in enforcement and disregard comity» (così D. GERADIN, M. REYSEN, D. HENRY, *op. cit*., p. 22).

8. *Forma e sostanza nell'applicazione extraterritoriale del diritto europeo antitrust: rispetto delle norme internazionali o più semplicemente dell'obbligo di motivazione?*

Pare ormai chiaro che il rispetto dei criteri di collegamento accennati nei precedenti paragrafi, ed elaborati da Commissione e Corte di Giustizia dell'Unione europea per giustificare l'operatività extraterritoriale delle regole di concorrenza, non esclude affatto l'insorgenza di controversie fra l'Unione, che vuole applicare la propria normativa a una fattispecie che presenta un elemento di transnazionalità, e uno Stato terzo che subisce tale pretesa.

E in effetti, l'esame della prassi che abbiamo cercato di compiere nei paragrafi precedenti rende evidente come, soprattutto nelle ipotesi concernenti gli articoli 101 e 102 TFUE, sia costante l'individuazione di motivazioni che giustificano l'operatività extraterritoriale del diritto antitrust.

Trattasi di prassi non certamente esclusiva dell'Unione, e anzi elaborata con assai maggiore dovizia di attenzioni negli Stati Uniti, in cui la casistica è zeppa di affermazioni in ordine alla necessità che l'esercizio della giurisdizione con efficacia extraterritoriale in materia antitrust avvenga conformemente ai principi di moderazione, ragionevolezza, bilanciamento degli interessi in gioco tra foro e Stato straniero interessato parimenti dall'azione del foro, effettive possibilità di *enforcement* da parte dei vari Stati coinvolti, livello del pregiudizio per il commercio dei singoli Stati, prevedibilità di tali effetti, cortesia internazionale, ovvero grado di conflitto fra le legislazioni nazionali[79].

Nell'Unione europea, si è fatto riferimento soprattutto alla circostanza che l'applicazione degli articoli 101 o 102 TFUE fosse soggetta all'accertamento di effetti "qualificati" (e non "qualsiasi") nel mercato interno[80]. E si è poi disquisito di un altro "grande principio" della teoria

[79] V. sopra, la nota 42, ed ivi alcuni precedenti. Il profilo da ultimo accennato riguarda il quesito se una condotta vietata in uno Stato è nell'altro semplicemente permessa o invece imposta (c.d. *foreign state compulsion doctrine*). Visti i limiti del presente lavoro, si può solo menzionare l'argomento, laddove si sorvola, per evidenti motivi, su un'altra problematica che può avere rilievo nell'ambito delle considerazioni sull'applicazione extraterritoriale del diritto antitrust, e in generale del potere giurisdizionale degli Stati nel diritto internazionale, e cioè la cd. *act of State doctrine*.

[80] Cfr. già le conclusioni dell'Avvocato Generale Mayras del 2 maggio 1972, in causa 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd.* c. *Commissione*, in *Racc.*, 1972, p. 619. Più di recente (nella già richiamata causa T-102/96, *Gencor Ltd.*, cit.), il Tribunale ha voluto precisare che la legittimazione sul piano del diritto internazionale pubblico dell'applicazione extraterritoriale del reg. (CE) n. 139/2004 viene subordinata

della giurisdizione internazionale degli Stati, quello cioè della *comitas gentium*. Già evocato nel caso *Pasta di legno*[81], dell'argomento si è recentemente occupato anche il Tribunale nella già ricordata sentenza *ICF*[82], sempre comunque nel senso di escludere che la cortesia internazionale possa costituire un limite all'operatività extraterritoriale del diritto antitrust europeo quando esso può – e vuole – essere applicato conformemente ai criteri di collegamento specificamente individuati nella fattispecie[83].

Piuttosto, la prassi sta mettendo in luce come il tema della *comitas* potrebbe giocare un ruolo sotto il diverso profilo del coordinamento delle posizioni da assumersi nei confronti delle imprese che beneficiano, in un ordinamento, dei cd. programmi di clemenza, nell'ottica di prevenire il rischio che azioni di risarcimento del danno promosse in ordinamenti diversi da quello nel quale l'impresa "pentita" beneficia dell'immunità dalle sanzioni, possano frustrare l'efficacia dei citati programmi[84].

all'accertamento secondo cui sia «prevedibile che una progettata concentrazione produca un effetto immediato e sostanziale nella Comunità» (cfr. § 90 della sentenza). E anche con riguardo agli articoli 101 e 102 TFUE tali condizioni sono considerate soddisfatte ad esempio nel caso di vendite nel territorio dell'Unione di prodotti trasformati (causa T-91/11, *InnoLux*, cit.), mediante l'attività di imprese terze non coinvolte nell'illecito (causa T-286/09, *Intel*, cit.); e pure nel caso di mancate vendite (ancora causa T-286/09, *Intel*, cit.).

[81] Cfr. il punto 22 della sentenza. Il tema era stato proposto anche nel caso 8 ottobre 1996, cause riunite T-24/93, T-25/93, T-26/93 e T-28/93, *Compagnie maritime belge transports SA e a. c. Commissione*, in *Raccolta*, 1996, p. II-1201 ss.), ma non è stato affrontato dal Tribunale.

[82] Cfr. causa T-406/08, *ICF*, cit., § 216.

[83] In questa prospettiva, mi pare condivisibile l'opinione secondo cui «[g]li Stati non modulano l'applicazione extraterritoriale delle proprie norme in ossequio al principio di *comitas* e non si sentono vincolati o influenzati dai canoni del diritto internazionale» (L. BELLODI, *L'extraterritorialità rivisitata. Brevi riflessioni sulle recenti tendenze*, in *Il Diritto del Commercio Internazionale*, 2013, p. 1023 ss. Nello stesso senso v. anche F. WAGNER VON PAPP, *op. cit.*, p. 58).

[84] V. alcune considerazioni al riguardo svolte nel citato caso *Empagran* (sopra, nota 42). Il tema è stato sollevato anche dall'Autorità della concorrenza del Belgio in una comunicazione effettuata in veste di *amicus curiae* ad una Corte americana (7th Circuit) nell'ambito di un procedimento relativo al cartello mondiale dei pannelli LCD (oggetto della più volte citata sentenza resa nella causa T-91/11, *InnoLux*, cit.). Premettendo la necessità di assicurare «that U.S. antitrust laws and the availability of civil damage actions in U.S. courts do not interfere with Belgian and EU enforcement efforts», l'ANC belga ha osservato come il buon funzionamento dei programmi di clemenza presuppone che «the foreign firms seeking leniency can make an adequate assessment of the potential consequences of alleged infringements, which requires in turn that they may rely on principles of causality and jurisdiction developed in the spirit of comity». Infatti, «[i]f seeking leniency and acknowledging infringement were to expose the foreign firm to the consequence of civil suits in the U.S. courts, such infringers would have little incentive to enter into amnesty programs» (v. M. FAVART, *Belgian Competition Authority Argues*

Ma al di là di queste (tutto sommato) ipotesi residuali, ci si può chiedere, allora, quale sia l'effettivo ruolo che rivestono le considerazioni di cui abbiamo fatto cenno nella prassi e nella giurisprudenza applicativa delle norme qui in rilievo. Infatti, in tutti i casi in cui si è decisa l'applicazione extraterritoriale degli articoli 101 e 102 TFUE, o delle regole sulle concentrazioni tra imprese, (a) le intese hanno *sempre* "attuazione" nel mercato interno, (b) gli effetti sono *sempre* "qualificati", (c) il "bilanciamento degli interessi" avviene *sempre* a favore del foro, e (d) non c'è "cortesia internazionale" che limiti la pretesa giurisdizionale dell'Unione. Ma se è così, come la prassi dimostra, allora è chiaro che le "forme" con le quali si giustifica l'applicazione extraterritoriale delle norme antitrust hanno un'esclusiva funzione sul piano della motivazione dei provvedimenti o delle sentenze, non anche sulla misura della legittimità della pretesa extraterritoriale sotto il profilo del diritto internazionale.

Del resto, l'interesse sottostante un'azione di *antitrust enforcement* è chiaramente collegata all'esercizio della *politica* di concorrenza. È quindi una valutazione pre-giuridica, tanto più in una situazione in cui, come abbiamo visto, i presunti limiti di diritto internazionale all'esercizio della giurisdizione sono, al più, flebili, e sono declinati in termini molto vaghi da lontane pronunce di giudici internazionali, risalenti a periodi storici nei quali neppure si percepiva l'esigenza di affermare valori e interessi imperativi (come la tutela della concorrenza) in un contesto di scambi e relazioni economiche globali e notevolmente interdipendenti.

Rispetto a queste scelte di politica antitrust, il ruolo del giudice è quello di verificare la corretta applicazione delle norme e la correttezza della motivazione del provvedimento. Non è certamente quella di sostituire proprie valutazioni di politica della concorrenza a quelle della Commissione, e cioè dell'istituzione cui l'ordinamento ha conferito la potestà di attuare tale politica[85]. Quanto sopra nulla toglie al potere del

Against Extraterritoriality Enforcement of US Antitrust Law in US LCD Panel Cartel Case, in http://www.mondaq.com).

[85] In quest'ottica, mi paiono francamente fuori fuoco le indagini, anche recenti, che continuano a interrogarsi su una presunta "misura" con la quale si dovrebbe calcolare l'ambito di applicazione extraterritoriale del diritto europeo antitrust, ad esempio spigolando sull'intensità degli "effetti" necessari a rendere applicabili gli articoli 101 o 102 TFUE: si osserva ad esempio che «[w]herever markets are interlinked, the restraint in one market will necessarily have some effects in other markets. If every effect were sufficient to trigger extraterritorial reach, the effects test would not be a very effective screen» (v. F. WAGNER VON PAPP, *op. cit.*, p. 28). A me pare infatti che la realtà sia un'altra, e cioè quella secondo cui, una volta che la Commissione ha deciso di reprimere condotte ritenute anticompetitive, la valutazione se esse abbiano o meno effetti (quali che

giudice di censurare provvedimenti mal motivati sul punto o nei quali sia erronea la valutazione dei fatti, anche ad esempio sul piano degli effetti di una determinata condotta sul mercato interno. Ma questo rientra nel normale potere di *judicial review* spettante al giudice rispetto a qualsiasi provvedimento, e quindi… *nihil novum sub soli* da questo punto di vista.

Per altro verso, e benché almeno allo stato il ragionamento valga più sul piano teorico che pratico, anche sotto il profilo dell'auspicabilmente nascente *private antitrust enforcement* – tanto più a valle dell'entrata in vigore della direttiva (UE) n. 104/2014[86] – sarei cauto nell'individuare un *judicial restraint* nell'applicazione extraterritoriale degli articoli 101 e 102 TFUE. D'altronde, un tale *restraint* è certamente escluso per le azioni *follow-on*, rispetto alle quali l'operatività dei suddetti articoli, una volta accertata dalla Commissione, non può più essere revocata in dubbio dal giudice chiamato a condannare le imprese interessate al risarcimento del danno, stante la vincolatività delle decisioni della Commissione per il giudice medesimo ai sensi dell'art. 16 del regolamento (CE) n. 1/2003[87]. E lo stesso vale per le azioni *follow-on* rispetto a decisioni delle autorità nazionali della concorrenza, ai sensi dell'art. 9.1 della direttiva (UE) n. 104/2014.

Ciò premesso, è chiaro che, nella prospettiva più volte sottolineata, e cioè che l'esercizio della giurisdizione è funzionale alla tutela di interessi sovrani dello Stato, l'applicazione extraterritoriale delle norme europee antitrust può essere e normalmente viene calibrata in relazione al soddisfacimento di tale interesse: così, nella misura in cui una fattispecie antitrust possa essere "gestita" sotto diversi profili, e quindi, ad esempio, non solo divieti o sanzioni, ma anche impegni o rimedi, quanto sopra verrà effettuato rispetto agli obiettivi unionali rilevanti, lasciando eventualmente che altre giurisdizioni provvedano, dal punto di vista del proprio ordinamento, a prescrivere a loro volta rimedi, o l'accettazione di impegni da parte delle imprese coinvolte, di natura diversa. Secondo al-

siano) rilevanti per il mercato interno è già stata fatta, e non può essere rivalutata da altri, opinando sulla "dimensione" degli effetti.

[86] Cfr. Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, *relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea*, in *GU* L, n. 349, del 5 dicembre 2014, p. 1 ss. Per un esame della disciplina, e per riferimenti, v. nella dottrina italiana P. IANNUCCELLI, *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza dell'Unione Europea e la direttiva 2014/104*, Milano, 2015.

[87] Cfr. Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, *concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*, in *GU* L, n. 1, del 4 gennaio 2003, p. 1 ss.

cuni, ciò è coerente con l'obbligo imposto agli Stati di non andare oltre quanto necessario a porre rimedio agli effetti restrittivi effettivamente verificatisi sul proprio territorio[88]. Secondo me, più pragmaticamente, è difficile ravvisare una ragione per la quale un ordinamento, e quindi anche l'Unione, dovrebbe sostituirsi ad altri Stati nella gestione di profili di interesse di questi ultimi, soprattutto quando questi perseguono la medesima fattispecie.

9. *Concorso di giurisdizioni e cooperazione internazionale in materia antitrust*

Abbiamo osservato che l'esistenza di pretese giurisdizionali dell'Unione in materia antitrust caratterizzate da extraterritorialità determina fenomeni sia di concorso, sia di conflitto con altri ordinamenti.

Appare naturale quindi che, in aggiunta alla prospettiva unilaterale, l'Unione persegua anche forme di cooperazione con altri ordinamenti. Esistono in particolare accordi bilaterali con vari ordinamenti: (a) con gli Stati Uniti, stipulato una prima volta nel 1991 e quindi, a seguito di annullamento dell'accordo da parte della Corte di Giustizia, nel 1998; (b) con il Canada, stipulato sempre nel 1998; (c) con il Giappone, nel 2003; (d) con la Corea del Sud, nel 2009; e infine (e) con la Svizzera, nel 2014[89]. L'obiettivo di questi accordi è quello di coordinare le reciproche iniziative in materia antitrust, nell'ottica di consentire in modo più efficace l'applicazione concorrente delle regole di concorrenza rispetto a fattispecie di interesse per entrambi gli ordinamenti parti dell'accordo. Donde, fra l'altro, l'oggetto esclusivamente procedimentale di questi trattati, i quali coprono solo le fasi delle indagini e delle procedure, la cui matrice può essere individuata in raccomandazioni OCSE, per la prima volta adottate nel 1967, e successivamente migliorate e sviluppate fino all'ultima edizione del 2014[90].

I meccanismi su cui si basano questi accordi di cooperazione sono costituiti dalla previsione di obblighi reciproci (*i*) di notifica, ad esempio

[88] V. F. WAGNER VON PAPP, *op. cit.*, pp. 35-36).

[89] In realtà con la Svizzera la cooperazione in materia antitrust è vigente fin dal 1972. Per maggiori informazioni al riguardo cfr. S. BASTIANON, P.M. FERRARI, *op. cit.*, p. 307 ss.

[90] La raccomandazione del 1967 venne più volte rivista, e sostituita da una nuova raccomandazione nel 1995. L'ultima raccomandazione è del settembre 2014. Per maggiori informazioni in argomento v. http://www.oecd.org/competition/international-coop-competition-2014-recommendation.htm.

con riguardo all'avvio di procedimenti o al compimento di singoli atti istruttori, (*ii*) di consultazione e assistenza reciproci, (*iii*) di coordinamento delle indagini, specialmente nel caso di investigazioni parallele. Questi trattati disciplinano anche forme di cortesia internazionale "positiva" e "negativa": così, gli Stati si impegnano, da un lato, a tenere in considerazione gli interessi degli altri Stati prima di avviare un'indagine o di comminare una sanzione nei confronti di un'impresa, nel caso in cui tali attività possano interferire con gli interessi essenziali di un altro Stato; dall'altro lato, a considerare l'ipotesi di non avviare un procedimento ma piuttosto di chiedere all'altro Stato interessato di agire, specialmente nel caso sia quest'ultimo ad essere prevalentemente coinvolto dalla violazione, in una determinata fattispecie, del diritto della concorrenza.

Particolare interesse suscita l'accordo con la Svizzera, perché è il primo accordo cd. di seconda generazione, che utilizza matrici analoghe a quelle della "rete" delle autorità della concorrenza propria del regolamento (CE) n. 1/2003, e prevede la possibilità per le autorità competenti, e cioè Commissione e ComCo svizzera, di scambiarsi informazioni e di utilizzarle a fini probatori, anche senza il consenso delle imprese interessate. Atteso che l'accordo copre sia le concentrazioni, sia i divieti di cartelli e di abuso di posizione dominante, questo scambio di informazioni e il loro impiego nelle procedure di infrazione non ha evidentemente soltanto la finalità di favorire le imprese coinvolte in un'operazione di fusione rilevante sia per l'Unione che per la Svizzera ad una rapida valutazione della stessa, ma facilita anche il compito delle autorità nella repressione di condotte anticompetitive.

Ciò posto, la cooperazione internazionale disposta dagli accordi cui si è accennato vale esclusivamente per quanto riguarda aspetti procedimentali, non determina alcuna allocazione della giurisdizione (e al massimo un impegno "programmatico" a valutare interessi altrui), e tanto meno esclude una differente valutazione, nel merito, delle fattispecie antitrust da parte delle autorità nazionali coinvolte[91]. Si conferma, quindi, la piena legittimità, sotto il profilo internazionale, di un concorso di poteri contemporanei e compiuti sulla medesima fattispecie antitrust.

10. *Osservazioni conclusive*

Il sistema globale in cui viviamo, e i rapporti transnazionali che la società moderna costruisce continuamente in qualsiasi ambito economico

[91] Cfr. la nota 73.

e sociale, hanno notevolmente trasformato anche il modo col quale gli Stati – e l'Unione europea – concepiscono la propria potestà normativa. Nell'attuale scenario, non sono soltanto le imprese a competere tra loro su scala mondiale, ma lo stesso avviene anche a livello degli stessi ordinamenti. L'esercizio della giurisdizione, e l'applicazione extraterritoriale delle norme interne, costituisce quindi uno dei fattori in cui questa concorrenza si sviluppa, nell'ottica di affermare interessi e valori, in un contesto nel quale la sovranità non ha più molto a che vedere con la "segregazione" dei rapporti giuridici nei rispettivi territori, ma afferisce assai di più alla prerogativa degli Stati di difendere, e talora imporre, il proprio punto di vista rispetto a fattispecie che hanno contatti con una pluralità di Stati. Una volta che si sono determinate la totale circolazione delle persone, fisiche e giuridiche, dei capitali e della finanza, e spesso anche l'altrettanto totale delocalizzazione dei rapporti giuridici (come avviene ad esempio nell'ambito dei rapporti che si costituiscono utilizzando internet), l'esercizio di prerogative sovrane necessariamente si modifica, e va inteso come un naturale *pendant* di rapporti interindividuali che possono totalmente prescindere dalla territorialità.

In questa prospettiva, non credo possa dubitarsi del fatto che gli Stati ormai decidono il limite della portata extraterritoriale delle proprie norme esclusivamente in funzione dei valori che esse vogliono difendere o promuovere: si pensi, ad esempio, a talune legislazioni davvero caratterizzate da una… *outbound extraterritoriality*, come quelle che colpiscono la pedofilia all'estero, o le più recenti norme penali incriminatrici delle persone che decidono di espatriare per arruolarsi in oscuri *jihad* combattuti a migliaia di chilometri dai confini dello Stato. In tali legislazioni, l'oggetto della tutela ha ben poco a che vedere col territorio, e costituisce per certo, quanto meno in linea teorica, un'invasione di prerogative sovrane altrui. Per altro verso, tale potere giurisdizionale pur essendo spesso ancorato a standard internazionali, non è necessariamente legato alla promozione di valori comuni, e pensare il contrario sarebbe anzi forse criticabile alla stregua di… "imperialismo giuridico".

Eppure, trattasi di fenomeni la cui legittimità internazionale non è in discussione, a conferma di alcune linee di tendenza, e in realtà a mio avviso di evidenze vere e proprie, che emergono da quanto rilevato in precedenza.

In primo luogo, gli Stati ormai accettano come legittimo non solo il concorso di giurisdizioni ma anche una diversa valutazione in ordine alla medesima fattispecie, senza che alcun rilievo possano avere "limiti" di ordine giuridico all'applicazione extraterritoriale del diritto.

In secondo luogo, i conflitti di giurisdizione, anche in materia antitrust, prescindono dalla presunta violazione di norme di diritto internazionale, ed emergono in realtà quando gli interessi rispettivamente in gioco sono talmente contrapposti da non rendere tollerabile una semplice divergenza di valutazioni in ordine alla medesima fattispecie, volendosi invece imporre propri valori o interessi in opposizione rispetto a quelli proprio di un altro ordinamento. Sotto questo profilo, gli usuali tentativi di "qualificare" o "giustificare" l'applicazione extraterritoriale di norme interne attraverso criteri diversi, quali la *comitas*, il bilanciamento degli interessi, l'esistenza di effetti diretti e prevedibili, e quant'altro l'armamentario argomentativo ha al riguardo elaborato in questi decenni, servono soltanto a fondare *ex post* la sussistenza di un interesse del foro rispetto alla disciplina della fattispecie, non già a predeterminare la legittimità di tale interesse.

In terzo luogo, sono molto distanti l'attuale mondo delle relazioni giuridiche internazionali e quello nel quale furono pronunciate le sentenze *Lotus* e *Barcelona Traction*. Esse, peraltro, e come abbiamo visto, neppure fornirono… *hard and fast rules* per identificare i pretesi limiti di diritto internazionale all'applicazione extraterritoriale delle norme statali, anche ammesso, e non concesso, che di questi limiti il giudice interno avrebbe potuto disporre per censurare le pretese extraterritoriali poste da norme adottate dal proprio legislatore o da un'autorità nazionale in ipotesi competente a dare attuazione alle predette norme. In tal senso, rispetto a questi precedenti, mi pare maggiormente utile riferirsi a quello, più recente ma neppure poi troppo, pronunciato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti tra l'altro proprio in uno dei *grands arrêts* vertenti sull'applicazione extraterritoriale del diritto antitrust: «[w]e live in an age of international commerce, where decisions reached in one corner of the world can reverberate around the globe in less time than it takes to tell the tale»[92].

Non c'è motivo, quindi, per teorizzare percorsi diversi al fine di disciplinare l'operatività extraterritoriale delle regole di concorrenza dell'Unione europea.

[92] Cfr. *United States* v. *Nippon Paper Indus. Co.*, 109 F.3d 1, 8 (1st Cir. 1997).

IL DIRITTO NON SCRITTO NEL FUNZIONAMENTO DELLE ISTITUZIONI DELL'UNIONE EUROPEA

Ornella PORCHIA*

SOMMARIO: 1. Il diritto non scritto nell'ordinamento dell'Unione e sue principali manifestazioni. – 2. Valore (giuridico) della prassi. – 3. Funzioni e obiettivi del diritto non scritto. – 4. Le manifestazioni della prassi sul piano soggettivo: prassi unilaterale e interistituzionale. – 5. Il diritto non scritto espressione del potere di auto-organizzazione. – 6. Leale cooperazione e prassi interistituzionale. – 7. "Prime" considerazioni conclusive.

1. *Il diritto non scritto nell'ordinamento dell'Unione e sue manifestazioni*

L'ordinamento dell'Unione è di nuovo genere[1] e in costante divenire. Esso vive di regole non scritte o di scrittura di "non regole", o comunque di regole che tendono a sfuggire alle tradizionali classificazioni, in ragione della necessità di un continuo accomodamento alle esigenze istituzionali[2]. In questo senso, si può affermare che il diritto non scritto regola e orienta la dinamica dei rapporti interistituzionali, contribuendo così allo sviluppo dell'ordinamento nonché al suo funzionamento e alla sua stabilizzazione. Le esigenze di dinamismo e flessibilità, sottese al processo di integrazione europea, devono tuttavia conciliarsi con i tratti fondamentali di un sistema caratterizzato da una costituzione scritta (i Trattati), da rigide procedure di revisione delle norme, dal principio di attribuzione dei poteri nei rapporti con gli Stati e nei rapporti tra le istitu-

* Ordinario di diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Torino, Consigliere giuridico presso la Rappresentanza Permanente d'Italia presso l'Unione europea.

[1] L'affermazione è antica e risale alla storica sentenza della Corte di giustizia, 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend & Loos*, in *Racc*., p. 1, punti 22-23.

[2] J. P. JACQUÉ, *La pratique des institutions communautaires et le développement de la structure institutionnelle communautaire*, in R. BIEBER, G. RESS (eds), *Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts. The Dynamics of EC Law*, Baden Baden, 1987, p. 377 ss. Sulla prassi che si tramanda attraverso la testimonianza orale, P. PONZANO, *Le rôle du témoignage oral dans le dévélopement institutionnel de l'Union européenne*, Intervention au Colloque des archives historiques, Fiesole, 8 Mai 2014.

zioni[3] e dalla presenza di un assetto giurisdizionale avanzato. Come si vedrà nel paragrafo successivo proprio questi tratti peculiari sono al centro della giurisprudenza della Corte di giustizia e condizionano l'indagine sul valore giuridico del diritto non scritto, inducendo a privilegiare un approccio pragmatico[4].

In un'ottica di semplificazione, imposta dallo spazio della relazione, il diritto non scritto include i principi generali e la prassi intesa in un'accezione ampia[5].

I principi generali configurano una categoria pacificamente riconosciuta tra le fonti dell'Unione. I Trattati menzionano espressamente la categoria in quanto tale (art. 6, par. 3, TUE e art. 340 TFUE)[6], che include principi propri dell'ordinamento europeo, al di là dell'origine (statale o internazionale) che possono avere. I maggiori problemi sono provocati dalla difficoltà di identificare correttamente i singoli principi, di individuarne il contenuto e la portata applicativa.

Taluni principi sono il risultato di rilevazione da parte del giudice dell'Unione, altri trovano espressa enunciazione nei Trattati, enunciazione che, a volte, è successiva all'elaborazione giurisprudenziale[7]. In ogni caso anche se la giurisprudenza tende a precisarne il contenuto e le concretizzazioni ai vari livelli, non per questo possiamo parlare di diritto scritto.

[3] Sui caratteri propri dell'ordinamento dell'Unione, per tutti, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 7a ed., 2012.

[4] In particolare con riferimento alla prassi, *infra*, par. 2.

[5] Art. 2, §1, progetto della Commissione di diritto internazionale classifica tra le regole di un'organizzazione, oltre alla Carta costitutiva, le decisioni e risoluzioni pertinenti, la prassi "bien établie de l'organisation". La prassi, nel diritto internazionale, può assumere valore consuetudinario, tale da modificare la Carta costitutiva, come è stato stabilito dalla Corte internazionale di giustizia nel suo parere del 21 giugno 1971, a proposito dell'astensione dei membri permanenti del Consiglio di sicurezza. Vedi, inoltre, CIG, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion*, in *I.C.J. Reports 1971*, p. 16, par. 22. Sul rapporto tra trattato e consuetudine, per tutti, J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford, 2012, pp. 33-34. Vedi, anche le osservazioni contenute in CIG, sentenza del 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, parr. 175-179.

[6] La dottrina sui principi generali è davvero estesa. Tra i molti, G. GAJA, *Identifying the status of general principles in European Community Law*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. II, Milano, 1998, p. 445 ss.; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, 2006; K. LENAERTS, J.A. GUTIÉRREZ-FONS, *The constitutional allocation of powers and general principles of EU law*, in *Common Market Law Review* , 2010, p. 1629.

[7] G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea* cit., p. 104 ss,

I principi generali esprimono criteri interpretativi, costituiscono parametri di legittimità, assumono valenza costituzionale e possono incidere sugli ordinamenti degli Stati membri. Alcuni di essi, quali i principi di sussidiarietà e proporzionalità, per quanto maturi e "proceduralizzati"[8], sono soggetti a un costante processo di accomodamento e costituiscono un pretesto per continue rivendicazioni[9].

Tra i principi rilevanti per il funzionamento delle istituzioni si possono annoverare quelli di leale cooperazione, dell'equilibrio interistituzionale[10], dell'effetto utile e di proporzionalità.

Il principio di cooperazione, menzionato nel Trattato[11], è in costante evoluzione grazie all'opera creativa della Corte, chiamata ad esplicitarne la portata e il contenuto nei diversi ambiti[12]. Il principio trova peraltro una sua estesa applicazione e una formalizzazione negli strumenti che regolano i rapporti interistituzionali[13].

Vi sono poi nuovi principi rilevanti per il funzionamento delle istituzioni, quale il principio di coerenza tra le politiche dell'Unione (art. 7 TFUE), che ancora attendono un'esplicitazione da parte della giurisprudenza[14]

[8] Protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità allegato al Trattato dell'Unione europea e al Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea. Per un commento, O. PORCHIA, *La sussidiarietà attraverso il riordino delle competenze? Il Trattato di riforma e il riordino delle competenze*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, n. 3, p. 631 ss.

[9] Vedi, la richiesta del Regno Unito (espressa nella lettera del Primo ministro, David Cameron del 10 novembre 2015) di consentire il ritiro di una proposta legislativa, ritenuta non conforme alla sussidiarietà dai parlamenti nazionali anche al di fuori delle soglie di controllo previste dal Protocollo n. 2 (c.d. cartellino rosso). Vedi la risposta adottata nella Decisione dei capi di Stato o di governo, riuniti in sede di Consiglio europeo, concernente una nuova intesa per il Regno Unito nell'Unione europea, allegata alle Conclusioni del Consiglio europeo del 18 e 19 febbraio 2016 (sezione C, punto 3).

[10] Corte di giust., 10 luglio 1986, causa C-149/85, *Wybot*, in *Racc.*, p. I-2391, punto 23; Corte di giust., causa C-73/14, *Consiglio c. Commissione*, EU:C: 2015, 663, punto 61 e giurisprudenza ivi citata. Sui principi propri della struttura istituzionale dell'Unione, detti anche "strutturali", v. per tutti J. P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 8a ed., Paris, 2015, pp.243-258.

[11] Articoli 4, n. 3 TUE e 13 n. 2 TUE.

[12] Sul principio di cooperazione, O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo. La cooperazione pluridirezionale*, Bologna, 2008. Recentemente sulla portata del principio di cooperazione interistituzionale (art. 13 n. 2 TUE) nell'ambito delle relazioni esterne, Conclusioni dell'Avv. Gen. Sharpston, 26 novembre 2015, causa C-660/13, *Consiglio c. Commissione*, punto 128 ss.

[13] *Infra*, par. 6.

[14] Tra i pochi casi, Corte di giust., 14 aprile 2015, causa C-409/13, *Consiglio c. Commissione*, EU:C:2015:217, punto 93, "l'emendamento proposto dal Parlamento e dal Consiglio avrebbe ostacolato la realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla proposta di regolamento quadro consistente, a fini di coerenza, nell'uniformare il procedimento di

quanto all'individuazione del contenuto e alle ipotesi applicative[15].

È possibile stabilire significativi punti di contatto tra i principi generali e la prassi, come si verifica nel caso del legittimo affidamento[16], che può trarre origine dalla condotta delle istituzioni[17], o nel caso del principio di leale cooperazione, il cui contenuto può essere alimentato sulla base della prassi[18].

La prassi solleva maggiori difficoltà rispetto ai principi generali sia nella ricostruzione delle varie manifestazioni, sia nell'accertamento del valore giuridico. Proprio su questi aspetti intende concentrarsi il presente lavoro senza, la pretesa di dare una risposta ai molteplici interrogativi che il fenomeno nel suo complesso solleva.

2. *Valore (giuridico) della prassi*

Per quanto sia riconosciuta l'importanza della prassi nel funzionamento delle istituzioni dell'Unione per il potenziale evolutivo che racchiude, non è invece pacifico quale sia il suo valore giuridico.

La prassi appare, infatti, in costante bilico tra diritto e non diritto[19]. Assumendo, in funzione degli obiettivi del presente lavoro, una nozione formalistica di diritto[20], è da interrogarsi se la prassi costituisca parame-

concessione di un'AMF con il procedimento applicabile agli altri strumenti finanziari dell'Unione in materia di assistenza esterna".

[15] Anche a livello normativo, il principio è scarsamente menzionato, un esempio è offerto dal regolamento finanziario, in particolare dall'art. 140 n. 2, lett. c), ai sensi del quale gli strumenti finanziari devono rispettare la coerenza con la disciplina sugli aiuti di Stato.

[16] Sul legittimo affidamento che può sorgere in ragione del comportamento delle istituzioni, tra le tante, Corte di giust., 22 marzo 1983, causa 42/82, *Commissione c. Francia*, in *Racc*., p. 1013; Corte di giust., 24 novembre 1987, causa 223/85, *RSV*, in *Racc*., p. 4617,

[17] Non risultano casi in cui il legittimo affidamento sia invocato da un'istituzione nei confronti di un'altra; nei rapporti tra istituzioni assume infatti rilevanza il principio di lealtà costituzionale o di leale cooperazione. Il principio può essere invece invocato davanti al giudice dell'Unione dagli Stati o dalle persone fisiche o giuridiche.

[18] Ancora sul rapporto tra prassi e principio di leale cooperazione, vedi, *infra*, par. 6.

[19] Sarebbe invece pacifico il valore politico soprattutto di certi prassi interistituzionali, J. P. JACQUÉ, *La pratique des institutions communautaires* cit., p. 394.

[20] Per alcuni spunti utili alla ricostruzione qui proposta, R. BIN, *I fatti, le norme e la responsabilità dell'interprete,* par. 3, in www.forumcostituzionale.it (contributo destinato alla pubblicazione in *Scritti in onore di Gustavo Zagrebelsky*). L'A. ha osservato, riferendosi alla Corte costituzionale, che nessuna decisione di questa fissa in una prassi la

tro di legittimità o parametro interpretativo e se discostarsi da essa provochi conseguenze e in particolare se possa dare luogo a sanzioni.

La giurisprudenza fornisce al riguardo poche indicazioni o piuttosto "allusioni", che non aiutano a dare una risposta all'interrogativo circa il valore giuridico della prassi. La Corte ha avuto modo di occuparsi della prassi, ad esempio, in relazione a quella del Parlamento europeo di tenere le riunioni delle commissioni parlamentari e dei gruppi politici a Bruxelles, e non a Strasburgo, sede della plenaria o a Lussemburgo, sede del Segretariato. Rispetto a questa prassi, il giudice dell'Unione si è limitato a verificare la *diuturnitas* (comportamento costante delle istituzioni) e l'assenza di contestazione da parte degli Stati[21]. In termini specifici, la Corte ha poi affermato che il recepimento della prassi nella risoluzione parlamentare, oggetto di ricorso per annullamento ai sensi dell'art. 263 TFUE, non configurava un eccesso di potere da parte del Parlamento[22].

Da questa posizione tuttavia non è possibile ricavare che l'eventuale atto dell'Unione contrario possa essere annullato e quindi che la prassi in quanto tale costituisca parametro di legittimità, tale da vincolare le istituzioni a comportarsi in conformità ad essa [23] .

La questione si può prospettare in termini più ampi nel senso di suscitare l'interrogativo[24] se la consuetudine possa trovare ingresso nel si-

sua *ratio decidendi*, ma al limite la utilizza come complemento di un'argomentazione basata sui principi costituzionali.

[21] Sulla prassi del Parlamento relativa al calendario delle riunioni, "ratificata" dalla decisione di Edimburgo (Decisione dei Rappresentanti dei Governi degli Stati membri del 12 dicembre 1992 sulle sedi delle istituzioni, *GUCE* C 341 del 23 dicembre 1992, p. 1), Corte di giust., 1° ottobre 1997, causa C-345/95, *Repubblica francese sostenuta da Granducato di Lussemburgo c. Parlamento europeo*, punto 32. Corte di giust., 13 dicembre 2012, cause riunite C-237/11 e C-238/11, *Repubblica francese sostenuta da Granducato di Lussemburgo c. Parlamento europeo,* punti 32 e 42.

[22] Corte di giust., 10 febbraio 1983, causa 230/81, *Granducato di Lussemburgo c. Parlamento europeo*, punti 48-49: "è opportuno rilevare che la prassi del Parlamento, elaborata nell'ambito della sua autonomia, di tenere in Bruxelles le riunioni delle commissioni e dei gruppi politici, non è mai stata criticata da alcun Stato membro. Stando così le cose, si deve constatare che il Parlamento, confermando questa prassi alla lett. b) della risoluzione impugnata, non ha commesso eccesso di potere."

[23] Diverso è il discorso relativo alla prassi in grado di generare l'affidamento meritevole di tutela nei confronti delle istituzioni, che in quanto principio generale può costituire parametro di validità dell'atto lesivo, Corte di giust., 12 novembre 1996, causa C-84/94, *Regno Unito c. Consiglio*, Racc., I-5755, punto 19. La questione mette in luce l'intimo rapporto tra prassi e principi, e in particolare, la rilevanza che la prima può assumere al fine dell'affermazione dei secondi (*supra*, par. 1).

[24] In epoca meno recente, l'interrogativo è stato sollevato da P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes –Etude des sources du droit communautaire*, Presses universitaires de Liège, Liège, 1975 (ristampa Bruylant, Bruxelles, 2006), p. 174. L'A. non dava una risposta all'interrogativo in quanto i trattati erano ancora troppo re-

stema delle fonti dell'Unione[25] e in caso affermativo, quali (ne) siano i limiti di ammissibilità in relazione alla dimensione istituzionale[26].

In primo luogo, va osservato come la Corte non abbia mai parlato di consuetudine quando si è riferita alla prassi[27].

La dottrina ha invece affermato che la "consécration de l'existence d'une coûtume et son intégration dans le bloc de la légalité communautaire ne paraîtraient dès lors qu'un aboutissement logique"[28]. In questo

centi per giudicare. Tuttavia, l'A. non escludeva la possibilità "en présence des nombreuses lacunes des traités, que des usages s'implantent, qu'ils soient acceptés par les institutions et par les Etats membres et que, pour finir, une conviction juridique vienne à s'installer à ce sujet". Egli ammetteva pertanto che delle "conventions … puissent s'établir sous forme coutumière". Nella stessa direzione, anche R. MONACO, *Diritto delle Comunità europee e diritto interno*, Ferro, 1969, p. 216, si interrogava se la consuetudine "possa diventare un elemento formativo del diritto comunitario in talune delle specificazioni dell'ordinamento comunitario", escludendo in ogni caso che "possa essere fonte di norme in qualsiasi settore dell'ordine giuridico in questione".

[25] In questa sede non viene quindi in questione la rilevanza della consuetudine internazionale, che vincola l'Unione europea in quanto soggetto di diritto internazionale, (art. 3 n. 5 TUE). In dottrina, per tutti, A. GIANELLI, *Unione europea e diritto internazionale consuetudinario*, Torino, 2004. In giurisprudenza, tra le altre, sulla rilevanza del diritto internazionale generale in grado di vincolare le istituzioni dell'Unione, Corte di giust., 4 dicembre 1974, causa 41/74, *Van Duyn*, punto 16; successivamente, Corte di giust., 21 dicembre 2011, causa C-366/10, *Air Transport Association of America e altri*, in *Racc*., p. I-13755, punto 101. Ancora nel senso che le norme di diritto internazionale generale applicabili all'Unione fanno parte del suo ordinamento giuridico, Corte di giust., 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05P, *Kadi*, in *Racc*., p. I-6351, punto 291.

[26] L'espressione consuetudine "interna" viene riferita all'Unione in quanto tale e specificamente alle sue istituzioni oppure agli Stati membri dell'Unione. Per una riflessione su quest'ultima categoria alla luce della teoria delle fonti, P. MARCISZ, *Custom in European Union Law*, in *Studia Juridica LIV*, Uniwersytet Warsawski, 2012, p. 141 ss., spec. p. 142. Secondo un'ulteriore classificazione, le consuetudini interne possono riguardare il diritto materiale oppure quello istituzionale. Nel presente lavoro l'ambito di indagine è circoscritto alla consuetudine a contenuto "istituzionale". Sulla diversa rilevanza della consuetudine nel diritto materiale e nel diritto istituzionale dell'Unione, T. BLANCHET, J. KELLER-NÖELLET, *Peut-on parler de «coutume» en droit de l'Union européene?*, in I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, P. GERARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (EDS), *Les sources du droit revisitées, Vol. 1, Normes internationales et constitutionnelles*, Bruxelles, 2011, p. 207 ss., spec. p. 217 ss. Nel senso di distinguere nell'ambito delle consuetudini istituzionali, due campi nei quali il fenomeno può verificarsi, il primo attinente ai rapporti interorganici e riguardante le regole della coesistenza o della correttezza costituzionale, il secondo relativo alla formazione delle norme interne, cfr. R. MONACO, *Diritto delle Comunità europee e diritto interno* cit. p. 217.

[27] J. P. JACQUÉ, *La pratique des institutions communautaires* cit., p. 393. Il silenzio della Corte per 60 anni assume un peso che condiziona l'intera indagine sul valore giuridico della prassi.

[28] D. RITLENG, *Le contrôle de la légalité*, p. 156. A favore dell'esistenza di consuetudini interne al sistema costituzionale dell'Unione si esprime C. CURTI GIALDINO, *I vizi dell'atto nel giudizio davanti alla Corte di giustizia dell'Unione Europea*, Milano, 2008,

senso, la consuetudine potrebbe integrare un parametro di legittimità degli atti dell'Unione, come quando ha consentito, ad esempio, di giustificare la legittimità delle direttive dettagliate[29].

Anche ammesso che la consuetudine possa trovare ingresso tra le fonti del diritto dell'Unione[30], restano tuttavia da considerare i limiti che derivano non soltanto dalla difficoltà della verifica in concreto della sussistenza dei suoi elementi costitutivi, ma anche e soprattutto dalla specificità dell'ordinamento europeo. Ancora recentemente la Corte di giustizia ha ricordato che i Trattati fondativi dell'Unione hanno dato vita, diversamente dai trattati internazionali ordinari, ad un ordinamento giuridico nuovo, dotato di proprie istituzioni, a favore del quale gli Stati che ne sono membri hanno limitato, in settori sempre più ampi, i propri poteri sovrani[31]. Inoltre, ai sensi dell'art. 13, par. 2, TUE, ciascuna istituzione deve agire nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dai Trattati, secondo procedure, condizioni e finalità da essi previste. Trattandosi poi di una comunità di diritto, gli Stati hanno accettato di modificarne le norme unicamente secondo rigide procedure. In questo senso, la Corte ha ribadito che le regole relative alla formazione della volontà delle istituzioni dell'Unione sono sancite dai Trattati e che esse non sono derogabili, né dagli Stati membri né dalle stesse istituzioni[32].

pp. 147-148. In senso contrario, V. KRANZ, *Le vote dans la pratique du Conseil des ministres des Communautés européennes*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1982, p. 403 ss., spec. p. 412 ; nonché, C. BLUMANN, L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4a ed.,, Paris, 2010, p. 524.

[29] G. RIVOSECCHI, *Ritorno al diritto non scritto? A proposito di un contributo allo studio della consuetudine*, (Recensione a A. Leo TARASCO, *La consuetudine nel diritto amministrativo. Contributo allo studio delle fonti non scritte*, Napoli, 2003, pp.1-485) (16 ottobre 2007), in www.amministrazioneincammino.luiss.it.

[30] Nelle Conclusioni del 27 settembre 2007, causa C-133/06, in *Racc*., I-3192, punti 26 a 36, l'Avv. Gen. Maduro ha osservato che la Corte, pur non essendosi mai pronunciata sulla consuetudine, non avrebbe manifestato neppure un'ostilità di principio. L'Avvocato generale ha poi aggiunto che la qualità di regola di diritto può essere attribuita a pratiche che presentano gli elementi costitutivi della consuetudine, concludendo che consuetudini (*praeter legem*) potrebbero essere consacrate.

[31] Corte di giust., 28 aprile 2015, causa C-28/12, *Commissione, sostenuta da Parlamento, c. Consiglio sostenuto da 12 stati*, EU:C:2015:282, punto 39; v., inoltre, parere 1/09, EU:C:2011:123, punto 65, e parere 2/13, EU:C:2014:2454, punto 157.

[32] Vedi, Corte di giust., 23 febbraio 1986, causa C-68/86, *Regno Unito c. Consiglio*, EU:C:1988:85, punto 38; 9 novembre 1995, causa C-426/93, *Germania c. Consiglio*, EU:C:1995:3723, punti 21 e 34; 6 maggio 2008, causa C-133/06, *Parlamento c. Consiglio*EU:C:2008:257, punto 54 ss. Ancora recentemente, Corte di giust., 28 aprile 2015, causa C-28/12, *Commissione c. Consiglio* cit., punto 42. In questo caso il Consiglio, per giustificare la legittimità delle decisioni miste (c.d. ibride), perché contenenti allo stesso tempo un atto dell'Unione e un atto intergovernativo, aveva fatto riferimento alla prassi, sostenendo che in materia di accordi internazionali, il cumulo di più regole di voto non

In linea con questo ragionamento, la giurisprudenza[33] ha così escluso che una prassi decisionale (della Commissione), qualora contrasti con il Trattato, possa fungere da contesto normativo [34] e possa quindi valere a sanare un'illegalità perpetrata[35].

In altre parole, la volontà delle parti e il ripetersi delle condotte (statali o istituzionali) non possono assumere rilevanza se contrastano con gli obblighi previsti dal Trattato[36]. In questo senso la prassi può soltanto operare nelle zone grigie lasciate dai Trattati e non può in nessun modo derogarvi (*contra legem*); ciò che non consente di escludere l'ammissibilità di consuetudini *praeter legem*[37].

Lungo questa direzione, la dottrina ha individuato un esempio di consuetudine nell'esperienza cinquantennale del Comitato speciale Agricoltura (c.d. CSA), i cui dossier sono portati direttamente al Consiglio senza passare dal Coreper grazie al consenso di quest'ultimo, che rinuncia ad occuparsi delle questioni esaminate in ambito CSA[38].

avrebbe nulla di inusuale. Una prassi siffatta rispecchierebbe la necessità di ottenere un consenso tra gli Stati membri, il quale può riflettersi in una decisione di natura mista oppure derivare dalle decisioni adottate da ogni singolo Stato membro. In senso contrario, la Corte non ha attribuito alcun significato alla prassi, sancendo così l'illegittimità dell'atto misto.

[33] Corte di giust., 23 aprile 2015, causa C-224/14 P, *LG Display et LG Display Taiwan c. Commission*, C-227/14 P, EU:C:2015:101, punto 67.

[34] Corte di giust., 9 agosto 1994, *Francia c. Commissione*, causa C-327/91 EU:C:1994:305, punto 36; 21 Settembre 2006, *JCB Service/Commissione*, causa C-167/04 P, EU:C:2006:594, punto 205; 19 aprile 2012, *Tomra Systems e a./Commissione*, causa C-549/10 P, EU:C:2012:221, punto 104, nonché 11 luglio 2013, *Team Relocations e a./Commissione*, causa C-444/11 P, EU:C:2013:464, punto 82.

[35] J. P. JACQUE , *La pratique des institutions communautaires* cit., p. 401.

[36] I limiti fin qui descritti per le consuetudini valgono anche per gli accordi taciti che possono emergere da comportamenti concludenti, posti in essere in assenza di una fase formale di assenso. Gli accordi taciti sono da ritenersi ammissibili nella misura in cui non derogano ai Trattati. Questa lettura è peraltro confermata dall'art. 39 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati, che fa salva la procedura speciale di modifica prevista dal trattato da emendare. Sul punto, P. MARCISZ, *Custom in European Union Law* cit., p. 151 ss. In dottrina, sugli accordi taciti nel diritto internazionale, per tutti, recentemente, J. D'ASPREMONT, *The International Court of Justice and tacit conventionality*, in *Questions of International Law* 18, 2015, p. 3 ss.

[37] Considerate la fluidità del sistema e la difficoltà di stabilire i confini tra le due categorie, non si può escludere la formazione di una prassi *contra legem* e la sua successiva consacrazione in sede normativa. Tuttavia, se la formalizzazione si verifica a livello di diritto derivato, è possibile prospettare il sindacato da parte della Corte di giustizia (per un possibile esempio si veda, *infra*, nota 50).

[38] T. BLANCHET, J. KELLER-NÖELLET, *Peut-on parler de «coutume»* cit., p. 244 ss. Questo caso viene invece riportato come esempio di consuetudine derogatoria delle norme del Trattato da J. P. JACQUÉ, *L'autorité discrète du Comité des Représentants Permanents*, in *Mélanges en l'Honneur du Professeur Philippe Manin*, Paris, pp. 259-

Queste timide manifestazioni e soprattutto il silenzio della Corte di giustizia, che si protrae da 60 anni, inducono ad abbandonare il campo della ricostruzione astratta e portano a concentrare l'interesse sulle manifestazioni in concreto della prassi istituzionale e sulle funzioni cui essa assolve.

3. *Funzioni del diritto non scritto*

Per quanto riguarda le funzioni del diritto non scritto, questo è innanzitutto destinato a colmare le lacune lasciate dal diritto scritto nell'ottica di consentire la piena attuazione dei Trattati, ritenuti laconici e scheletrici. Esso può assolvere anche ad una funzione anticipatoria, nella misura in cui soprattutto le istituzioni, attraverso una lettura estensiva delle loro competenze, permettono di introdurre nel sistema istituti o procedure non previsti, che vengono codificati in un secondo momento. In generale, la vita delle istituzioni è costellata di esperienze anticipatorie che nel tempo si consolidano e a volte vengono formalizzate, confermando così una certa tendenza della prassi (o del non diritto) a inverarsi in ("quasi") diritto scritto[39], in qualche caso anche a livello primario.

Infine il diritto non scritto tenta di resistere ai cambiamenti. A volte la prassi fatica a seguire le revisioni dei Trattati, opponendosi in questo senso alle modifiche e impedendone così la piena attuazione. Si pensi alla disciplina della presidenza del Consiglio dell'Unione, la cui organizzazione è rimasta sostanzialmente invariata, nonostante le modifiche normative apportate (fatta eccezione per la formazione "Affari esteri"). L'introduzione della regola del trio di presidenze[40] condiziona essen-

260, nota 7 : "Ce Comité rend directement compte au Conseil sans passer par le Coreper. Il s'agit d'une dérogation implicite et coutumière à la règle de l'article 207 TFUE".

[39] Si pensi alla consultazione dei Parlamenti nazionali nell'ambito della procedura legislativa dell'Unione, avviata con il c.d. dialogo politico, riconosciuta almeno entro certi limiti nei Protocolli nn. 1 e 2, allegati ai Trattati dell'Unione e del Funzionamento dell'Unione, ormai qualificata come "convenzione costituzionale europea". In questo senso, Risoluzione del Senato della Repubblica sul pacchetto *Better Regulation*, 25 novembre 2015.

[40] Art. 16 n. 9 TUE e dichiarazione (n. 9) relativa all'art. 16, paragrafo 9 del Trattato sull'Unione europea concernente la decisione del Consiglio europeo sull'esercizio della presidenza del Consiglio. Successivamente, la Decisione 2009/881/UE del Consiglio europeo del 1° dicembre 2009, sull'esercizio della presidenza del Consiglio, in *GUUE* L 315 del 21 dicembre 2009, p. 50 ss e su questa base, Decisione 2009/908/UE del 1° dicembre 2009, che stabilisce le modalità di applicazione della decisione del Consiglio europeo sull'esercizio della presidenza del Consiglio e sulla presidenza degli organi preparatori del Consiglio, in *GUUE* L 322 del 9 dicembre 2012, p. 28 ss.

zialmente l'elaborazione del programma delle attività del Consiglio[41], cui sono tenuti i tre Stati che compongono la presidenza collegiale. Al contrario, non ha ancora avuto implicazioni rilevanti nell'organizzazione in concreto della presidenza[42], che resta di fatto semestrale[43].

4. *Le manifestazioni del diritto non scritto sul piano soggettivo: unilaterale e interistituzionale*

La prassi può esprimersi in via unilaterale. Ciascuna istituzione infatti decide, nell'esercizio del potere di auto-organizzazione[44], le modalità del proprio funzionamento, non solo nel quadro del regolamento di procedura, ma più in generale attraverso regole interne spesso non scritte[45].

La prassi può manifestarsi anche a livello interistituzionale attraverso comportamenti che nascono dalla collaborazione tra istituzioni o dalle stesse pratiche interne adottate individualmente. La prassi (interistituzio-

[41] Art. 2, par. 6, Regolamento interno del Consiglio.

[42] Ai sensi della Decisione del Consiglio n. 2009/908 (*supra*, nota 40), i membri del trio diversi da quello cui spetta esercitare la presidenza in un dato semestre "assistono la presidenza in tutti i suoi compiti sulla base del programma di 18 mesi del Consiglio" e delle "modalità pratiche" di collaborazione concordate all'interno del trio (art. 2, parr. 1 e 3). Il Regolamento interno del Consiglio prevede la possibilità di un'assistenza da parte della presidenza successiva (art. 20, par. 2), che può concretarsi ad esempio, nella supplenza del presidente di turno in caso di suo impedimento a presiedere una determinata riunione.

[43] J. P. JACQUÉ, *L'autorité discrète du Comité des Représentants Permanents* cit., p. 269. Ancora sull'organizzazione del sistema di presidenza collegiale, tradottosi in concreto in una presidenza in « sequenza », R. ADAM, *La presidenza del Consiglio dell'Unione europea*, in corso di pubblicazione, p. 7.

[44] Sul potere di auto-organizzazione come elemento caratterizzante la nozione di istituzione, R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 59 ss. Attraverso l'esercizio del potere di auto-organizzazione le istituzioni possono attribuire valore giuridico alla prassi, J. P. JACQUÉ, *La pratique des institutions communautaires* cit., p. 400.

[45] Il regolamento può essere accompagnato da commenti (scritti) che agevolano fortemente la lettura delle disposizioni procedurali, come succede con le Spiegazioni delle regole di procedura del Consiglio (a cura del Segretariato generale del Consiglio, ultima edizione 2011). Ancora con riferimento al Consiglio, si pensi, tra le regole non scritte, alle indicazioni sulla procedura da seguire per la conclusione con paesi terzi e con organizzazioni internazionali di atti non destinati a essere giuridicamente vincolanti ma contenenti impegni politici dell'Unione. Tali indicazioni sono stati formalizzati in contributi scritti del Servizio giuridico successivamente acquisiti dal Consiglio (per un caso in cui si fa riferimento a questa pratica, vedi, Avv. Gen. Sharpstone, Conclusioni del 26 novembre 2015, causa C-660/13, EU:C:2015:787, punto 51).

nale) spesso si traduce in accordi o strumenti assimilabili, in qualche caso vincolanti, che assumono tendenzialmente forma scritta[46].

5. *Il diritto non scritto e il potere di auto-organizzazione delle singole istituzioni*

5.1. Consiglio (*e Stati riuniti in seno al Consiglio*)

Tra gli esempi riferibili al Consiglio si può richiamare l'esperienza relativa alla nomina dei membri della Corte di giustizia dell'Unione. Ai sensi degli articoli 19 TUE, 253 e 255 TFUE, gli Stati propongono i candidati alla carica di giudice o di avvocato generale, il Comitato di "saggi" esprime un parere ai sensi dell'art. 255 TFUE. Una volta acquisito il parere, spetta alla Conferenza dei Rappresentanti dei governi degli Stati membri, generalmente a margine di una seduta del Coreper, adottare la decisione di nomina dei membri designati[47].

La procedura appena richiamata è riferibile a ben vedere ai Rappresentanti dei governi degli Stati membri, e quindi non può essere qualificata come prassi del Consiglio, in quanto istituzione dell'Unione. La sede consiliare è funzionale a un adempimento di diritto internazionale, previsto dal Trattato, per assolvere il quale gli Stati membri si avvalgono tuttavia dell'assistenza del Segretariato del Consiglio[48].

Questo caso tradisce la difficoltà di distinguere la prassi degli Stati membri da quella del Consiglio. A titolo esemplificativo si può richiamare il compromesso di Lussemburgo, adottato dagli Stati membri nel 1966 attraverso delle "conclusioni" pubblicate al termine di una riunione del Consiglio[49]. Se per dare seguito alla prassi, il Consiglio si rifiuta di adot-

[46] *Infra*, par. 6.

[47] La decisione viene pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione.

[48] Recentemente il servizio giuridico del Consiglio ha suggerito che anche le richieste di accesso ai documenti formatisi nel contesto intergovernativo ma detenuti dal Segretariato generale del Consiglio (doc. 12258/15) siano soggette al regolamento 1049/2001 (del 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, in *GUCE* L 145, del 31 maggio 2001, p. 43). Per un altro esempio di prassi intergovernativa posta in essere nell'ambito del Consiglio, si pensi alle già citate decisioni ibride dichiarate illegittime da Corte di giust., 28 aprile 2015, causa C-28/12, *Commissione c. Consiglio* cit.

[49] Si trattava della riunione del 29 gennaio 1966 (v. Boll. CEE, n. 3/66, 8 ss.). Il compromesso di Ioannina, per attenuare le difficoltà di coagulare minoranze di blocco è stato ripreso con qualche modifica nella Dichiarazione n. 7 allegata all'Atto finale del Trattato di Lisbona (inserita nella Decisione del Consiglio del 13 dicembre 2007, n. 2009/857/CE, in *GUUE* L 314 del 1 dicembre 2009, p. 73, di cui si prospetta oggi la

tare una decisione in presenza di un'opposizione da parte di uno Stato, la prassi degli Stati finirà per confondersi con quella del Consiglio[50].

La disciplina del voto in Consiglio rappresenta un ambito nel quale si è sviluppata una prassi di natura essenzialmente integrativa. A questo proposito si possono richiamare le regole di voto relative all'adozione delle dichiarazioni politiche o più in generale degli atti atipici non vincolanti. Nella prassi questi ultimi si adottano per *consensus*; tuttavia se si tratta di strumenti legati ad un atto vincolante, si fa ricorso non senza esitazioni alla stessa procedura di voto richiesta per l'adozione di quest'ultimo[51].

Nell'ambito poi della disciplina delle procedure decisionali, la Corte ha accreditato la prassi del Consiglio di discutere un atto[52], per il quale sia richiesta la consultazione del Parlamento europeo[53], anche durante il

modifica nell'ambito dell'intesa per il Regno Unito nell'Unione europea, *supra* nota 9). Sull'applicazione del compromesso ad oggi scarsa, J. C. PIRIS, *The Constitution for Europe – A Legal Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, spec. p. 105.

[50] J. P. JACQUE, *La pratique des institutions communautaires* cit., p. 380. Tra gli esempi di prassi riferibili agli Stati membri, si può pensare ai vertici dei Capi di Stato o di governo inaugurati negli anni '60, formalizzatisi già a partire dagli anni '70 sotto la denominazione di Consiglio europeo, divenuto a sua volta, con il Trattato di Lisbona un'istituzione dell'Unione europea (art. 13 TUE). Si prescinde in questa sede dalla prassi che si sta sviluppando velocemente (e in maniera sorprendente) in seno al Consiglio europeo. A titolo di esempio, si pensi alla prassi (discutibile) di rinviare al Consiglio europeo i nodi politici che sorgono in Consiglio nel corso della procedura legislativa (provocando un'alterazione della stessa), fuori dalle ipotesi di freno d'emergenza tassativamente previste dai Trattati (artt. 82 n. 3 e 83 n. 3 TFUE). A questo proposito si veda l'ipotesi di freno, sia pure in una versione *soft*, che gli Stati hanno concordato di azionare in materia di governance economica nell'ambito della Decisione del 19 febbraio 2016 sull'intesa per il Regno Unito nell'Unione europea (*supra,* nota 9). Su questo punto gli Stati membri si sono impegnati con una Dichiarazione allegata alle medesime Conclusioni del Consiglio europeo di formalizzare a livello normativo questa facoltà in una Decisione del Consiglio che modifichi la Decisione 2009/857 (*supra,* nota 49).

[51] Si pensi alla Dichiarazione del Consiglio e del Parlamento sulla parità di genere nella nomina dei giudici del Tribunale, adottata contestualmente al Regolamento di riforma dello Statuto (*GUUE* L 341 del 24 dicembre 2015, p. 14). Il Regolamento è stato adottato a maggioranza qualificata (art. 238, n. 3, lett. b) TFUE), la stessa che ha sorretto l'adozione della Dichiarazione. La posizione del Servizio giuridico del Consiglio sulla questione è incerta. Il Parere del 16 ottobre 2012, 15018/12, che sostituisce la posizione espressa nel 2004 (con la nota n. 12130/04), sembra suggerire la regola generale del consenso.

[52] Corte di giust., 10 maggio 1995, causa C-417/93, *Parlamento c. Consiglio,* in *Racc*., p. I-1185, punti 10 e 11. Per un esempio recente, Decisione del Consiglio, 22 settembre 2015, 2015/1601, *che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia*, in *GUUE* L 248 del 24 settembre 2015, p. 80.

[53] A partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e quindi delle nuove norme sulle procedure di conclusione degli accordi (art. 218 TFUE), il Parlamento sta spingendo per assicurarsi un maggiore coinvolgimento nei negoziati e nella conclusione degli accordi internazionali, anche se non previsto dai Trattati: vedi al riguardo il nuovo Ac-

suo esame da parte di questo, purché l'atto sia formalmente adottato solo dopo aver acquisito il parere parlamentare.

5.2. La prassi del Parlamento europeo

Come si è detto, il diritto non scritto può integrare o anticipare modifiche normative (attraverso la revisione dei Trattati), che in qualche caso valgono a preservare prerogative delle istituzioni e in altri casi a favorire l'erosione e l'acquisizione di nuove prerogative. A volte, l'esercizio del potere di autorganizzazione ha effetti innovativi o anticipatori delle modifiche del Trattato; a volte addirittura costituisce il mezzo per raggiungere obiettivi che dovrebbero essere realizzati da altre istituzioni[54].

Questa funzione "anticipatoria" si riscontra frequentemente nell'esperienza del Parlamento europeo, che fin dalle origini ha utilizzato il proprio regolamento interno[55] per introdurre istituti che, in un secondo momento, hanno trovato formalizzazione in norme di diritto positivo. Attraverso condotte unilaterali, il Parlamento è riuscito così ad espandere la sua sfera di intervento, al fine di vedersi riconoscere ruoli e funzioni non previsti dai Trattati.

Gli esempi sono numerosi. Si pensi innanzitutto al potere di inchiesta e al diritto di petizione, che, prima ancora di trovare consacrazione in specifici articoli del Trattato[56], erano stati previsti nel Regolamento interno del Parlamento[57].

cordo interistituzionale tra il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione, "Legiferare meglio", firmato a Strasburgo il 13 aprile 2016.).

[54] In questo senso, J. P. JACQUÉ, *La pratique des institutions communautaires* cit., p. 382.

[55] Sulla portata anticipatoria del regolamento interno, S. LEFEVRE, *Les actes communautaires atypiques*, Bruxelles, 2006, pp. 206-207, note 39-43. La Corte ha riconosciuto il valore giuridico degli atti unilaterali adottati nell'esercizio del potere di autorganizzazione, qualificandoli come atti impugnabili e quindi suscettibili di ricorso (proprio in ragione della natura del regolamento il Parlamento si è visto riconoscere la legittimazione passiva davanti al giudice dell'Unione, Corte di giust., 23 aprile 1986, *Les Verts*,causa 294/83, in *Racc*. p. I-1339).

[56] Il potere di inchiesta è previsto dall'art. 226 TFUE, nonché disciplinato, in attuazione del par. 3 di questo articolo ("Le modalità per l'esercizio del diritto d'inchiesta sono fissate di comune accordo dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione"), da un accordo interistituzionale (decisione del Parlamento, del Consiglio e della Commissione, del 6 marzo 1995, relativa alle modalità per l'esercizio del diritto d'inchiesta del Parlamento europeo, in *GUCE* L 113 del 19 maggio 1995, p. 1 ss., ma riprodotto anche nell'Allegato VIII al Regolamento interno del Parlamento europeo). La disciplina è attualmente in corso di revisione: Commissione affari costituzionali (AFCO), Proposta di regolamento del Parlamento europeo sul diritto di inchiesta del Parlamento, 17 novembre 2015.

[57] Quanto al diritto di petizione, esso è contemplato dall'art. 227 TFUE (introdotto dal Trattato dal Trattato di Maastricht) ed è consacrato dall'art. 20 TFUE, come diritto proprio del cittadino europeo. Anche il diritto di petizione era previsto nel Regolamento

Si pensi inoltre alla procedura di nomina della Commissione e in particolare al meccanismo delle audizioni dei singoli candidati, che sempre per il tramite del proprio Regolamento interno il Parlamento europeo ha finito per imporre in via formale. A partire infatti dal potere riconosciutogli dal Trattato di eleggere il futuro presidente della Commissione, proposto dal Consiglio europeo, nonché successivamente la Commissione nel suo insieme, il Regolamento stabilisce che il presidente designato è invitato "a fare una dichiarazione e a presentare i suoi orientamenti politici al Parlamento"[58], e che gli altri membri della Commissione sono invitati "a comparire dinanzi alle varie commissioni parlamentari secondo le loro prevedibili competenze" [59].

Come hanno dimostrato le vicende relative alla nomina della prima Commissione Barroso, grazie proprio a quest'ultima previsione il Parlamento si è messo in condizione, al di là di quanto formalmente consentitogli dal Trattato, di procedere nei fatti all'approvazione anche dei singoli commissari. Il rischio che il giudizio negativo della commissione parlamentare competente nei confronti di un futuro commissario possa condurre alla non approvazione nel suo complesso della nuova Commissione costituisce, infatti, un'evidente arma di pressione a che quel commissario rinunci spontaneamente all'incarico.

Recentemente, poi, il Parlamento[60] ha inaugurato una nuova prassi in materia di nomina della Commissione, suggerendo il meccanismo dell'indicazione del nome del rispettivo candidato all'incarico di Presidente della Commissione nelle liste elettorali dei partiti politici europei per le elezioni europee[61]. Conformemente alle indicazioni emerse dalle

interno fin dal 1953, ora disciplinato nell'art. 196 del Regolamento interno del Parlamento europeo. Nel 1987, poi, fu creata un'apposita Commissione delle petizioni competente per il loro esame. Il Regolamento interno disciplina in maniera completa le petizioni negli articoli 215-218. Va peraltro ricordato che prima di essere formalmente previsto a livello di diritto primario, il diritto di petizione aveva trovato un sostanziale avallo da parte del Consiglio e della Commissione, che, con un accordo interistituzionale del 12 aprile 1989, si erano impegnati a collaborare con il Parlamento nell'esame e per il seguito da dare alle petizioni ricevute (in *Bollettino CE*, 1989, n. 4, n. 2.4.2).

[58] Art. 117, n. 1. Sulla progressiva maggiore incidenza, al di là della previsione del Trattato, del Parlamento nella procedura di nomina della Commissione ma anche di altre istituzioni (es. membri della Corte dei conti e della Banca centrale europea) vedi, B. DRIESSEN, *Interinstitutional Conventions in EU Law*, London, 2007, spec. pp. 51- 64, p. 82-83 e p. 266.

[59] Art. 118, n. 1.

[60] Parlamento europeo, Risoluzione del 4 luglio 2013 *sul miglioramento delle modalità pratiche per lo svolgimento delle elezioni europee del 2014*, (2013/2102(INI)).

[61] Vedi anche Commissione, Comunicazione, *Prepararsi alle elezioni europee 2014: rafforzare la democrazia e l'efficienza*, COM (2013) 126, e Raccomandazione 12 marzo 2013, *al fine di rafforzare la democrazia e l'efficienza dell'organizzazione delle*

votazioni del 2014, il Consiglio europeo ha preso atto dei risultati elettorali, designando Juncker, candidato della lista vincitrice del PPE, Presidente della Commissione. E il Parlamento sta già tentando di consolidare in forma scritta questa prassi appena inaugurata[62].

5.3. Prassi della Commissione

Tra gli esempi riferibili alla Commissione si può richiamare la prassi, per quanto esigua, affermatasi intorno al ritiro della proposta legislativa, che esprime un potere in grado di incidere sulle prerogative delle altre istituzioni. Si pensi agli accordi quadro d'inizio legislatura tra Parlamento europeo e Commissione, che regolarmente prevedono l'impegno di questa a ritirare le proposte legislative respinte dal Parlamento. Il Programma annuale della Commissione, sottoposto ad un confronto con il Parlamento europeo e recentemente anche con il Consiglio[63], riporta in allegato le proposte di cui si prevede il ritiro[64]. In questi casi il potere è stato utilizzato per lo più in chiave di accantonamento "amministrativo" delle proposte ormai obsolete. Solo raramente, esso è stato esercitato per

elezioni al Parlamento europeo, indirizzata agli Stati membri e ai partiti politici europei e nazionali (C(2013)1303).

[62] Una recente risoluzione del Parlamento europeo sulla riforma della legge elettorale europea mira a formalizzare questa prassi (Risoluzione dell'11 novembre 2015, 2015/2035(INL). Essa propone, infatti, di introdurre nell'Atto relativo all'elezione dei membri del Parlamento europeo a suffragio universale diretto (Decisione 76/787/CECA, CEE, Euratom del Consiglio del 20 settembre 1976, *GUCE*L 278 dell'8 ottobre 1976, p.1,) un nuovo articolo ai sensi del quale "Il Consiglio decide all'unanimità in merito alla creazione di una circoscrizione elettorale comune in cui i capilista siano i candidati di ciascuna famiglia politica alla carica di presidente della Commissione". La proposta sta sollevando reazioni, tra l'altro, sotto il profilo della compatibilità con l'art. 17 n 7 TUE.

[63] Il nuovo accordo interistituzionale "Legiferare meglio", entrato in vigore il 13 aprile 2016,formalizza il dibattito sulla Programmazione annuale, ponendo il Consiglio e Parlamento in una posizione di uguaglianza rispetto alla Commissione. Con specifico riferimento al ritiro delle proposte si legge "Nel rispetto dei principi di leale cooperazione e di equilibrio istituzionale la Commissione, quando intende ritirare una proposta legislativa, indipendentemente dal fatto che il ritiro debba essere seguito o meno da una proposta riveduta, ne fornisce i motivi e, se applicabile, un'indicazione dei passi successivi previsti oltre a un calendario preciso e, su queste basi, conduce le opportune consultazioni interistituzionali. Essa tiene in debito conto le posizioni dei colegislatori e dà seguito ad esse."

[64] *Programma di lavoro della Commissione per il 2016* (COM(2015) 610) del 27 ottobre 2015. Il programma di lavoro annuale è preceduto dall'invio di una lettera di intenti al Parlamento europeo nel mese di settembre, come prevede l'Allegato IV all'Accordo Quadro sulle relazioni tra il Parlamento europeo e la Commissione europea del 2010, in *GUUE* L 304 del 20 novembre 2010, p. 47. Dal 2014 la Commissione ha iniziato a coinvolgere anche il Consiglio (all'epoca sotto Presidenza italiana) nel dibattito sulla programmazione.

bloccare un procedimento decisionale in corso. Il Consiglio non ha mai contestato l'esistenza della prassi in termini generali; ha invece messo in discussione le condizioni e i suoi limiti per la prima volta nella procedura sfociata nella sentenza del 14 aprile 2015[65].

In questo caso, la Corte ha riconosciuto l'esistenza di questo potere, stabilendone portata e condizioni[66]. E specificamente, nelle sue Conclusioni del 18 dicembre 2014[67], l'Avvocato generale ha configurato il ritiro della proposta come diritto di carattere complementare non scritto.

La sentenza muove dall'art. 293 TFUE, che si riferisce al potere della Commissione di modificare la proposta fino alla deliberazione del Consiglio. La Corte ha quindi considerato che, quando un emendamento snatura la proposta di atto legislativo in modo da ostacolare la realizzazione degli obiettivi perseguiti e da privare pertanto detta proposta della sua ragion d'essere, la Commissione ha il diritto di ritirarla[68].

In altre parole, il potere di ritiro viene indissolubilmente legato al diritto di iniziativa, di cui tale istituzione è investita ed è inquadrato nel suo esercizio dalle disposizioni degli articoli 289 e 293 TFUE[69] e nel rispetto dell'obbligo di motivazione ai sensi dell'art. 296 TFUE.

L'affermazione lascia intravvedere il rischio di un'interferenza da parte del giudice nel bilanciamento degli obiettivi perseguiti dalle istituzioni politiche che dominano il processo legislativo nella fase di elaborazione della proposta. Per altro verso, il potere di ritiro, come accreditato dalla Corte, è destinato ad avere ripercussioni sull'equilibrio interno al triangolo istituzionale, alterando il peso specifico della Commissione.

[65] Corte di giust., 14 aprile 2015, *Consiglio c. Commissione*, causa C-409/13 EU:C:2015:217. Per i primi commenti alla sentenza: S PEERS, *The Commission's Power of Initiative: the CJUE Sets Important Constraints*, (14 April 2015); J. P. JACQUÉ, *Le droit pour la Commission de retirer une proposition législative. A propos de l'arrêt di 14 avril 2015 (C-409/13)*, in *http://www.droit-union-europeenne.be/411316223* (19 avril 2015); P. J. KUIJPER, *Commission's Right of Withdrawal of Proposals: Curtailment of the Commission's Right or Acceptance by the Court of the Commission's Long-Standing Position?*, in *http://acelg.blogactive.eu* (June 1, 2015); D. SIMON, *Pouvoir de retrait par la Commission d'une proposition*, in *Europe*, 6/2015, p. 20 ss.; R. ADAM, *Il potere d'iniziativa della Commissione e il processo decisionale: il difficile equilibrio tra ritiro della proposta e potere decisionale*, in corso di pubblicazione.

[66] Finora la Corte si era limitata a un cenno fugace a questo potere in due sentenze: Corte di giust., 14 luglio 1988, causa 188/85, *Fediol c. Commissione*, EU:C:1988:400, punto 37; 5 ottobre 1994, causa C-280/93, *Germania c. Consiglio*, EU:C:1994:367, punto 37.

[67] Punto 54.

[68] Punto 83.

[69] In questo caso, la Corte ha peraltro dichiarato che la Commissione non ha violato il principio di attribuzione, né il principio dell'equilibrio interistituzionale, né il principio di leale cooperazione né tantomeno il principio di democrazia.

Sullo sfondo la sentenza solleva l'interrogativo circa il ruolo che la giurisprudenza può assolvere nell'affermazione della prassi e della sua portata[70] e circa il corretto rapporto da stabilire tra prassi e giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto. A ben vedere, una volta intervenuta la sentenza, il dato giurisprudenziale diventa prevalente, e la prassi finisce per confondersi in esso perdendo rilevanza quale regola di condotta autonoma.

6. *Leale cooperazione e prassi interistituzionale*

La prassi interistituzionale esprime il frutto di scelte concordate tra le istituzioni, che possono trovare forma negli accordi interistituzionali, ora previsti espressamente dall'art. 295 TFUE, o in strumenti assimilabili tendenzialmente scritti[71]. La logica sottesa non è sempre o solo riempitiva/integrativa; in qualche caso essa è anche innovativa, assolvendo a una funzione anticipatoria di modifiche anche a livello di diritto primario[72].

[70] R. BARATTA, *Diritto e prassi evolutiva dell'Eurogruppo*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2015, p. 493 ss., spec., p. 515. L'A. ammette che la validazione da parte della Corte sia necessaria per conferire alla regola *sociale* (affermatasi per prassi) la veste di regola giuridica. L'A. sostiene che la formazione di consolidate prassi istituzionali non è fatto sufficiente di produzione giuridica: la relativa condotta e la corrispondente opinio juris (delle istituzioni e degli Stati) devono infatti essere soggette al vaglio di legittimità della Corte di giustizia. A ben vedere in quest'ipotesi sarebbe la giurisprudenza ad assumere forza giuridica più che la prassi in sé, e in ogni caso sulla base di questo ragionamento si dovrebbe concludere nel senso che in assenza del riconoscimento giurisprudenziale la prassi non possa acquisire valore e non possa dare vita alla consuetudine. Sulla rilevanza della giurisprudenza come fonte del diritto dell'Unione, vedi, tra gli altri, C. BLUMANN, L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4a ed., Paris, 2010, p. 523

[71] Per un esempio di prassi interistituzionale non scritta si pensi al c.d. *gentlemen agreement* tra Parlamento e Consiglio in materia di bilancio. In base ad esso, ciascuna autorità di bilancio, attraverso risoluzioni separate, ha deciso di non interferire nella spese dell'altra. In dottrina, su questo caso, B. DRIESSEN, *Interinstitutional Conventions* cit., p. 35 ss. Un altro esempio di prassi interistituzionale non scritta si sta formando intorno alla partecipazione del Parlamento europeo ai lavori del Consiglio. Questa tendenza è oggi riconosciuta nell'Accordo interistituzionale "Legiferare meglio", nel punto in cui le tre istituzioni si impegnano a "negoziare migliori disposizioni pratiche per la cooperazione e la condivisione di informazioni nel quadro dei trattati e secondo l'interpretazione della Corte di giustizia".

[72] Un esempio è offerto dall'Accordo interistituzionale del 25 ottobre 1993 tra Parlamento europeo, Consiglio e Commissione relativo alle procedure per l'attuazione del principio di sussidiarietà (ora Protocollo n. 2, allegato ai Trattati, sull'applicazione dei principi di proporzionalità e di sussidiarietà).

Gli accordi e le convenzioni interistituzionali[73] in qualche caso codificano prassi esistenti; a volte incoraggiano nuove prassi[74]. In generale le convenzioni sono dirette a stabilire le modalità della cooperazione tra le istituzioni, non senza provocare interferenze sull'equilibrio interistituzionale. Hanno comunque un carattere dinamico-evolutivo in quanto possono contribuire allo sviluppo del sistema dell'Unione. Possono avere effetti vincolanti, nel rispetto dei limiti del Trattato[75], in ragione del contenuto e dell'intenzione degli autori[76].

Sul piano soggettivo, questi accordi sono talvolta conclusi non da tutte e tre le istituzioni, che guidano il processo decisionale, ma da solo due di esse[77], come nel caso degli accordi quadro tra Commissione e Parlamento che definiscono, tendenzialmente all'inizio di ogni legislatura, i rapporti tra le due istituzioni[78].

[73] Il panorama è assai diversificato: esso comprende dichiarazioni comuni, *modus vivendi, common of understanding, gentlemen agreements*. Sull'ampiezza del fenomeno, vedi, B. DRIESSEN, *Interinstitutional Conventions* cit., passim.

[74] In questo senso la prassi codificata può legittimare l'affidamento e quindi giustificare la possibilità di invocare il principio davanti al giudice dell'Unione. Sul rapporto tra principio e prassi delle istituzioni, *supra*, par. 1.

[75] Corte di giustizia, 19 marzo 1996, causa C-25/94, *Commissione c. Consiglio*, *Racc*. I-1469, punto 49. In questa sentenza la Corte riconosce il carattere vincolante di un accordo di "accomodamento" tra Consiglio e Commissione, di cui ammette la violazione violazione da parte del primo.

[76] Corte di giust., 31 marzo 1971, causa 22/70, *Commissione c. Consiglio*, EU:C:1971:32; Corte di giust., 7 dicembre 1995, causa C-41/95, *Consiglio c. Parlamento*, EU:C:1995:431. Corte di giust., 16 luglio 2015, causa C-425/13, *Commissione c. Consiglio*, EU:C:2015:483, punto 27 e giurisprudenza ivi citata; Corte di giust., 17 luglio 2008, causa C-521/06 P, *Athinaïki Techniki c. Commissione*, EU: C: 2008: 422, punto 42.

[77] Vedi, anche, Accordo interistituzionale tra Parlamento e Consiglio relativo all'accesso da parte del Parlamento europeo alle informazioni sensibili del Consiglio nel settore della politica di sicurezza e di difesa (in *GUCE* C 298 del 30 novembre 2002, p. 1 ss.)**.** Nel 2012 si sono avviati i negoziati, fermi dal 2014, per la conclusione di un accordo interistituzionale tra l'Alto Rappresentante, il Consiglio e il Parlamento europeo per disciplinare l'accesso alle informazioni riservate nell'area PESC. Attualmente, le richieste in questo settore sono trattate dall'Alto Rappresentante PESC sulla base dell'Accordo del 2002, la cui applicazione quindi è stata estesa in via di prassi.

[78] L'ultimo è l'Accordo quadro del 20 ottobre 2010 sui rapporti tra il Parlamento europeo e la Commissione (*GUUE* C 304 del 20 novembre 2010, p. 125 ss.). Questo Accordo è stato contestato dal Consiglio con una Dichiarazione, pubblicata in *GUUE* C 287 del 23 ottobre 2010, p. 1. In ragione di questa opposizione il nuovo Accordo interistituzionale "Legiferare meglio" non menziona l'Accordo del 2010, ma questo è richiamato in una Dichiarazione che Commissione e Parlamento hanno rilasciato al momento della firma. Un altro esempio bilaterale è dato dall'Accordo istituzionale tra Parlamento e Commissione europea sul registro per la trasparenza delle organizzazioni e dei liberi professionisti che svolgono attività di concorso all'elaborazione e all'attuazione delle politiche dell'Unione europea, *GUUE* L 277 del 19 settembre 2014, p. 11.

Dal punto di vista dell'oggetto, gli accordi coprono i settori più disparati. Esempi significativi si rinvengono soprattutto nella disciplina dell'attività legislativa. In quest'ambito le istituzioni tendono a regolare consensualmente il funzionamento concreto di procedure previste nel Trattato. E se alcuni accordi non incidono sulle prerogative delle istituzioni, altri, invece, finiscono per modificare l'equilibrio tra le stesse, puntando a migliorare la capacità di ciascuna di esse di incidere sul processo decisionale[79]. Tra le convenzioni più rilevanti in questo ambito conviene richiamare la Dichiarazione comune del 2007 sulla procedura di codecisione (ora procedura legislativa)[80]. Questo strumento prevede una serie di "pratiche procedurali" volte a agevolare la ricerca del compromesso nell'ambito del c.d trilogo (incontri informali tra Commissione, Parlamento e Consiglio)[81]. Ciò ha fatto sì che nella prassi la chiusura delle procedure legislative in prima lettura sia diventata ormai la regola, con insoddisfazione di quanti lamentano una deviazione rispetto alle regole del Trattato[82]. In questo senso la prassi è

[79] B. DRIESSEN, *Interinstitutional Conventions* cit., p. 267. Si pensi alle richieste avanzate dal Parlamento europeo nell'ambito del negoziato sull'Accordo interistituzionale "Legiferare meglio" . Tra i risultati conseguiti, il nuovo accordo prevede nel capitolo VII (relativo all'attuazione e applicazione della legislazione dell'Unione) una clausola (sia pure soft) sul c.d. gold plating (sovra regolamentazione). In base a questa previsione "quando, in fase di recepimento delle direttive nel diritto nazionale, gli Stati membri scelgono di aggiungere elementi che non sono collegati in alcun modo alla legislazione dell'Unione in questione, tali aggiunte dovrebbero essere rese identificabili tramite l'atto o gli atti di recepimento, oppure tramite i documenti connessi". In altre parti il Parlamento ha ottenuto l'impegno delle altre istituzioni a tornare sulle sue pretese (cd. clausole di *rendez vous*: ad esempio sui criteri di demarcazione tra atti delegati e atti esecutivi e sulle modalità di informazione e cooperazione nei negoziati e nella conclusione degli accordi internazionali).

[80] *GUUE* C 145 del 30 giugno 2007, p. 1 ss. Nelle sue Conclusioni del 18 dicembre 2014, nella causa C-409/13, (punto 105), l'Av. gen. Jääskinen menziona sia la dichiarazione del 2007, sia l'accordo PE/Commissione del 2000, derivandone utili indicazioni per comprendere la portata dell'obbligo di motivazione della Commissione a supporto del ritiro della proposta. La Corte di giustizia, invece, nella successiva sentenza su tale causa non fa alcun riferimento a questi accordi, centrando tutto il suo ragionamento intorno al principio di leale cooperazione e al principio dell'equilibrio interistituzionale.

[81] Alle riunioni in formato "trilogo" partecipano la Presidenza per il Consiglio (su mandato del Coreper), il relatore (insieme al relatore ombra) per il Parlamento europeo e il rappresentante della Commissione con un ruolo di mediatore. Nel Capitolo VI (*trasparenza e coordinamento del processo legislativo*) dell'Accordo interistituzionale "Legiferare meglio" si legge che la Commissione "svolge il ruolo di facilitatore trattando in ugual modo i due rami dell'autorità legislativa, nel pieno rispetto dei ruoli che i trattati hanno attribuito alle istituzioni".

[82] Nella proposta relativa all'accordo interistituzionale del 19 maggio 2015 la Commissione, nel tentativo di bloccare la prassi della prima lettura, aveva invitato a utilizzare la seconda lettura, chiedendo ai legislatori di stabilire con la Commissione un calendario che prevedesse le diverse fasi fino all'adozione finale di ogni proposta legislativa e il ricorso appropriato agli accordi in seconda lettura (COMM (2015) 216) Cap. VI,

volta se non ad aggirare, quantomeno ad ammorbidire le regole scritte in materia[83].

In qualche caso le istituzioni fanno ricorso agli accordi per introdurre nuove procedure semplificate nel campo della produzione normativa[84]. A questo proposito, conviene ricordare l'accordo del 1994 sulla codificazione ufficiale dei testi legislativi[85], l'accordo del 2001 sulla rifusione degli atti normativi[86] e l'accordo del 1998 sulla qualità redazionale della legislazione comunitaria, che contiene orientamenti giuridicamente non vincolanti[87].

Infine, va richiamato il più volte citato Accordo interistituzionale "Legiferare meglio"[88], adottato sulla base dell'art. 295 TFUE[89], cui gli

punto 26). Il testo concordato dalle tre istituzioni, invece, non contiene alcun riferimento alla seconda lettura.

[83] In dottrina sui negoziati trilaterali e in particolare, sull'assenza di trasparenza, B. DRIESSEN, *Interinstitutional Conventions* cit., p. 267. Nel nuovo Accordo interistituzionale "Legiferare meglio" Parlamento europeo, Consiglio e Commissione si sono impegnati a intraprendere i passi necessari a migliorare lo scambio di informazioni sulle procedure legislative, attraverso la creazione di piattaforme o di banche dati delle procedure legislative.

[84] Numerosi esempi di accordi si rinvengono in materia di bilancio: Accordo interistituzionale tra il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione sulla disciplina di bilancio e la sana gestione finanziaria (*GUUE* C 139 del 14 giugno 2006, p. 1 ss.), che ha sostituito il precedente Accordo interistituzionale del 6 maggio 1999, tra il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione, sulla disciplina di bilancio e il miglioramento della procedura di bilancio (*GUCE* C 172 del 18 giugno 1999, p. 1 ss.), nonché l'Accordo interistituzionale del 7 novembre 2002, fra il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione, sul finanziamento del Fondo di solidarietà dell'Unione europea, che aveva completato tale Accordo (*GUCE* C 283 del 20 novembre 2002, p. 1 ss.). Sulla portata della dichiarazione del 1982, Corte di giustizia, 3 luglio 1986, causa 34/86, *Consiglio c. Parlamento europeo*, in *Racc.*, p. 2188 (Avv.gen. Mancini, p. 2156).

[85] Accordo interistituzionale del 20 dicembre 1994 tra Parlamento europeo, Consiglio e Commissione, concernente un metodo di lavoro accelerato ai fini della codificazione ufficiale degli atti legislativi (*GUCE* C 102 del 4 aprile 1996, p. 2 ss.).

[86] Accordo interistituzionale del 28 novembre 2001 tra Parlamento europeo, Consiglio e Commissione, ai fini di un ricorso più strutturato alla tecnica di rifusione degli atti normativi (*GUCE* C 77 del 28 marzo 2002, p. 1 ss.).

[87] Accordo interistituzionale del 22 dicembre 1998 tra Parlamento europeo, Consiglio e Commissione sugli orientamenti comuni relativi alla qualità redazionale della legislazione comunitaria (*GUCE* C 73 del 17 marzo 1999, p. 1 ss.). In questo caso, le istituzioni hanno espressamente dichiarato che gli impegni in esso assunti "non sono giuridicamente vincolanti".

[88] Questo Accordo sostituisce il precedente del 2003 e l'approccio interistituzionale comune per le valutazioni d'impatto del 2005.

[89] Il negoziato tra le tre istituzioni si è chiuso l'8 dicembre 2015. L'accordo è stato firmato a Strasburgo dai Presidenti delle tre istituzioni il 13 aprile 2016 e in pari data è entrato in vigore.

autori non hanno inteso attribuire natura vincolante in tutte le sue parti[90]. Con questo accordo il Consiglio, la Commissione e il Parlamento mirano ad introdurre modalità atte a migliorare il processo legislativo dell'Unione europea garantendo una migliore cooperazione interistituzionale, assicurando una maggiore trasparenza (attraverso il coinvolgimento delle diverse parti interessate) e una semplificazione del processo legislativo. L'accordo esprime un punto di equilibrio, che in parte codifica la prassi esistente e in parte inaugura nuove prassi per soddisfare almeno parzialmente le varie pretese avanzate dalle tre istituzioni[91], dando così conferma dell'orientamento fin qui descritto[92].

7. *"Prime" considerazioni conclusive*

Il fenomeno del diritto non scritto si presenta variegato sul piano soggettivo quanto alle istituzioni coinvolte[93] e sul piano oggettivo quanto agli ambiti coperti[94], alle forme nelle quali si esprime (principi generali e prassi) e alle funzioni[95].

La complessità e l'eterogeneità consentono tuttavia di individuare nel "diritto non scritto" un ingrediente essenziale (imprescindibile) per il funzionamento dell'Unione e in generale per il processo di integrazione europea, avendo consentito a quest'ultimo di avanzare e di acquisire stabilità attraverso costanti accomodamenti pur nel silenzio dei Trattati[96].

[90] L'Accordo comprende anche due allegati sugli atti delegati (Allegato 1 sulla Convenzione d'intesa e Allegato 2 sulle Formule standard), richiamati entrambi nel corpo centrale del testo per rafforzarne il valore giuridico.

[91] In senso favorevole al Consiglio riconosce una posizione di parità tra Consiglio e Parlamento nella programmazione (annuale e pluriannuale), la consultazione degli esperti nazionali nella formazione degli atti delegati. Rispetto alle pretese del Parlamento europeo, in particolare rispetto alla negoziazione degli accordi internazionali, vedi, *supra,* nota 53.

[92] Vedi *supra*, nota 79.

[93] Innanzitutto si pensi al Parlamento, alla Commissione e al Consiglio, senza dimenticare il ruolo della Corte di giustizia (*supra* par. 5).

[94] Come si è detto, tra le principali materie coperte dalla prassi si possono ricordare le procedure di bilancio, le forme auto-organizzazione e le procedure legislative.

[95] *Supra* par. 3.

[96] In questa sede, si prescinde dal valutare le implicazioni sull'erosione delle competenze statali che lo sviluppo della prassi, nelle varie manifestazioni che si sono dette, ha avuto nel corso del processo di integrazione europea almeno dalle origini. Così come non si può escludere che in una certa fase del processo si possa assistere al consolidarsi di una prassi contraria, diretta al "rimpatrio" strisciante delle competenze (si pensi, recentemente, all'acceso dibattito sul controllo delle frontiere interne e in generale sulla libera circolazione delle persone).

Viene così avvalorata la proiezione di un fenomeno ampio, dotato di una carica evolutiva, che interferisce con il sistema normativo inteso in senso formalistico, sistema nel quale a volte si confonde e dal quale a volte si distacca.

Con riferimento alla prassi è emersa l'incertezza sul suo valore giuridico. Se da un lato la giurisprudenza della Corte di giustizia non consente di escludere che il fenomeno consuetudinario possa entrare in gioco nella formazione del diritto dell'Unione, dall'altro lato non si può negare significato ad un silenzio che persiste da 60 anni. Non solo. La specificità e l'originalità del sistema dell'Unione, la sua autonomia rispetto all'ordinamento internazionale e la sua caratterizzazione come comunità di diritto alimentano il disagio di pervenire a conclusioni di principio sulla base di timide manifestazioni.

L'esigenza di flessibilità spiega in ogni caso la ragione del successo e della diffusione della prassi che le istituzioni, sia a livello unilaterale sia interistituzionale, alimentano e vivono ciascuna secondo la propria sensibilità. Tale eterogeneità si esprime anche nella diversa propensione che le singole istituzioni manifestano verso la formalizzazione delle regole (o delle quasi regole)[97].

Il Parlamento europeo tende a consacrare la prassi per provocare il cambiamento in senso definitivo, al fine quindi di accreditare l'erosione di prerogative delle altre istituzioni e tentando così di alterare l'assetto a suo vantaggio. Anche la Commissione ricorre alla scrittura, spesso per avvalorare soluzioni e per suggerire l'illusione di una vincolatività non (ancora) affermata[98].

[97] In tema di regime linguistico, non si rinviene nessuna norma vincolante (nei regolamenti interni del Consiglio o della Commissione) che sancisca le lingue di lavoro all'interno delle istituzioni. La disciplina generale è prevista dal regolamento 1/58, adottato dal Consiglio sulla base dell'art. 217 TFUE (*GUCE* 17 del 6 ottobre 1958, p. 385), che riconosce quali lingue di lavoro tutte le 24 lingue ufficiali, consentendo tuttavia alle singole istituzioni di determinare nei rispetti regolamenti le lingue da utilizzare all'interno (art. 6). Questa norma non è stata mai completamente attuata, ma seppur soltanto in via di prassi, si è affermato il trilinguismo (francese, inglese e tedesco) quale regola generale in Commissione e almeno parzialmente in Consiglio (es. per le riunioni del COREPER).

[98] Si pensi al frequente ricorso da parte della Commissione, alle comunicazioni, quali la recente, *Legiferare meglio per ottenere risultati migliori – Agenda dell'UE*, COM (2015) 215. Sulla prassi diffusa di comunicazioni che anticipano – o colmano l'assenza di – interventi legislativi, soprattutto nella disciplina degli aiuti di Stato, O. PORCHIA, *Il procedimento di controllo degli aiuti pubblici alle imprese*, Jovene, Napoli, p. 5 e p. 170 ss. Per un singolare esempio di impegno della Commissione ad adottare comunicazioni interpretative o addirittura di presentare proposte di modifica di atti legislativi, si veda la dichiarazione relativa a questioni connesse all'abuso del diritto di libera circolazione delle persone e quella concernente il meccanismo di salvaguardia relativa

L'atteggiamento del Consiglio è al contrario piuttosto di tipo conservativo, esprimendo la preferenza per una prassi non scritta che si accomodi maggiormente e anche tempestivamente alle esigenze dei singoli casi[99].

La tendenza alla scrittura (della prassi), di cui si è detto, non si giustifica sempre in ragione dell'esigenza di affermare effetti vincolanti; piuttosto essa pare dettata dalla necessità di conseguire una stabilizzazione della condotta e dei relativi effetti intesi in un'accezione aperta. In questo senso, la scrittura non cambia la natura della regola (o del principio).

Costituiscono ulteriore testimonianza della complessità del rapporto tra scrittura e diritto le esitazioni o le tensioni riscontrabili nelle scelte redazionali delle regole giuridiche. Le istituzioni si confrontano a volte con il timore di accreditare per il futuro decisioni normative e per questa ragione tendono a precisare che determinate soluzioni, sia pure definite in atto giuridico, non costituiscono un precedente e non vincolano nel futuro[100]. Questa tecnica redazionale, per certi versi irrituale, ricorrente soprattutto in materia di relazioni esterne, esprime la volontà dell'istituzione di attenuare la portata normativa della decisione scritta e comunque di non inaugurare "prassi legislative".

In conclusione, volendo tenere conto dei vari elementi emersi sia pure in modo frammentario dal quadro esposto e quindi per assicurare maggiore coerenza all'esposizione, si dovrebbe integrare il titolo del contributo con l'aggiunta del riferimento alle categorie del "diritto non ancora scritto" e del "quasi diritto scritto" nel funzionamento delle istituzioni dell'Unione[101]. La prima espressione, "diritto non ancora scritto",

alla libera circolazione dei lavoratori, entrambe allegate alle Conclusioni del Consiglio europeo del 18 e 19 febbraio 2016 (*supra*, nota 9).

[99] Come si è visto a proposito delle regole di voto in relazione all'adozione di dichiarazioni politiche (*supra*, nota 51).

[100] A titolo esemplificativo, si pensi alle Decisioni del Consiglio sulla composizione del Comitato delle regioni (del 16 dicembre 2014, n. 2014/930) e del Comitato economico e sociale (del 14 luglio 2015, n. 2015/1157). Rispettivamente nei considerando 6 e 5 di entrambe si legge che "la decisione è adottata nel contesto delle circostanze specifiche inerenti al Comitato […] e non costituisce un precedente per la composizione delle istituzioni".

[101] Si potrebbe parlare di "diritto non più scritto", nel caso di diritto abrogato che segue a produrre effetto, come recentemente riconosciuto nelle sentenze del 17 aprile 2015, *Parlamento c. Consiglio*, rispettivamente, cause riunite C-317/13 e C-679/13, EU:C:2015:223 e causa C- 540/13, EU:C:2015:224. In queste sentenze, la Corte ha dichiarato che la norma di diritto derivato, adottata sulla base dell'art. 34 TUE (ora abrogato), deve essere interpretata alla luce e conformemente all'art. 39 TUE quanto alle modalità di procedurali e quindi deve consentire la consultazione del Parlamento europeo. Si

può essere riferita alla prassi "anticipatoria" che è poi seguita da formalizzazione[102]. Il secondo, invece, fa riferimento ai molteplici strumenti, unilaterali e interistituzionali, anche privi di effetti vincolanti, che sono tradotti in forma scritta[103]. In questi casi, come si è visto, il dato sostanziale prevale sulla forma nella costante e non facile ricerca di un'ambiguità che tenta di lasciare immutata la legalità formale delle istituzioni, pur adattandone la sostanza alle nuove esigenze di funzionamento via via originate dal processo di integrazione europea.

riscontra una "timidezza-incertezza" del Consiglio, in quanto nella misura esecutiva si riferiva al TUE (senza specificare l'articolo) e alla norma di diritto derivato.

[102] J. P. JACQUÉ, *La pratique des institutions communautaires* cit., p. 405 : « La pratique est donc un facteur primordial d'évolution des Communautés, non seulement parce qu'elle acquiert une valeur juridique ou politique propre, mais parce qu'elle prédétermine l'évolution du droit constitutionnel communautaire écrit ».

[103] Questi strumenti, unilaterali o interistituzionali, "evocano" il mondo atipico del *soft law*, senza tuttavia esaurirsi in esso, B. DRIESSEN, *Interinstitutional Conventions* cit., p. 265. In generale, sul *soft law* e sugli effetti, F. SNYDER, *Soft Law and Institutional Practice in European Community*, in S. MARTIN (ed.), *The Construction of Europe*, The Hague, 1994, p. 198 ss.; L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Portland, 2004; O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo* cit., p. 98.

IL DIRITTO NON SCRITTO NELL'ACCERTAMENTO DEI DIRITTI FONDAMENTALI DOPO LA RIFORMA DI LISBONA

CHIARA AMALFITANO*

SOMMARIO: 1. Il sistema attuale di tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea. – 2. *Segue*: Il rapporto tra par. 1 e par. 3 dell'art. 6 TUE: quale coordinamento tra Carta dei diritti fondamentali (fonte scritta) e principi generali di diritto inerenti ai diritti fondamentali (fonte non scritta)? – 3. La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ed il ruolo della fonte non scritta dopo il trattato di Lisbona: sostanziale continuità dell'approccio interpretativo ed applicativo. – (I) 4. La fungibilità di Carta e principi generali. – 5. *Segue*: L'impiego di Carta e principi generali per accertare i diritti fondamentali. – 6. *Segue*: L'impiego della sola Carta. – 7. *Segue*: L'impiego dei soli principi generali. – 8. *Segue*: L'atteggiamento di *self-restraint* della Corte. – 9. Le possibili interpretazioni estensive/evolutive della (o alla luce della) fonte scritta e di quella non scritta. – (II) 10. Il ruolo dei principi generali di diritto "accanto alla" ed "oltre la" Carta. – 11. L'operatività dei principi generali quando la Carta non è applicabile *ratione temporis*. – 12. La funzione suppletiva e complementare dei principi generali nei casi in cui la Carta non può trovare applicazione *ratione personae*. – 13. *Segue*: E nei casi in cui potrebbe non trovare applicazione rispetto ad alcuni Stati membri. – 14. La funzione supplementare e integrativa dei principi generali: lo sviluppo dell'*acquis* dell'Unione. – 15. La funzione conservativa dei principi generali a garanzia delle specificità dell'ordinamento dell'Unione.

1. *Il sistema attuale di tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea.*

La fonte di diritto non scritta per eccellenza dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea è costituita dai principi generali di diritto[1].

* Associato confermato di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Milano.

[1] L'altra fonte non scritta che vincola l'Unione europea, al pari di ogni altro soggetto di diritto internazionale, è il diritto internazionale generale: cfr., per tutte, Corte giust., 16 giugno 1998, causa C-162/96, *Racke*, pt. 45 s.; 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi e Al Barakaat International Foundation*, pt. 291; 16 ottobre 2012, causa C-364/10, *Ungheria c. Slovacchia*, pt. 44.

Con riguardo ai diritti fondamentali dell'individuo, tali principi – elaborati nel corso dei decenni dalla giurisprudenza della Corte di giustizia[2] – sono stati codificati, e in parte cristallizzati[3], in un catalogo scritto, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea cui – come noto – il trattato di Lisbona ha conferito carattere giuridico obbligatorio pari a quello dei trattati (art. 6, par. 1, TUE)[4].

[2] La prima pronuncia che ha sancito il rispetto, da parte dell'allora Comunità economica europea e degli Stati membri, di un diritto fondamentale dell'individuo in quanto principio generale (di cui la Corte di giustizia è tenuta a garantire l'osservanza) è la celebre sentenza del 12 novembre 1969, causa 29/69, *Stauder*, seguita dalle sentenze 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft MBH*, 14 maggio 1974, causa 4/73, *Nold* e 13 dicembre 1979, causa 44/79, *Hauer*. La giurisprudenza consolidata della Corte, in base alla quale, nell'accertare i diritti fondamentali cui assicurare tutela, occorre ispirarsi «alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri ed ai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito», in particolare alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 (nel prosieguo: CEDU), è stata, come noto, codificata nel trattato di Maastricht: il suo art. F, par. 2 (poi art. 6, par. 2, TUE, con il trattato di Amsterdam), stabilì, infatti, che l'Unione «rispetta i diritti fondamentali dell'individuo quali garantiti dalla [CEDU] e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario».

[3] Si considerano cristallizzati e non semplicemente codificati, ad esempio, il diritto alla protezione dei dati di carattere personale, di cui all'art. 8 Carta (benché fondato tra l'altro – come risulta dalle stesse Spiegazioni alla Carta – sull'art. 8 CEDU), il divieto di clonazione riproduttiva di esseri umani, di cui all'art. 3, par. 2, lett. *d*), Carta, e, ancora, il diritto alle ferie annuali retribuite, di cui all'art. 31, par. 2, Carta (in tal senso cfr. conclusioni dell'avvocato generale Tizzano dell'8 febbraio 2001 nella causa C-173/99, *BETCU*, pt. 26-28). Sulla sostanziale mancanza di originalità della Carta e le previsioni di riferimento (CEDU, tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, altre norme internazionali) in essa riprodotte cfr., per tutti, P. PESCATORE, *La coopération entre la Cour communautaire, les juridictions nationales et la Cour européenne des droits de l'homme dans la protection des droits fondamentaux*, in *Revue du marché commun de l'Union européenne*, 2003, p. 151 ss., spec. p. 154 ss. Ci si può comunque chiedere se tutti i principi generali relativi ai diritti fondamentali, enucleati dalla Corte di giustizia, siano stati davvero riprodotti nella Carta o se ne esistano alcuni che non sono confluiti al suo interno. Il riferimento è, in particolare, al dovere di sollecitudine dell'amministrazione dell'Unione verso i suoi funzionari: sul tema cfr., per tutti, T. LIVOLSI, *Le devoir de sollicitude dans le contentieux récent de la fonction publique de l'Union européenne*, in *Revue des affaires européennes*, 2014, p. 369 ss., nonché, *infra*, § 14. Questione differente è, poi, quella della configurabilità di nuovi – ed autonomi – principi generali elaborati dalla Corte di giustizia dopo la stesura della Carta e, dunque, in essa evidentemente non riprodotti: sul punto v. sempre *infra*, § 14.

[4] Proclamata solennemente a Nizza nel 2000, dai Presidenti di Commissione, Consiglio e Parlamento europeo (*GUCE* C 364 del 18 dicembre 2000, p. 1 ss.), la Carta è stata riproclamata a Strasburgo nel dicembre 2007, dopo essere stata riadattata in vista del richiamo ad essa operato dal nuovo art. 6, par. 1, TUE e dell'attribuzione ad essa di natura cogente pari a quella dei trattati. Il testo della Carta, non allegata ai trattati, ma,

L'acquisizione di tale natura vincolante è unanimemente considerata un passaggio qualitativo essenziale, un vero e proprio spartiacque nel processo di integrazione europea, perché la tutela dei diritti fondamentali è posta definitivamente al centro del sistema giuridico dell'Unione[5], rappresentandone il valore identitario che diventa "parametro *scritto* di costituzionalità": parametro di legittimità, oltre che di interpretazione, che vincola, insieme con il giudice dell'Unione (e ancora prima), le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione, nonché gli Stati membri nei limiti in cui attuano il diritto dell'Unione, come specificato dall'art. 51, par. 1, Carta.

Si tratta di un passaggio indubbiamente rilevante dal punto di vista (almeno) della visibilità dei diritti tutelati, visibilità che, del resto, è una delle finalità perseguite con l'elaborazione della Carta dei diritti fondamentali[6]. E questo passaggio, insieme con la conseguente maggior visibilità dei diritti, è confermato dalla nuova formulazione del par. (oggi) 3 dell'art. 6 TUE. Se, infatti, nella versione pre-Lisbona, il corrispondente par. 2 dell'art. 6 TUE sanciva l'obbligo per l'Unione di rispettare i diritti fondamentali dell'individuo, quali garantiti dalla convenzione europea

come detto, soltanto richiamata dal TUE, è originariamente pubblicato in una Gazzetta Ufficiale diversa da, e precedente a, quella che contiene i testi del trattato di Lisbona, del TUE e TFUE modificati (*GUUE* C 303 del 14 dicembre 2007, p. 1 ss.). Nelle successive versioni consolidate i testi sono invece riprodotti nella stessa Gazzetta Ufficiale: da ultimo, cfr. *GUUE* C 326 del 26 ottobre 2012, p. 391 ss. (già *GUUE* C 83 del 30 marzo 2010, p. 389 ss.).

[5] In tal senso cfr., per tutti, S. IGLESIAS SANCHEZ, *The Court and the Charter: the impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental rights*, in *Common Market Law Review*, 2012, p. 1565 ss., spec. p. 1566; L. WEITZEL, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, avancée ou régression?*, in L. WEITZEL (sous la direction de), *L'Europe des droits fondamentaux. Mélanges en hommage à Albert Weitzel*, Paris, 2013, p. 225 ss., spec. p. 250. Analogamente cfr. il parere della Corte di giustizia 2/13 del 18 dicembre 2014, *Progetto di accordo internazionale - Adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali - Compatibilità di detto progetto con i Trattati UE e FUE*, pt. 167-169.

[6] In particolare, nel senso che la riproduzione dei principi generali a tutela dei diritti fondamentali in un catalogo scritto fornisce ai cittadini uno strumento in cui ritrovare un "*senso comune di identità*" cfr. L.S. ROSSI, *Les rapports entre la Charte des droits fondamentaux et le traité de Lisbonne*, in *Chemins d'Europe: mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, 2010, p. 609 ss., spec. p. 620; A. ROSAS, H. KAILA, *L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par la Cour de justice: un premier bilan*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 1 ss., spec. p. 9, per quanto gli stessi AA. opportunamente evidenzino come, proprio sotto il profilo della visibilità, sia un controsenso già il fatto che la Carta non sia almeno allegata ai trattati come protocollo, ma solo richiamata dal citato art. 6, par. 1, TUE.

per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (nel prosieguo: CEDU) e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, «in quanto principi generali del diritto comunitario», oggi la disposizione richiamata dispone che *i diritti fondamentali*, garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, «*fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*» (corsivo aggiunto): tale intervento modificativo del "costituente" non può considerarsi una mera revisione "estetica" della previsione pattizia, bensì, come è stato efficacemente rilevato in dottrina, un cambiamento che assicura "un più saldo ancoraggio dei diritti fondamentali nel sistema dell'Unione"[7], definitivamente (*rectius*, più chiaramente) riconoscendone (anche in un'ottica formale di sistematica delle fonti) il rango primario[8].

Una riprova della centralità dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione è data, quindi, dall'art. 6, par. 2, TUE che, come noto, dispone l'adesione dell'Unione europea alla CEDU[9]. E l'attuale stallo nel processo di negoziazione dell'accordo di adesione[10], dopo il

[7] In tal senso, seppur con riguardo al par. 3 dell'art. I-9 del trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, riprodotto nell'art. 6, par. 3, TUE in esame cfr. J. GERKRATH, *Les principes généraux du droit ont-ils encore un avenir en tant qu'instruments de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, in *Revue des affaires européennes,* 2006, p. 31 ss., spec. p. 38.

[8] Benché certa dottrina avesse originariamente negato il rango primario dei principi generali inerenti ai diritti fondamentali (cfr., ad esempio, G. GAJA, *Identifying the Status of General Principles in European Community Law*, in *Scritti in onore di G.F. Mancini*, Milano, 1998, vol. II, p. 445 ss., spec. p. 446), che i principi generali abbiano valore costituzionale e, dunque, appunto, natura sostanzialmente primaria è stato ripetutamente affermato dalla Corte di giustizia, già prima che la Carta acquisisse natura cogente: cfr., ad esempio, le sentenze 15 ottobre 2009, causa C-101/08, *Audiolux*, pt. 63; 29 ottobre 2009, causa C-174/08, *NCC Construction Danmark*, pt. 42; e, più implicitamente, 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi e Al Barakaat International Foundation*, cit., pt. 276.

[9] Ulteriori tasselli della centralità dei diritti fondamentali nel sistema sono rappresentati dagli artt. 2 e 7 TUE: come noto, il primo elenca i valori su cui si fonda l'Unione (e la cui osservanza e promozione sono *conditio sine qua non* per l'adesione di Stati terzi, *ex* art. 49 TUE); il secondo prevede un meccanismo "sanzionatorio" per reagire alla violazione grave e persistente dei valori di cui all'art. 2 da parte di uno Stato membro.

[10] La stessa Commissione, in risposta a due interrogazioni parlamentari, ha chiarito che occorrerà rinegoziare il progetto di accordo di adesione a seguito del parere negativo della Corte di giustizia (su cui *infra*, nel testo), evidenziando la necessità di un «periodo di riflessione per esaminare il modo migliore di procedere» (cfr. doc. del 24 marzo 2015, consultabile qui http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2015-001195&language=IT).

parere negativo della Corte di giustizia[11], è presupposto non indifferente rispetto al tema in esame: le previsioni della CEDU infatti non sono (ancora) fonte scritta direttamente vincolante l'Unione e i suoi Stati membri in quanto (anche) Stati dell'Unione (e non solo Parti contraenti, singolarmente, la CEDU), ma continuano a rilevare nell'ordinamento dell'Unione come fonte esogena, eteronoma, ivi avendo ingresso soltanto (*i*) per il tramite della Carta, ovvero attraverso la clausola di omogeneità di cui al suo art. 52, par. 3[12], o (*ii*) per il tramite dell'attività interpretativa e creativa della Corte di giustizia[13], in quanto principi generali di diritto (*ex* art. 6, par. 3, TUE) e, pertanto, come fonte non scritta[14].

[11] Cfr. il citato parere 2/13, su cui – oltre ai numerosi commenti comparsi su vari blog, italiani e stranieri, nei giorni immediatamente successivi alla sua pubblicazione (per primo elenco dei quali cfr. http://www.eurojus.it/il-parere-213-della-corte-di-giustizia-sulladesione-dellunione-europea-alla-cedu-follow-up-sulle-reazioni-della-dottrina/) – tra i lavori più approfonditi si segnalano J.P. JACQUÉ, *CJUE - CEDH: 2-0*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2014, p. 823 ss.; I. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2015, p. 273 ss.; L. BESSELINK, M. CLAES, J.-H. REESTMAN, *A Constitutional moment: Acceding to the ECHR (or not)*, in *European Constitutional Law Review*, 2015, p 2 ss.; F. CHERUBINI, *Qualche riflessione in merito alle prospettive di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo alla luce del parere 2/13 della Corte di giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea,* 2015, p. 243 ss.; EDITORIAL COMMENTS, *The EU's Accession to ECHR - a "NO" from ECJ!*, in *Common Market Law Review*, 2015, p. 1 ss.; P. EECKHOUT, *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue – Autonomy or Autarky?*, in *Jean Monnet Working Paper Series*, 01/15, consultabile all'indirizzo internet http://jeanmonnetprogram.org/paper/opinion-213-on-eu-accession-to-the-echr-and-judicial-dialogue-autonomy-or-autarky/; D. SIMON, *Deuxième (o second et dernier?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH: étrange avis 2/13*, in *Europe*, février 2015, p. 4 ss.; E. SPAVENTA, *The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2015, p. 35 ss.; V. ZAGREBELSKI, *L'UE e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di Giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 125 ss.; C. ZANGHÌ, *La mancata adesione dell'Unione europea alla CEDU nel parere negativo della Corte di giustizia UE*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2015, p. 129 ss., nonché i diversi commenti comparsi sul *German Law Journal*, 2015, n. 1, in particolare quello di D. HALBERSTAM, *«It's the Autonomy, Stupid!». A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward*, p. 105 ss.

[12] Come comunque interpretata ed applicata dalla Corte di giustizia (sul tema v. *infra*, § 15).

[13] A ragione qualificata "*fabbrica del diritto UE*": cfr. il volume di P. MBONGO, A. VAUCHEZ (éds.), *Dans la fabrique du droit européen. Scènes, acteurs et publics de la Cour de justice des Communautés européenn*es, Bruxelles, 2009. Sul ruolo della Corte di giustizia nell'accertamento dei diritti fondamentali e, dunque, nell'elaborazione dei principi generali ad essi relativi cfr., per tutti, F. CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali,* 1983, p. 409 ss.; A. ARNULL, *The*

2. Segue: *Il rapporto tra par. 1 e par. 3 dell'art. 6 TUE: quale coordinamento tra Carta dei diritti fondamentali (fonte scritta) e principi generali di diritto inerenti ai diritti fondamentali (fonte non scritta)?*

A fronte di tale panorama normativo, con due strumenti vincolanti di tutela dei diritti fondamentali, uno scritto – la Carta, che riafferma i principi generali di diritto enucleati dalla Corte di giustizia, come ci ricorda (innanzitutto) il suo stesso preambolo[15], – e uno non scritto – i principi generali di diritto inerenti ai diritti fondamentali – non ci si può non interrogare su quale sia il coordinamento tra le due fonti e quale sia, dunque, il ruolo che (dopo il 1° dicembre 2009, ancora) rivestono questi ultimi nella giurisprudenza di Lussemburgo, ovvero in che modo essa impieghi (possa impiegare o debba impiegare, come si vedrà, a seconda dei casi) il diritto non scritto nell'accertamento, appunto, dei diritti fondamentali.

General Principles in EEC Law and the Individual, Leicester, 1990; A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza negli ordinamenti degli Stati membri*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1994, p. 521 ss.; R. SAVINO, *Da un* costitution-making *ad un* constitution-making process*? Principi generali del diritto comunitario, principi costituzionali comuni agli Stati membri e Costituzione europea*, in *Diritto pubblico comparato europeo*, 2004, p. 57 ss.; X. GROUSSOT, *General Principles of Community Law*, Groningen, 2006; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, 2nd ed., Oxford, 2006; K. LENAERTS, J.A. GUTIÉRREZ-FONS, *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 1629 ss.

[14] Ciò, peraltro, vale, oltre che per la CEDU, anche per i suoi protocolli addizionali, anche qualora non siano stati ratificati da tutti gli Stati membri dell'Unione (diversamente da quanto avverrebbe in base all'adesione *ex* art. 6, par. 2, TUE, che avrebbe ad oggetto soltanto la CEDU e i protocolli nn. 1 e 6 cui hanno aderito tutti gli Stati membri), e purché – ovviamente – le loro previsioni siano "riprese" nella Carta o rilevino per il tramite di un principio generale (*amplius*, cfr. S. PEERS, S. PRECHAL, *Article 52*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2014, p. 1457 ss., spec. p. 1492 s., che del resto evidenziano come la Carta richiami anche altre convenzioni internazionali che non sono ratificate e vincolanti per tutti gli Stati membri). Si pensi, ad esempio, al principio del *ne bis in idem*, oggi codificato nell'art. 50 Carta e sancito dall'art. 4 del protocollo n. 7 CEDU, che pure non vincola tutti gli Stati dell'Unione (sul tema cfr. Corte giust., 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Akerberg Fransson*, nonché le conclusioni dell'avvocato generale Cruz Villalón del 12 giugno 2012, che si esprime, peraltro, a favore di un'interpretazione parzialmente autonoma della norma della Carta rispetto alla giurisprudenza CEDU in tema di *ne bis in idem*, in considerazione del fatto che la richiamata disposizione CEDU non vincola tutti gli Stati dell'Unione).

[15] Nonché, in particolare, il considerando n. 6 del preambolo del protocollo n. 30 allegato al TUE e al TFUE (su cui *infra*, § 13) e come costantemente ribadisce la giurisprudenza della Corte di giustizia.

L'unico elemento testuale che potrebbe aiutare a rispondere a siffatti quesiti è la circostanza che il nuovo art. 6 TUE menziona, come visto, prima la Carta, al suo par. 1, e poi i principi generali di diritto, al suo par. 3. Tale dato letterale non è, tuttavia, sufficiente per sostenere che la prima fonte ha (o deve avere) una rilevanza superiore, *rectius* prioritaria, rispetto alla seconda[16]. E, del resto, questa impostazione non trova conferma neppure in un'analisi puntuale e sistematica della giurisprudenza della Corte di giustizia, la sola che ci consente di dare una risposta, se non certa in termini assoluti (come subito si vedrà, la certezza del diritto è ben lontana dall'essere soddisfatta nel contesto in esame), almeno fondata sulla prassi preponderante seguita dal giudice di Lussemburgo[17].

Prima di esaminare tale prassi, occorre però evidenziare come l'assenza di coordinamento esplicito e diretto tra le due fonti sia del tutto peculiare, se non addirittura paradossale rispetto ad una (seconda, oltre alla visibilità dei diritti) finalità sottesa all'elaborazione della Carta, ovvero quella di assicurare (appunto) la certezza del diritto. Ciò, in particolare, in considerazione del fatto che i due strumenti, le due categorie di fonti hanno (*i*) la stessa natura giuridica e rango primario[18], (*ii*) le stesse

[16] Per interviste ai membri della stessa Corte di giustizia che sostengono l'inesistenza di qualsivoglia gerarchia tra Carta e principi generali di diritto, cfr. S. MORANO-FOADI, S. ANDREADAKIS, *Reflections on the Architecture of the EU after the Treaty of Lisbon: The European Judicial Approach to Fundamental Rights*, in *European Law Journal*, 2011, p. 595 ss.

[17] Prassi che conferma la centralità del ruolo della Corte di giustizia, anche dopo Lisbona, nell'evoluzione del processo di integrazione europea. Si rinviene un solo rinvio pregiudiziale (cfr. causa C-40/11, *Iida*) in cui la Corte è stata investita espressamente di una questione inerente al rapporto tra Carta e principi generali e alla possibilità di riconoscere ai secondi una vita giuridica «autonoma e indipendente» accanto ai diritti sanciti dalla Carta, qualora essa non sia applicabile: la Corte, nella sua sentenza dell'8 novembre 2012, non ha però preso posizione sul punto.

[18] Benché non tutta la dottrina concordi: cfr., ad esempio, F. SUDRE, *Article I-9*, in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (éd), *Traite établissant une Constitution pour l'Europe. t. 2, La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruxelles, 2005, p. 141 ss., p. 153 s., che riconosce alla Carta valore costituzionale e ai principi generali valore infra-costituzionale o sovra-legislativo; C. GRABENWARTER, K. PABEL, *Article 6 [Fundamental Rights – The Charter and the ECHR]*, in H.-J. BLANKE, S. MANGIAMELI (eds), *The Treaty on European Union (TEU): A Commentary*, Verlag, Berlin, Heidelberg, 2013, p. 287 ss., spec. p. 334, dove si afferma che principi generali sono subordinati alla Carta. Pare distinguere il rango dei principi generali da quello della Carta anche F. BERROD, *L'autonomie de l'Union européenne est-elle soluble dans le droits de l'homme? (1) Quelques propos (im)pertinents sur l'identité constitutionnelle de l'Union européenne au travers du prisme de l'adhésion de l'UE à la CEDH*, in *Europe(s), Droit(s) européen(s) – Une passion d'universitaire. Liber Amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, 2015, p. 65 ss., spec. p. 66.

fonti di ispirazione (*in primis*, benché non solo, come si vedrà[19], la CEDU e le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri) e (*iii*) lo stesso ambito di applicazione[20], essendo entrambe le fonti «*the shadow of substantive EU rule*»[21], da rispettare, pertanto, (solo) se e ogni volta in cui "rileva" il diritto dell'Unione. E con riguardo a quest'ultimo profilo è interessante notare come la Corte di giustizia abbia impiegato la giurisprudenza sull'ambito di applicazione dei principi generali inerenti ai diritti fondamentali per definire l'ambito applicativo della Carta ai sensi del suo art. 51, par. 1[22]; ed altrimenti non avrebbe potuto essere, come

[19] V. *infra*, § 14.

[20] Sull'ambito di applicazione della Carta cfr., per tutti, K. LENAERTS, *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *European Constitutional Law Review*, 2012, p. 365 ss.; ID., *The EU Charter of Fundamental Rights: Scope of Application and Methods of Interpretation*, in V. KRONENBERGER, M.T. D'ALESSIO, V. PLACCO (sous la coordination), *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins*. *Hommage en l'honneur de P. Mengozzi*, Bruxelles, 2013, p. 107 ss.; T. VON DANWITZ, K. PARASCHAS, *A Fresh Start for the Charter: Fundamental Questions on the Application of the European Charter of Fundamental Rights*, in *Fordham International Law Journal*, 2012, p. 1396 ss.; E. HANCOX, *The Meaning of «Implementing» EU Law under Article 51 (1) of the Charter:* Åkerberg Fransson, *Common Market Law Review*, 2013, p. 1411 ss.; D. SARMIENTO, *Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe*, in V. KRONENBERGER, M.T. D'ALESSIO, V. PLACCO (sous la coordination), *De Rome à Lisbonne*, cit., p. 1267 ss.; B. VAN BOCKEL, P. WATTEL, *New Wine into Old Wineskins: the Scope of the Charter of Fundamental Rights of EU after* Åglakaren *v.* Hans Fransson, in *European Law Review*, 2013, p. 874 ss.; A. DI STASI, *L'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali per gli Stati membri dell'Unione europea: verso nuovi limiti o "confini" tra ordinamenti?*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, Napoli, vol. I, 2014, p. 165 ss.; A. TIZZANO, *L'application de la Charte des droits fondamentaux dans les États membres à la lumière de son article 51, paragraphe 1*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2014, p. 429 ss.; M. DOUGAN, *Judicial Review of Member State Action under the General Principles and the Charter: Defining the "Scope of Union Law"*, in *Common Market Law Review*, 2015, p. 1201 ss.; P. MENGOZZI, *La rilevanza giuridica e l'ambito di applicazione della Carta alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, p. 23 ss.; B. NASCIMBENE, *Il principio di attribuzione e l'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali: l'orientamento della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 49 ss.

[21] Per tale espressione (corsivo aggiunto) cfr. K. LENAERTS, *The EU Charter of Fundamental Rights: Scope of Application and Methods of Interpretation*, cit., p. 117; K. LENAERTS, J. A. GUTIERREZ-FONS, *The Place of the Charter in the EU Constitutional Edifice*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, cit., p. 1559 ss., spec. p. 1568.

[22] Si tratta, del resto, della giurisprudenza richiamata nelle stesse Spiegazioni della Carta, *sub* art. 51. Non possono, peraltro, non rammentarsi taluni casi in cui la Corte di giustizia ha ampliato in modo non pienamente comprensibile né prevedibile l'ambito applicativo della Carta (cfr. la citata sentenza *Akerberg Fransson*, dove pur si dichiara –

osservato dalla più attenta dottrina, una impostazione regressiva – ovvero che riducesse la sfera applicativa della Carta rispetto a quella dei corrispondenti principi generali da essa riaffermati – richiedendo una formulazione meno ambigua del citato art. 51, par. 1[23], e comunque difficilmente potendosi giustificare nella prospettiva di elaborazione di un catalogo scritto di diritti per rafforzarne la tutela all'interno dell'Unione.

3. *La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ed il ruolo della fonte non scritta dopo il trattato di Lisbona: sostanziale continuità dell'approccio interpretativo ed applicativo*

Il menzionato difetto di coordinamento tra le due fonti, scritta e non scritta, in esame costituisce, come detto, un (primo) deficit paradossale di certezza, deficit confermato anche – in modo altrettanto poco ragionevole – dalla formulazione di molte disposizioni della Carta, specie, ma non solo, delle sue clausole c.d. orizzontali, e così dalla attività ermeneutica della Corte di giustizia. Infatti, benché essa, dopo Lisbona[24] sia for-

al pt. 20 – che l'art. 51 Carta conferma la giurisprudenza della Corte sull'ambito di applicazione dei principi generali, o la più recente pronuncia del 16 aprile 2015, cause riunite da C-446/12 a C-449/12, *Willems e a.*), tentando poi in altri casi di meglio definirne i contorni e, dunque, i criteri rilevanti per verificare se si rientra o meno nella sfera di operatività, appunto, della Carta (cfr., per tutte, sentenze 6 marzo 2014, causa C-206/13, *Siragusa,* pt. 20-25; 10 luglio 2014, causa C-198/13, *Hernandez*, pt. 32-37). L'ampia discrezionalità della Corte di giustizia nel definire l'ambito di applicazione già dei principi generali è stata più volte evidenziata in dottrina: cfr., per tutti, P. PESCATORE, *La coopération entre la Cour communautaire*, cit., p. 156. Si noti che anche rispetto alle altre clausole orizzontali della Carta, in particolare quella di cui all'art. 52, par. 1, pare riscontrabile una codificazione della pregressa giurisprudenza della Corte sulle possibili limitazioni dei diritti fondamentali in quanto principi generali, giurisprudenza che viene ripresa, chiarita e specificata nelle pronunce del giudice di Lussemburgo successive all'entrata in vigore del trattato di Lisbona relative all'applicazione della Carta: cfr., ad esempio, sentenze 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland e Seitlinger e a.*, pt. 38-69; 27 maggio 2014, causa C-129/14 PPU, *Spasic*, pt. 54-74; 29 aprile 2015, causa C-528/13, *Léger*, pt. 51-58.

[23] Espressamente in tal senso cfr. D. SARMIENTO, *Who's afraid of the Charter?*, cit., p. 1277 s.

[24] Per un'analisi dell'impiego della Carta da parte della Corte anche prima che essa acquisisse carattere giuridico vincolante e per gli approcci giurisprudenziali dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona cfr., per tutti, M. LUGATO, *La rilevanza giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2002, p. 1 ss.; U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2004, p. 73 ss.; X. GROUSSOT, L. PECH, *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne après le traité de Lisbonne*, reperibile all'indirizzo internet

malmente vincolata al dato scritto, nei fatti continua ad interpretare ed applicare con grande elasticità le previsioni della Carta (sia quelle che sanciscono diritti o principi, sia le richiamate clausole orizzontali[25]), contrariamente a o, comunque, diversamente da quanto ci si sarebbe potuti attendere, in considerazione appunto del fatto che essa ha ormai a che fare con una fonte vincolante scritta di tutela dei diritti fondamentali[26].

L'esame della giurisprudenza della Corte successiva all'entrata in vigore del trattato di Lisbona mostra, perciò, una sostanziale continuità e non un reale cambiamento dell'approccio con cui il giudice dell'Unione accerta i diritti fondamentali, ovvero (*i*) ne rileva l'esistenza e (*ii*) ne definisce la portata e il contenuto, circoscrivendone i contorni.

La Corte continua a seguire un metodo ermeneutico di stampo funzionalistico e la discrezionalità e flessibilità che caratterizzano il ragionamento logico-giuridico che conduce alla soluzione dei singoli casi sottoposti al suo vaglio rendono difficile reperire tracce di sicura coerenza e prevedibilità nell'analisi dei percorsi giurisprudenziali. La certezza perseguita con l'elaborazione del catalogo scritto di diritti è, dunque, solo apparente.

In questo contesto – come si cercherà di dimostrare nel prosieguo – anche nello scenario post Lisbona non si può ritenere che i principi generali di diritto svolgano una funzione meramente suppletiva e un ruolo ormai residuale[27], specie se inteso in senso riduttivo e quasi svilente, sva-

http://www.robert-schuman.eu/question_europe.php?num=qe-173; G. DI FEDERICO (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights. From Declaration to Binding Instrument*, Dordrecht-Heidelberg-London-New York, 2011; A. ROSAS, H. KAILA, *L'application de la Charte des droits fondamentaux*, cit.; S. IGLESIAS SANCHEZ, *The Court and the Charter*, cit.; L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino, 2013; P. MENGOZZI, *La rilevanza giuridica e l'ambito di applicazione della Carta*, cit.

[25] Si pensi, per tutte, alla scarsa chiarezza e quindi al conseguente ampio margine di manovra della Corte di giustizia con riguardo alla mancata precisa distinzione tra diritti e principi, rispetto a cui non vengono in reale aiuto né le singole previsioni della Carta (spesso rubricandosi come principio norme che configurano diritti e viceversa: cfr., per tutti, rispettivamente l'art. 49, sui principi di legalità e di proporzionalità dei reati e delle pene, e l'art. 27 Carta, sul diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa), né il par. 5 dell'art. 52 Carta né le Spiegazioni ad essa allegate.

[26] Nel senso che l'esistenza di un catalogo scritto di diritti fondamentali porta a pensare che la Corte di giustizia abbia le "mani più legate" e sia costretta a considerare i diritti *«more seriously»* cfr., per tutti, D. SARMIENTO, *Who's afraid of the Charter?*, cit. p. 1270.

[27] In tal senso pare esprimersi, ad esempio, L. DUBOUIS, *Les principes généraux du droit communautaire, un instrument périmé de protection des droits fondamentaux?*, in *Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Jean-*

lutativo, come sembra emergere in alcune impostazioni dottrinali, che qualificano addirittura come obsoleta la previsione di cui all'art. 6, par. 3, TUE, sostenendo che l'attività interpretativa e creativa della Corte di giustizia potrebbe comunque giustificarsi sulla base del solo art. 19 TUE[28]. In realtà, i principi generali di diritto svolgono anche oggi una funzione tutt'altro che superflua all'interno dell'ordinamento dell'Unione ed il loro ruolo è da valorizzare e non, al contrario, da marginalizzare, anche – come si vedrà – laddove essi intervengano in via soltanto suppletiva[29].

Il lavoro è suddiviso in due parti. La prima (§§ 4-9) è dedicata all'esame della giurisprudenza successiva all'entrata in vigore del trattato di Lisbona che impiega, o potrebbe impiegare, come parametro interpretativo e/o di legittimità, disposizioni della Carta che riproducono o cristallizzano un principio generale, e che dunque hanno – sanciscano esse diritti o, invece, principi – un corrispondente principio generale[30]: quest'ultimo, anche se non espressamente utilizzato dalla Corte nel pro-

neau, Paris, 2002, p. 77 ss., p. 89, pur ribadendo poi la funzione insostituibile dei principi generali al fine di integrare l'ordinamento giuridico dell'Unione (su tale funzione v. *infra*, § 14). Qualifica i principi generali di diritto come *«source subsidiaire»*, benché specialmente rispetto allo scenario che si delineerebbe dopo l'adesione dell'Unione alla CEDU, ad esempio, J. GERKRATH, *Les principes généraux du droit*, cit., p. 42.

[28] Prospetta questa possibile lettura, ad esempio, J.-C. BONICHOT, *Des rayons et des ombres: les paradoxes de l'article 6 du Traité sur l'Union européenne*, in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris, 2011, p. 49 ss., spec. p. 64. Analogamente, nel senso della non necessità dell'art. 6, par. 3, TUE cfr. C. GRABENWARTER, K. PABEL, *Article 6 [Fundamental Rights – The Charter and the ECHR]*, cit., p. 333 ss., dove se ne evidenzia persino la "pericolosità". Definisce almeno "dubbia" la scelta di mantenere il par. 3 dell'art. 6 TUE L. DANIELE, *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea dopo il trattato di Lisbona: un quadro d'insieme*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 645 ss., spec. p. 650.

[29] *Infra*, §§ 11-13. A favore del mantenimento dell'art. 6, par. 3, TUE, specie in funzione integrativa, cfr., in particolare, L. WEITZEL, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, avancée ou régression?*, cit., che sottolinea come esso *«n'est pas anodine et relève [...] du souci des Etats membres de ne pas remettre en question l'acquis jurisprudentiel et les potentialités»* dei principi generali di diritto (p. 229).

[30] Un principio generale di diritto può infatti risultare codificato o cristallizzato nella Carta in forma di diritto o di principio, anche in virtù della sua pregressa definizione da parte della Corte di giustizia, con le differenze che ne discendono quanto alla diretta giustiziabilità dei primi e alla mera funzione interpretativa e di parametro di legittimità dei secondi *ex* art. 52, par. 5, Carta. Su tale ultima previsione e la sua portata cfr., in particolare, le conclusioni dell'avvocato generale Cruz Villalón del 18 luglio 2013, nella causa C-176/12, *Association de médiation sociale*, pt. 42-80; in dottrina, con ampia analisi della giurisprudenza rilevante, cfr. D. 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.

prio ragionamento, ivi potrebbe essere impiegato, insieme con la correlata previsione codificata nella Carta; e – specularmente – lo stesso potrebbe dirsi rispetto ai casi in cui, come si vedrà, la Corte impiega la sola fonte non scritta, pur esistendo una corrispondente previsione riprodotta nella Carta, che risulterebbe comunque applicabile *ratione temporis*.

Nella seconda parte (§§ 10-15) si analizzano le diverse funzioni che i principi generali possono o devono svolgere oggi accanto alla Carta od oltre ad essa, ovvero, come meglio si dirà, in tutte quelle ipotesi in cui la norma scritta non può trovare, per qualche ragione, applicazione "diretta" in sé e per sé, in quanto tale: si tratta di casi in cui il principio generale non necessariamente ha un corrispondente in una norma della Carta ed una evoluzione interpretativa ed applicativa parallela ad essa (come accade invece con riguardo alla giurisprudenza presa in esame nella prima parte del lavoro), ma anche, o soltanto, una rilevanza autonoma ed una "vita giuridica" sua propria, svincolata da quella della Carta, proprio in virtù di quanto sancito dall'art. 6, par. 3, TUE.

(I) 4. *La fungibilità di Carta e principi generali*

Con riguardo alla prima parte del lavoro, l'analisi della giurisprudenza post Lisbona – pur caratterizzata, come anticipato, da scarsa coerenza e limitata prevedibilità – ha consentito di individuare quattro diversi scenari quanto all'impiego delle due fonti oggetto di indagine, cui si può accostare un ulteriore scenario, non ancora esistente, ma prospettabile, relativo a futuri eventuali interventi della Corte di giustizia in cui essa potrebbe interpretare ed applicare in modo estensivo e/o evolutivo alcune previsioni della Carta ed i corrispondenti principi generali di diritto. In tutte le ipotesi che saranno prese in esame i principi generali svolgono una funzione confermativa delle corrispettive disposizioni della Carta. Anche se, a rigore, come visto, è la Carta a riaffermare i principi generali elaborati negli anni dalla Corte di giustizia e non viceversa: quindi – capovolgendo la prospettiva di osservazione – si potrebbe in termini identici sostenere che la Carta adempie ad una funzione confermativa del previgente principio generale, con possibilità di una sua interpretazione in chiave estensivo/evolutiva, cui far corrispondere analoga e parallela evoluzione del principio generale.

Per sintetizzare, e con le specificazioni su cui ci si soffermerà – nonché con le eccezioni che saranno esaminate nella seconda parte del lavoro – si può affermare che la giurisprudenza successiva al dicembre 2009, utilizza Carta e principi generali in modo sostanzialmente fungibi-

le: poiché (*rectius*, nella misura in cui) le due fonti sono composte da "previsioni" corrispondenti, l'applicazione/interpretazione dell'una implica, "porta con sé" quella dell'altra e, come meglio si vedrà, anche qualora la Corte richiama ed utilizza una sola delle due fonti, anche l'altra potrebbe (in linea di principio) essere impiegata per la soluzione, negli stessi termini, del caso sottoposto alla sua attenzione. Ciò diversamente da quanto accade quando il principio generale di diritto spiega una funzione suppletiva o supplementare, integrativa o conservativa, dell'ordinamento giuridico dell'Unione, ovvero nelle ipotesi che saranno analizzate, come detto, nella seconda parte del lavoro.

5. Segue: *L'impiego di Carta e principi generali per accertare i diritti fondamentali.*

Il primo scenario in cui fonte scritta e fonte non scritta hanno (e diversamente non potrebbe essere) una funzione confermativa l'una dell'altra e sono, quindi, fungibili, è rappresentato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che impiega come parametro interpretativo e di legittimità entrambe le fonti; o, almeno, le richiama entrambe, anche qualora la Carta – pur ormai in vigore il trattato di Lisbona – non risulti ancora applicabile *ratione temporis*[31]. Tale scenario caratterizza, in particolare (ma non soltanto), le pronunce del giudice dell'Unione nel periodo tra il 1° dicembre 2009 e (almeno) la prima metà del 2012.

Ciò che forse potrebbe stupire – quanto meno nei casi in cui la Carta non incontra il limite di applicazione temporale di cui si è appena detto – è il fatto che la Corte, in linea di principio, continua ad utilizzare le due fonti richiamandole nello stesso ordine con cui le richiamava prima di Lisbona[32], ovvero i principi generali in prima battuta e, a seguire, la Car-

[31] Cfr., per tutte, Corte giust., 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Kücükdeveci*; 3 luglio 2014, cause riunite C-129/13 e C-130/13, *Kamino International Logistics e a.* Sull'applicazione dei principi generali di diritto data l'inapplicabilità *ratione temporis* della Carta v. *infra*, § 7 e § 11.

[32] Si ricordi che il primo richiamo della Carta dei diritti fondamentali ad opera della Corte di giustizia, dopo la sua proclamazione a Nizza, prima che acquisisse carattere giuridico vincolante, risale alla sentenza 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento europeo c. Consiglio* (poi seguito, *inter alia*, dai richiami nelle sentenze 13 marzo 2007, causa C-432/05, *Unibet*; 3 maggio 2007, causa C-303/05, *v.z.w. Advocaten voor de Wereld*; 14 febbraio 2008, causa C-244/06, *Dynamic Medien*). Diversamente, gli avvocati generali e il Tribunale (allora ancora di primo grado) richiamano la Carta poco dopo la sua solenne proclamazione nel dicembre 2000: per tutte, cfr. le conclusioni dell'avvocato

ta, che riafferma, ribadisce, conferma quanto sancito dal corrispondente principio generale[33]. In virtù della loro collocazione sistematica all'interno dell'art. 6 TUE e del fatto che la Carta viene resa giuridicamente obbligatoria per garantire – come visto – maggiore visibilità e certezza dei diritti in essa codificati, ci si sarebbe infatti potuti ragionevolmente attendere un cambio di rotta nell'approccio della Corte e quindi, che essa, quand'anche avesse continuato a richiamare entrambe le fonti, facesse prima riferimento a quella scritta e poi a quella non scritta. Questa inversione si riscontra, invece, soprattutto, nelle più recenti pronunce che richiamano entrambe le fonti, ovvero in quelle successive ai primi due anni e mezzo dall'entrata in vigore del trattato di Lisbona[34].

Vero è poi che, pur partendo dal richiamo del principio generale volta a volta rilevante, la Corte – se la Carta è applicabile *ratione temporis* – procede di fatto ad analizzare la corrispondente previsione della Carta, ormai cogente, al fine di delinearne la portata ed i confini applicativi. Tuttavia, anche seguendo siffatta impostazione, l'interpretazione del giudice dell'Unione rimane sostanzialmente informata alla propria giurisprudenza sui principi generali di diritto. E questo approccio autoreferenziale[35] cui la Corte resta saldamente ancorata pare prediletto perché in tal modo essa presumibilmente si sente (almeno formalmente) meno vincolata al dato scritto e forse più libera di accogliere opzioni interpretative funzionalistiche[36].

generale Tizzano, 8 febbraio 2001, causa C-173/99, *BETCU*, cit.; Trib. primo grado, 3 maggio 2002, causa T-177/01, *Jégo-Quéré*.

[33] Cfr., ad esempio, sentenze 10 settembre 2010, causa 149/10, *Chatzi*; 22 dicembre 2010, causa C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*; 22 dicembre 2010, causa C-279/09, *DEB*; 1° marzo 2011, causa C-236/09, *Test-Achats ASBL*; 29 marzo 2011, C-352/09 P, *Thyssen-Krupp Nirosta GmbH*; 29 luglio 2011, C-69/10, *Samba Diouf*; 13 settembre 2011, causa C-447/09, *Prigge*; 25 ottobre 2011, causa C-109/10 P, *Solvay SA*; 8 dicembre 2011, causa C-272/09 P, *KME Germany AG*; 14 febbraio 2012, causa C-17/10, *Toshiba Corporation*.

[34] Cfr., ad esempio, 18 dicembre 2014, causa C-562/13, *Abdida*. Tale inversione nel richiamo delle due fonti si verifica forse anche in considerazione del fatto che la Carta diviene sempre più spesso applicabile *ratione temporis* più ci si allontana dalla data di entrata in vigore del trattato di Lisbona.

[35] Su cui cfr. T. TRIDIMAS, *Fundamental Rights, General Principles of EU Law, and the Charter*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 16, 2013-2014, p. 361 ss.; G. DE BÚRCA, *After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, p. 168 ss.

[36] Sulla maggior flessibilità garantita dall'impiego dei principi generali piuttosto che dal ricorso alla Carta cfr., in particolare, M. WIMMER, *The Dinghy's Rudder: General principles of European Union Law through the Lens of Proportionality*, in *European Public Law*, p. 331 ss., spec. p. 342 s.

Ciò anche se, comunque, la Corte non si astiene dal formulare soluzioni ermeneutiche di tal fatta ed evolutive anche rispetto alle previsioni della Carta, come del resto è naturale che sia, essendo questa fonte *living instrument*, al pari della CEDU, e dovendo pertanto essere interpretata ed applicata in quanto intrinsecamente dotata di potenzialità espansiva[37].

L'esempio forse più noto di tale approccio interpretativo si ritrova nella sentenza *Google Spain*, del maggio 2014[38]. Pur trattandosi di pronuncia che esorbita dal lasso temporale che in special modo caratterizza il richiamo "duplice" alle fonti rilevanti (ovvero, come visto, i primi due anni e mezzo di vigenza obbligatoria della Carta), e forse proprio in considerazione della soluzione "nuova" che la Corte prospetta relativamente agli artt. 7 (che garantisce il diritto alla vita privata) e 8 (sul diritto alla protezione dei dati personali) – alla luce dei quali interpreta la direttiva 95/46/CE[39], giungendo a sancire il diritto alla deindicizzazione dei dati personali[40] (in presenza delle condizioni fissate dalla sentenza[41]) – il ra-

[37] Si ricordi che – secondo quanto previsto dai parr. 3 e 4 dell'art. 52 Carta – essa deve essere interpretata (*i*) alla luce della CEDU (e della giurisprudenza di Strasburgo: quest'ultima, in realtà, richiamata solo dal preambolo della Carta e nelle sue Spiegazioni, *sub* art. 52, par. 3), che costituisce lo standard minimo di tutela dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta aventi un corrispondente in una previsione della CEDU (ammettendosi sempre un innalzamento del livello di protezione: per un esempio siffatto cfr. la citata sentenza 22 dicembre 2010, causa C-279/09, *DEB*, dove il diritto al gratuito patrocinio, quale espressione del diritto al giusto processo *ex* art. 47 Carta, pare riconosciuto anche in capo alle persone giuridiche, oltre quanto assicurato in linea di principio dalla Corte di Strasburgo *ex* art. 6 CEDU); e (*ii*) in armonia con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Per alcuni esempi di possibili interpretazioni estensive/evolutive di norme della Carta a fronte di interpretazioni siffatte di corrispondenti norme CEDU v. *infra*, § 9.

[38] Cfr. sentenza 13 maggio 2014, causa C-131/12. Su tale pronuncia cfr., per tutti, C. BERNARD-GLANZ, *Les arrêts* Digital Rights Ireland *et* Google Spain*, ou le printemps européen de la protection des données*, in *Cahiers de droit européen*, 2014, p. 685 ss.; O. POLLICINO, *Un* digital right to privacy *preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza nel* reasoning *di Google Spain*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2014, p. 569 ss.; F. 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.

[39] Si tratta della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, in *GUCE* L 281 del 23 novembre 1995, p. 31 ss.

[40] E non, come talora superficialmente riportato, il diritto all'oblio, che si riscontrerebbe se all'obbligo per il motore di ricerca di eliminare, dall'elenco dei risultati che compare dopo la ricerca effettuata a partire dal nome dell'interessato, i link a pagine web pubblicate da terzi e contenenti informazioni relative a tale soggetto, si accompagnasse (o anche solo si sostituisse) l'obbligo di sopprimere siffatte informazioni pubblicate on

gionamento del giudice dell'Unione prende, comunque, le mosse dai principi generali di diritto corrispondenti alle richiamate disposizioni della Carta (ed ivi ormai iscritti)[42]. Anche in virtù di tale richiamo, pare corretto, se non addirittura doveroso, ritenere che all'interpretazione evolutiva delle previsioni della Carta (*rectius*, delle previsioni di diritto derivato alla luce della Carta) si accompagni un'analoga interpretazione evolutiva dei corrispondenti principi generali[43], arricchiti dunque, insieme con la Carta, di nuovi contenuti[44].

6. Segue: *L'impiego della sola Carta*

Il secondo scenario, riscontrabile sulla base di un'analisi sistematica della giurisprudenza del giudice di Lussemburgo successiva all'acquisizione da parte della Carta di carattere vincolante, è costituito dalle pro-

line in capo al terzo che le ha originariamente immesse in rete (soppresse le informazioni dal "sito originario", tali dati non potrebbero, infatti, più essere indicizzati).

[41] La Corte precisa, in particolare, che gli artt. «12, lettera b), e 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46 devono essere interpretati nel senso che, nel valutare i presupposti di applicazione di tali disposizioni, si deve verificare [...] se l'interessato abbia diritto a che l'informazione [...] riguardante la sua persona non venga più, allo stato attuale, 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. Dato che l'interessato può, sulla scorta dei suoi diritti fondamentali derivanti dagli articoli 7 e 8 della Carta, chiedere che l'informazione in questione non venga più messa a disposizione del grande pubblico in virtù della sua inclusione in un siffatto elenco di risultati, i diritti fondamentali di cui sopra prevalgono, in linea di principio, non soltanto sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca, ma anche sull'interesse di tale pubblico ad accedere all'informazione suddetta in occasione di una ricerca concernente il nome di questa persona. Tuttavia, così non sarebbe qualora risultasse, per ragioni particolari, come il ruolo ricoperto da tale persona nella vita pubblica, che l'ingerenza nei suoi diritti fondamentali è giustificata dall'interesse preponderante del pubblico suddetto ad avere accesso, in virtù dell'inclusione summenzionata, all'informazione di cui trattasi» (pt. 99).

[42] Cfr. causa C-131/12, *Google Spain*, cit., pt. 68 e 69.

[43] Eventualmente insieme con una loro definitiva affermazione come principi generali, se si tratta di norme della Carta che cristallizzano – anziché codificare – una norma non scritta (v. *supra*, nota 3).

[44] In tal senso sembra esprimersi C. LADENBURGER, *Institutional Report. Session on "protection of Fundamental Rights post-Lisbon – The interaction between the Charter of fundamental Rights, the European Convention of Human Rights and National Constitution*", FIDE 2012, p. 4 s. (cfr. http://www.fide2012.eu/index.php?doc_id=88). Per possibili eccezioni a tale regola di una interpretazione parallela di previsioni della Carta e corrispondenti principi generali v. *infra*, § 15.

nunce che richiamano o utilizzano come parametro di costituzionalità la sola fonte scritta e non anche il corrispondente principio generale di diritto. Benché non manchino sentenze di questo tipo anche nei primi anni di vigenza del trattato di Lisbona[45] – al pari di decisioni che, anche in tempi più recenti, continuano a richiamare, come visto, entrambe le fonti[46] – esse sono più frequenti a partire dalla seconda metà del 2012[47].

Una ragione di questo diverso approccio della Corte potrebbe individuarsi nel fatto che la Carta, allontanandosi dalla data di entrata in vigore del trattato di Lisbona, diviene (sempre) più frequentemente applicabile *ratione temporis*. E, ancora, nella circostanza che i giudici di Lussemburgo hanno ormai "preso confidenza" con la fonte scritta e sono pienamente consapevoli – come dimostrano le pronunce dei primi anni successivi all'entrata in vigore del trattato di Lisbona – della corrispondenza tra le norme della Carta e i principi generali di diritto elaborati nei decenni dalla giurisprudenza "comunitaria", che potrebbero quindi ritenere anche superfluo richiamare. Del resto, se la Carta riafferma i principi generali, anche se essi non vengono esplicitamente richiamati nelle sentenze, "vivono" comunque per il tramite del richiamo della Carta e della sua interpretazione ed applicazione. Ciò implica, altresì, che una qualunque interpretazione di una disposizione della Carta, anche un'eventuale interpretazione estensivo/evolutiva (o comunque di norme derivate in base alla Carta), deve ritenersi accompagnata dalla stessa interpretazione del (o alla luce del) corrispondente principio generale di diritto, anche se esso non è stato espressamente richiamato ed impiegato dalla Corte nel proprio ragionamento. E la stessa soluzione pare prospettabile anche qualora il richiamo alla sola previsione della Carta potesse giustificarsi in considerazione del fatto che essa cristallizza (anziché co-

[45] Cfr., ad esempio, Corte giust., 9 novembre 2010, cause riunite C-92/09 e C-93/09, *Volker und Markus Schecke GbR e Eifert*; Corte giust., 29 marzo 2011, causa C-352/09 P *ThyssenKrupp c. Commissione*.

[46] Cfr. le menzionate sentenze 13 maggio 2014, causa 131/12, *Google Spain* e 18 dicembre 2014, causa C-562/13, *Abdida*, ma anche, ad esempio, le sentenze 6 novembre 2012, causa C-199/11, *Otis e a.*; 22 maggio 2014, causa 539/12, *Z.J.R. Lock*; 22 maggio 2014, causa C-356/13, *Glatzel*; 3 settembre 2014, causa C-201/13, *Deckmyn*; 11 settembre 2014, causa C-112/13, *A c. B*; 12 dicembre 2014, causa C-580/12 P, *Guardian Industries Corp*.

[47] Cfr., ad esempio, 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland e Seitlinger e a.*, cit.; 10 luglio 2014, C-220/13 P, *Kalliopi Nikolaou c. Corte dei Conti*; 23 ottobre 2014, causa C-437/13, *Unitrading*; 11 dicembre 2014, causa C-212/13, *Ryneš*; 18 dicembre 2014, cause riunite C-131/13, C-163/13 e C-164/13, *Staatssecretaris van Financiën e a.*; 12 febbraio 2015, causa C-662/13, *Surgicare - Unidades de Saúde SA*.

dificare) un principio generale di diritto: anche in ipotesi di questo tipo, sembra infatti corretto assicurare che, insieme con la Carta, si evolva contestualmente il corrispondente principio generale.

Non può, quindi, escludersi che talvolta il richiamo alla sola Carta, anziché ad entrambe le fonti, dipenda da un'analisi solo succinta che la Corte effettua della disposizione che viene in rilievo nella specie[48], o dalla (maggior o minore) rilevanza del diritto/principio in questione[49] o, ancora, dalla composizione del collegio giudicante[50]. Talora, tuttavia, la sola ragione del mancato richiamo del principio generale di diritto corrispondente alla previsione della Carta oggetto di interpretazione/ applicazione sembra individuabile in una mera dimenticanza, specie se il principio generale rilevante è stato richiamato, insieme con la norma della Carta, in tutte le altre pronunce che hanno esaminato la stessa questione di diritto[51].

7. Segue: *L'impiego dei soli principi generali*

[48] Se la Corte rigetta la questione ad essa sottoposta o ritiene non rilevante il richiamo di Carta e principi generali operato dalle parti o dal giudice *a quo*, o al contrario ritiene manifestamente fondata la questione o "sposabile ed accoglibile" l'interpretazione suggerita dal giudice *a quo* o dalle parti, spesso essa richiama soltanto la previsione rilevante della Carta, senza esaminarla nel dettaglio: cfr., ad esempio, 12 febbraio 2015, causa C-662/13, *Surgicare - Unidades de Saúde SA*.

[49] Come se esistesse una sorta di gerarchia tra i diversi principi generali e, quindi, tra i vari diritti e principi sanciti dalla Carta, anche se un'impostazione di tal fatta non sembra da avallare (sulla configurabilità di alcuni diritti/principi come più rilevanti di altri cfr., per tutti, L.S. ROSSI, *How Fundamental are Fundamental Principles? Primacy and Fundamental Rights after Lisbon*, in *Yearbook of European Law*, 2008, p. 65 ss.). Il richiamo tanto alla fonte scritta quanto a quella non scritta si riscontra di regola con riferimento, ad esempio, al principio del giusto processo, di cui all'art. 47 Carta (per un'eccezione v. *infra*, nota 51).

[50] Tendenzialmente la *grande chambre* richiama sempre anche i principi generali di diritto corrispondenti alle norme della Carta che rilevano nella specie: cfr., ad esempio, le menzionate sentenze 13 maggio 2014, causa 131/12, *Google Spain*; 18 dicembre 2014, causa C-562/13, *Abdida*; 3 settembre 2014, causa C-201/13, *Deckmyn* e la sentenza 26 novembre 2013, causa C-50/12 P, *Kendrion KV*.

[51] Una dimenticanza siffatta sembra riscontrabile nella sentenza 12 giugno 2014, *Deltafina*, causa C-578/11 P (emessa dalla sezione II), che – pronunciandosi sulla durata ragionevole del processo dinanzi al Tribunale dell'Unione – richiama il solo art. 47 Carta e non anche il corrispondente principio generale di diritto, come invece accade in tutte le decisioni della Corte che verificano il rispetto di tale principio da parte del Tribunale (cfr., solo per ricordarne alcune, le sentenze 26 novembre 2013, causa C-50/12 P, *Kendrion KV*, cit.; 30 aprile 2014, causa C-238/12 P, *FLSmidth & Co. A/S*; 19 giugno 2014, causa C-243/12 P, *FLS Plast A/S*).

Più limitati sono i casi, speculari a quelli appena esaminati, in cui il giudice dell'Unione richiama soltanto il principio generale e non anche la corrispondente previsione della Carta.

Ciò può forse apparire comprensibile nelle ipotesi in cui quest'ultima – pur ormai cogente – non può trovare applicazione *ratione temporis*[52]; anche se tale atteggiamento della Corte altro non è che una ulteriore riprova della menzionata incoerenza della giurisprudenza in esame, dal momento che preferibile sarebbe comunque il richiamo ad entrambe le fonti, con la specificazione che la soluzione del caso di specie viene poi data sulla base del (solo) principio generale, in considerazione del fatto che la previsione corrispondente (e vincolante) della Carta non è applicabile, appunto, *ratione temporis*.

Risultano, invece, difficilmente giustificabili il mancato richiamo ed impiego della fonte scritta quando non si rientra nelle ipotesi da ultimo analizzate e la Carta è dunque applicabile dal punto di vista temporale. Uno dei casi più eclatanti è quello relativo alla causa *El Dridi*, dove si invita il giudice *a quo* – nella soluzione della controversia dinanzi ad esso pendente – a tenere in debita considerazione il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite, «che fa parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri»[53], senza in alcun modo richiamare l'art. 49, par. 1, Carta, che codifica tale principio e che sarebbe stato applicabile nel caso concreto al pari del corrispondente principio generale.

Anche in queste ipotesi, così come si è detto con riguardo a quelle esaminate nei §§ 5 e 6, pare comunque opportuno ritenere che ad una eventuale interpretazione estensivo/evolutiva del rilevante principio generale (o delle norme di diritto derivato in base ad esso) corrisponda la stessa interpretazione della norma della Carta che siffatto principio generale codifica (o del diritto derivato alla luce di quest'ultima), per quanto essa – probabilmente per dimenticanza – non è stata invocata ed utilizzata dal giudice dell'Unione.

[52] Cfr., ad esempio, Corte giust., 10 maggio 2011, C-147/08, *Römer*; 24 gennaio 2012, causa C-282/10, *Dominguez*; 12 dicembre 2013, causa C-267/12, *Hay*.

[53] Cfr. Corte giust., 28 aprile 2011, causa C-61/11 PPU, spec. pt. 61.

8. Segue: *L'atteggiamento di* self-restraint *della Corte*

Il quarto scenario individuabile alla luce di un'analisi sistematica della giurisprudenza del giudice di Lussemburgo successiva all'entrata in vigore del trattato di Lisbona è costituito da quelle pronunce in cui esso, pur (talora comunque) assicurando in concreto la tutela del diritto quesito, decide di non fondare siffatta garanzia sulla Carta e/o il corrispondente principio generale, che pur avrebbe potuto impiegare – eventualmente ricorrendo ad una loro interpretazione estensivo/ evolutiva – per risolvere il caso sottoposto al suo vaglio.

Si ricordano, in particolare, due ipotesi di questo tipo, in cui la Corte di giustizia fa opera di *self-restraint* e non propende, come invece parrebbe possibile, per il richiamo e l'applicazione della fonte scritta (e di quella non scritta) di tutela dei diritti fondamentali.

La più recente, in ordine di tempo, è la sentenza relativa al caso *Kaltoft*[54], dove la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla sostanziale compatibilità con il diritto dell'Unione di una normativa nazionale in tema di licenziamento che si dubitava violasse il (*rectius*, fosse stata applicata in violazione del) principio di non discriminazione in base alla disabilità (*rectius*, obesità, il ricorrente nel giudizio principale lamentando di essere stato vittima di una discriminazione di tale natura, ritenuta la causa del suo licenziamento). La Corte, escludendo (in modo peraltro non del tutto chiaro, visto che il caso viene comunque poi risolto sulla base della direttiva 2000/78/CE[55]) che si rientrasse nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, ha altresì escluso l'applicabilità della Carta, e in particolare del suo art. 21 che vieta la discriminazione fondata, tra l'altro, sulla disabilità. Tuttavia, dando prova di maggior coraggio, essa avrebbe forse potuto affermare che il diritto dell'Unione sancisce un principio generale di non discriminazione in base all'obesità patologica (rilevante nel caso di specie), riconducendola nella nozione di disabilità di cui alla citata previsione della Carta ed al corrispondente principio

[54] Cfr. Corte giust., 18 dicembre 2014, causa C-354/13.

[55] Cfr. direttiva del Consiglio che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, in *GUCE* L 303 del 2 dicembre 2000, p. 16 ss. Nel caso in esame la Corte di giustizia, per certi versi, sembra quasi contraddirsi tra la prima e la seconda parte del proprio ragionamento, che pare svolto in senso opposto rispetto a quello che di regola essa segue per verificare se si rientra o meno nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione e, quindi, ammettere o meno l'operatività della Carta (spec. pt. 31-40 e 42-64).

generale[56] (dato che poi, di fatto, ne ha ammesso comunque la configurabilità come "handicap" ai sensi della direttiva del 2000), ed eventualmente circoscrivendo la sua rilevanza (e riconducibilità, appunto, alla discriminazione vietata) al soddisfacimento di determinati requisiti (gli stessi che sono delineati per ritenere che tale obesità possa qualificarsi come handicap e la cui sussistenza in concreto spetta al giudice *a quo* verificare[57]).

Il secondo caso in cui la Corte di giustizia sembra non voler accogliere un'interpretazione lata della previsione della Carta e del corrispondente principio generale che venivano in rilievo nella specie (*rectius*, delle norme di diritto derivato da applicare in base a tali fonti) e, quindi, ne esclude la rilevanza è quello relativo alle cause *C.D.* e *Z*, in tema di tutela della maternità surrogata[58]. Si tratta, senza dubbio, di tematica assai delicata, che non trova regolamentazione nella pluralità degli Stati membri dell'Unione[59]; e forse anche per queste ragioni la Corte ha negato di poter assimilare la posizione della madre committente in un contratto di maternità surrogata a quella della madre (naturale e di quella) che adotta un figlio, al fine di riconoscere anche alla prima – come accade per la seconda – il congedo di maternità[60]. Occorre però eviden-

[56] Anche in considerazione di quanto la stessa Corte aveva già affermato nella sentenza 22 maggio 2014, causa C-356/13, *Glatzel*, cit., pt. 44 ss., dove chiaramente si legge che la nozione di disabilità non è definita nella Carta ed essa può essere riempita di contenuto ad opera del legislatore dell'Unione, e – perché no – della Corte di giustizia.

[57] Cfr. pt. 53 e 59 della sentenza in esame.

[58] Cfr. sentenze 18 marzo 2014, rispettivamente causa C-167/12 e causa C-363/12, per un commento alle quali cfr. M. FINCK, B. KAS, *Surrogacy Leave as a Matter of EU Law: CD and Z*, in *Common Market Law Review*, 2015, p. 281 ss.

[59] Sulla disciplina di tale istituto negli Stati dell'Unione cfr. lo studio del Parlamento europeo, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States,* 2013, http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf , nonché lo studio effettuato dalla Corte di Strasburgo i cui risultati sono riportati nelle sentenze *Labassee c. Francia* e *Mennesson c. Francia,* entrambe del 26 giugno 2014, rispettivamente ai parr. 31-33 e 40-42. Secondo tali studi, la maternità surrogata sarebbe espressamente autorizzata, tra i Paesi membri dell'Unione, solo in Grecia, Paesi Bassi e Regno Unito, e purché non sia prevista una remunerazione per la madre surrogata (che può essere solo indennizzata). La surrogazione sembra, inoltre, tollerata in Belgio, Lussemburgo, Polonia e Repubblica ceca, ove non vi è però alcuna espressa regolamentazione in proposito.

[60] Specie qualora essa allatti o possa allattare al seno il bambino. La discriminazione si realizzerebbe, secondo le ricorrenti nei giudizi principali, in violazione, oltre che della citata direttiva 2000/78/CE, della direttiva 92/85/CEE del Consiglio, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, in *GUCE* L 348 del 28 novembre 1992, p. 1 ss., e della direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo

ziare che le ricorrenti nei giudizi *a quibus* hanno basato le proprie argomentazioni esclusivamente sulla circostanza di aver subito una discriminazione sulla base del sesso e della disabilità (data dall'impossibilità di avere figli per "vie naturali"). Non può, pertanto, escludersi che il giudice dell'Unione sarebbe giunto ad una diversa conclusione se esse avessero fatto leva anche sull'esigenza di assicurare – mediante la concessione del congedo di maternità nei casi controversi – l'interesse superiore del minore, principio generale codificato dall'art. 24 Carta[61] e costantemente impiegato dalla Corte per procedere ad un'interpretazione anche estensivo/evolutiva di norme di diritto derivato dell'Unione[62]. Una soluzione di tale tenore (in base ad un'applicazione in combinato disposto dell'art. 24, par. 3, e dell'art. 33, par. 2, Carta[63]) renderebbe, tra l'altro, la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo anche (più) coerente con quella della Corte di Strasburgo che, proprio per garantire la protezione del minore coinvolto – pur senza pronunciarsi sulla legittimità ai sensi della CEDU della pratica della maternità surrogata – ha di fatto comunque tutelato anche la posizione dei genitori committenti[64]. Essa sarebbe,

e del Consiglio, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione), in *GUUE* L 204 del 26 luglio 2006, p. 23 ss.

[61] A favore di una soluzione siffatta tenendo conto dell'interesse superiore del minore pare esprimersi l'avvocato generale Kokott nelle conclusioni del 26 settembre 2013, causa C-167/12, *C.D.*, spec. pt. 60.

[62] Da ultimo, cfr. ad esempio sentenza 16 luglio 2015, causa C-184/14, *A. c. B.*, dove si interpreta l'art. 3, lettere *c*) e *d*), del regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio 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 del 10 gennaio 2009, p. 1 ss.) alla luce dell'art. 24, par. 2, Carta, affermandosi che «quando due giudici sono investiti, rispettivamente, di un'azione relativa alla separazione o allo scioglimento del vincolo coniugale tra coniugi genitori di figli minori e di un'azione vertente sulla responsabilità genitoriale su tali minori, una domanda di obbligazione alimentare in favore di questi ultimi [...] può essere considerata accessoria solamente all'azione in materia di responsabilità genitoriale» (pt. 46-47).

[63] Secondo cui, rispettivamente «[i]l minore ha il diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse» e «[a]l fine di poter conciliare vita familiare e vita professionale, ogni persona ha [...] il diritto a un congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio».

[64] Cfr. sentenze 26 giugno 2014, *Menneson c. Francia*; 26 giugno 2014, *Labassee c. Francia*; 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia* (attualmente oggetto di rinvio alla Grande Chambre, su richiesta del Governo italiano del 1° giugno 2015; per una sintesi dell'udienza, svoltasi il 9 dicembre 2015, cfr. I. ANRÒ, http://www.eurojus.it/il-caso-paradiso-e-campanelli-c-italia-di-fronte-alla-grande-chambre-della-corte-edu/). In particolare, nelle pronunce *Mennesson* e *Labassee*, la Corte di Strasburgo ha separato la posizione dei genitori committenti da quella dei minori nati

quindi, da accogliere favorevolmente in considerazione del fatto che, come noto, la giurisprudenza CEDU, *ex* art. 52, par. 3, Carta, costituisce il *minimum floor* di tutela nell'ordinamento dell'Unione, ed altresì perché eviterebbe discrasie tra orientamenti giurisprudenziali delle due Corti ed eventuali censure della Corte di Strasburgo in caso di adesione dell'Unione alla CEDU[65].

Un'apertura come quella prospettata potrebbe anche essere raggiunta per gradi, iniziando la Corte di giustizia ad assicurare il congedo parentale nei casi di maternità surrogata qualora tale istituto sia riconosciuto e disciplinato nello Stato membro interessato, ovvero quello in cui la madre committente svolge la propria attività lavorativa[66]. Un'imposta-

da un contratto di maternità surrogata, giungendo, tuttavia, ad una soluzione favorevole ad entrambe le posizioni. Essa ha, infatti, riconosciuto che la Francia ha violato il diritto alla vita privata *ex* art. 8 CEDU dei figli nati da maternità surrogata, nella misura in cui non ha riconosciuto e trascritto nei propri registri di stato civile il vincolo di filiazione dei minori con i genitori committenti instaurato all'estero, creando una situazione di incertezza giuridica per i minori quanto all'acquisto della nazionalità francese e ai diritti di successione. Al contrario, la Corte ha ritenuto che la medesima condotta dello Stato non costituisca violazione della vita familiare *ex* art. 8 CEDU dei genitori, avendo la Francia agito nell'ambito del proprio margine di apprezzamento: secondo la Corte, infatti, i giudici nazionali avrebbero operato un corretto bilanciamento degli interessi in gioco, viste anche le scarse conseguenze di ordine pratico che il mancato riconoscimento e trascrizione dello *status* di filiazione dei minori comporta per i genitori. Nella più recente pronuncia *Paradiso e Campanelli*, la Corte ha sottolineato che il superiore interesse del minore comporta una restrizione del margine di apprezzamento dello Stato (par. 80) e ha condannato l'Italia per aver allontanato un minore dalla coppia che lo aveva portato in Italia dalla Russia, ove era nato a seguito di maternità surrogata, riconoscendo che tra tali individui si era instaurato un vincolo familiare di fatto (par. 69). Ciò anche se poi la Corte, sempre in considerazione dell'interesse superiore del minore, ha ritenuto che esso non dovesse essere restituito alla coppia committente, poiché nelle more del processo aveva instaurato un legame affettivo con la famiglia presso la quale era stato nel mentre collocato (par. 88). Sempre in tema di maternità surrogata cfr. i seguenti casi pendenti dinanzi alla Corte EDU: *Laborie e. a. c. Francia* (n. 44024/13); *Foulon c. Francia* (n. 9063/14); *Bouvet c. Francia* (n. 10410/14).

[65] Sul dialogo tra le due Corti in tema di maternità surrogata cfr. I. ANRÒ, *Surrogacy from the Luxembourg and Strasbourg perspectives*. Paper for the 1st Jean Monnet Doctoral Workshop on *Dialogue Between Judges. The Court of Justice of the European Union and Other International Courts*, Université de Genève, 23- 26 septembre 2015, in corso di pubblicazione sul sito www.ceje.ch, ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

[66] A favore di questa soluzione "graduale" si potrebbero richiamare le citate conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa C-167/12, *C.D.*, dove si afferma che «una madre affidataria, che abbia avuto un figlio per effetto di un contratto di maternità surrogata, successivamente alla nascita del bambino ha in ogni caso diritto al congedo di maternità ai sensi degli articoli 2 e 8 della direttiva 92/85 *qualora* assuma la custodia del bambino dopo la sua nascita, *la maternità surrogata sia lecita nello Stato membro inte-*

zione di questo tipo pare, infatti, analoga a quella che la Corte ha fatto propria, ad esempio, nei casi *Maruko*, *Romer* e *Hay*[67]. Ivi, per garantire il rispetto del principio di non discriminazione in base all'orientamento e alla tendenza sessuale (in base alla citata direttiva 2000/78/CE, e sancito anch'esso dall'art. 21 Carta) – con riguardo, rispettivamente, (*i*) al diritto alla pensione di reversibilità, (*ii*) al diritto alla pensione complementare di vecchiaia, e (*iii*) al diritto al congedo straordinario e ad un premio stipendiale, concessi ai dipendenti in occasione del matrimonio – si è di fatto stabilito che tali diritti, garantiti ai coniugi di sesso diverso, debbano essere assicurati anche al partner dello stesso sesso, se la legislazione degli Stati interessati (nella specie, Germania e Francia) disciplina l'unione delle coppie omosessuali (anche qualora non ne ammetta il matrimonio), ponendo le coppie dello stesso sesso in posizione equivalente/paragonabile a quella dei coniugi di sesso diverso (spettando, nei primi due casi, al giudice *a quo* la verifica ultima circa l'effettiva comparabilità dei due regimi).

9. *Le possibili interpretazioni estensive/evolutive della (o alla luce della) fonte scritta e di quella non scritta*

Con riguardo alle ipotesi prese in esame nel § precedente pare possibile, se non addirittura auspicabile, come accennato, un *revirement* della Corte di giustizia, con accoglimento di un'interpretazione lata delle previsioni rilevanti della Carta e dei corrispondenti principi generali, o comunque delle norme di diritto derivato alla luce della fonte scritta e di quella non scritta.

Ulteriori interventi del giudice di Lussemburgo per chiarire i contorni di previsioni della Carta e dei corrispondenti principi generali o per completarli con contenuti nuovi, sembrerebbero poi possibili con riguardo, ad esempio, alla configurazione (*i*) del diritto all'acqua, desumendolo dal diritto alla dignità personale e dal diritto alla vita (codificati negli

ressato e *siano soddisfatti i requisiti previsti dalla normativa nazionale dello Stato membro medesimo*, anche nel caso in cui la madre affidataria non provveda all'allattamento del bambino dopo la nascita, dovendo, da un lato, il congedo durare almeno due settimane e, dall'altro, essere computato il congedo di maternità di cui abbia eventualmente usufruito la madre surrogata» (pt. 90, corsivi aggiunti).

[67] Cfr. le sentenze 1° aprile 2008, causa C-267/06; 10 maggio 2011, C-147/08, cit.; 12 dicembre 2013, causa C-267/12.

artt. 1 e 2 Carta)[68], (*ii*) del diritto di accesso ad internet, sulla base del diritto alla libertà di espressione (codificato nell'art. 11 Carta)[69], o ancora

[68] A livello internazionale, per il primo riconoscimento del diritto all'acqua come diritto fondamentale dell'individuo cfr. il piano d'azione Mar del Plata, adottato dalla conferenza sull'acqua delle Nazioni Unite del 1977 (cfr. risoluzione A/RES/32/158, 19.12.1977). La configurazione del diritto dell'uomo all'acqua si rinviene, quindi, in diversi trattati sui diritti umani, che tutelano specifiche categorie di soggetti deboli (cfr., ad esempio, artt. 20, 26, 29 e 46 della convenzione sul trattamento dei prigionieri di Guerra, del 1949; art. 14 della convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione della donna, del 1979; art. 24 della convenzione sui diritti del fanciullo, del 1989), nonché in trattati relative ad altre tematiche (cfr., ad esempio, art. 6 del protocollo del 1999 su acqua e salute, allegato alla Convenzione del 1992 sulla protezione e l'utilizzazione dei corsi d'acqua transfrontalieri e dei laghi internazionali). Non mancano, quindi, strumenti di *soft law* elaborati in seno alle Nazioni Unite, volti ad affermare siffatto diritto, che riceve nel 2010 un riconoscimento ufficiale anche da parte dell'Assemblea Generale, con la risoluzione A/RES/64/292 (poi ripresa nella risoluzione del 2013 A/RES/68/157). Nell'ordinamento dell'Unione europea, si segnala, in particolare, l'iniziativa dei cittadini europei *"Right2Water"*, del dicembre 2013 (cfr. http://www.right2water.eu/), con cui si è chiesto alla Commissione di proporre una normativa che sancisca il diritto umano universale all'acqua potabile ed ai servizi igienico-sanitari, come riconosciuto dalle Nazioni Unite, promuovendo al contempo l'erogazione di servizi idrici e igienico-sanitari come servizi pubblici fondamentali. La Commissione ha risposto con una comunicazione del marzo 2014 (i relativi documenti sono disponibili all'indirizzo internet http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/finalised/details/2012/000003/it), dove, pur non dando seguito formale all'iniziativa, ha assicurato che imposterà la propria azione futura continuando a considerare l'acqua potabile ed i servizi igienico-sanitari nella loro dimensione di diritto umano ed a garantire che questo principio permanga al centro delle sue politiche. Il Parlamento europeo, con una risoluzione del settembre 2015 (disponibile all'indirizzo internet http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2015-0228+0+DOC+XML+V0//IT), ha ritenuto insoddisfacente la risposta della Commissione all'iniziativa dei cittadini, nella misura in cui essa si è limitata a ribadire gli impegni già esistenti, dovendo invece tale istituzione presentare concrete iniziative legislative finalizzate a riconoscere il diritto umano all'acqua ed ai servizi igienico-sanitari quale delineato dalle Nazioni Unite.

[69] Ed eventualmente desumendolo anche dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Con riguardo al nostro ordinamento, cfr. la dichiarazione dei diritti in internet, approvata dalla Camera il 28 luglio 2015 (e consultabile al seguente indirizzo http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissione_internet/TESTO_ITALIANO_DEFINITVO_2015.pdf), il cui art. 2, in tema di diritto di accesso, prevede quanto segue: «1. L'accesso ad Internet è diritto fondamentale della persona e condizione per il suo pieno sviluppo individuale e sociale. 2. Ogni persona ha eguale diritto di accedere a Internet in condizioni di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e aggiornate che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale. 3. Il diritto fondamentale di accesso a Internet deve essere assicurato nei suoi presupposti sostanziali e non solo come possibilità di collegamento alla Rete. 4. L'accesso comprende la libertà di scelta per quanto riguarda dispositivi, sistemi operativi e applicazioni anche distribuite. 5. Le Istituzioni pubbliche garantiscono i necessari interventi per il superamento di ogni forma

(*iii*) del diritto ad un reddito minimo garantito, fondandolo sul diritto alla vita e sul diritto all'assistenza sociale quale forma di lotta contro l'esclusione sociale e la povertà (di cui agli artt. 2 e 34, par. 3, Carta)[70].

La Corte di giustizia pare quindi chiamata, a breve, a prendere posizione sulla possibile implementazione del sistema mediante l'accogli-

di divario digitale tra cui quelli determinati dal genere, dalle condizioni economiche oltre che da situazioni di vulnerabilità personale e disabilità».

[70] In proposito, cfr., in particolare, la risoluzione del Parlamento europeo, del 16 settembre 1988, concernente la lotta contro la povertà nella Comunità europea (in *GUCE*, C 262 del 10 ottobre 1988, p. 194 ss.), punto 12; la raccomandazione 92/441/CEE del Consiglio, del 24 giugno 1992, in cui si definiscono i criteri comuni in materia di risorse e prestazioni sufficienti nei sistemi di protezione sociale (in *GUCE*, L 245 del 26 agosto 1992, p. 46 ss.); la raccomandazione della Commissione 2008/867/CE, del 3 ottobre 2008, relativa all'inclusione attiva delle persone escluse dal mercato del lavoro (*ibidem*, L 307 del 18 novembre 2008, p. 11 ss.); la risoluzione del Parlamento europeo, del 20 ottobre 2010, sul ruolo del reddito minimo nella lotta contro la povertà e la promozione di una società inclusiva in Europa (2010/2039(INI)), consultabile all'indirizzo internet: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010-0375+0+DOC+XML+V0//IT. Meno sensibile al tema, rispetto alle altre istituzioni, sembra la Corte di giustizia, che nella più recente giurisprudenza in materia di libertà di circolazione delle persone, riferendosi a prestazioni di assistenza sociale previste dagli ordinamenti nazionali, impone condizioni di portata non irrilevante ai fini della concessione di tali prestazioni nei confronti di persone che non abbiano la cittadinanza dello Stato membro interessato (cfr. sentenze 11 novembre 2014, causa C-333/13, *Dano*; 15 settembre 2015, causa C-67/14, *Jobcenter Berlin Neukölln*; da ultimo, analogamente, 25 febbraio 2016, causa C-299/14, *García-Nieto*). La Corte pare così realizzare una (almeno parziale) inversione di tendenza rispetto alla precedente sentenza del 19 settembre 2013, causa C-140/12, *Brey*, dove sembrava ammettere una maggiore solidarietà finanziaria tra gli Stati membri e i cittadini di altri Stati membri, imponendo alle autorità nazionali competenti – nonché, ove occorra, ai giudici nazionali – di determinare, sulla scorta di una valutazione di carattere globale, se la concessione della misura di assistenza sociale controversa possa rappresentare un onere eccessivo per il sistema nazionale, alla luce delle circostanze del singolo caso. In dottrina, con riguardo ai rapporti tra forme di reddito minimo e ordinamento dell'Unione, cfr., *ex multis*, S. LEIBFRIED, *Towards a European welfare state? On integrating poverty regimes into the European Community*, in Z. FERGE, J. E. KOLBERG (eds.), *Social Policy in a Changing Europe*, Frankfurt, 1992, p. 245 ss.; P.C. SCHMITTER, M.W. BAUER, *A (modest) proposal for expanding cocial citizenship in the European Union*, in *Journal of European Social Policy*, 2001, p. 55 ss.; B. CANTILLON, H. VERSCHUEREN, N. VAN MECHELEN, *Towards minimum income protection in Europe: budgetary and political obstacles to overcome*, in *European Journal of Social Security*, 2011, p. 453 ss.; N. CANTILLON, N. VAN MECHELEN, *Between Dream and Reality ... On Anti-Poverty Policy, Minimum Income Protection and the European Social Model*, in B. CANTILLON, P. PLOSCAR, H. VERSCHUREN, *Social Inclusion and Social Protection in the EU: Interactions between Law and Policy*, Antwerp, 2012, p. 173 ss.; F. VANDENBROUCKE, B. CANTILLON, N. VAN MECHELEN, T. GOEDEMÉ, A. VAN LANCKER, *The EU and Minimum Income Protection: Clarifying the Policy Conundrum*, in I. MARX, K. NELSON, *Minimum Income Protection in Flux*, Basingstoke, 2013, p. 271 ss.

mento dell'opzione interpretativa formulata dalla Corte di Strasburgo in merito al principio del *ne bis in idem*. Come noto, nella pronuncia *Grande Stevens e a.*[71], tale Corte ha esteso l'applicabilità del principio anche ad ipotesi in cui gli stessi fatti siano oggetto di un procedimento penale e di uno amministrativo nel quale la sanzione comminata abbia di fatto natura penale in base ai c.d. criteri *Engel*[72]. Nel caso *Akerberg Fransson*, precedente alla menzionata sentenza della Corte EDU, la Corte di giustizia aveva stabilito che in base al diritto dell'Unione il principio di cui all'art. 50 Carta deve essere interpretato nel senso che vieta il secondo svolgimento di un procedimento *in idem* a patto che entrambi i procedimenti abbiano natura penale, senza peraltro ostare ad una applicazione più ampia del principio (che vieti anche lo svolgimento *in idem* di due procedimenti uno penale ed uno amministrativo, ma sostanzialmente penale) prevista dalle legislazioni degli Stati membri, a patto che tale applicazione non violi il principio generale di diritto dell'Unione costituito dalla effettività, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni[73]. Rigettata nella causa *Burzio* la questione inerente, in sostanza, all'interpretazione dell'art. 50 Carta alla luce della giurisprudenza CEDU (in virtù della clausola di omogeneità di cui all'art. 52, par. 3, Carta), essendo la Corte manifestamente incompetente poiché non si rientrava nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione[74], una nuova pronuncia sul punto è attesa nei casi *Orsi*, *Baldetti* e *Menci*[75], auspicandosi in dottrina un (completo) allineamento della giurisprudenza di Lussemburgo a quella di Strasburgo[76], così anche da evitare possibili censure della

[71] Cfr. Corte EDU sentenza 4 marzo 2014, confermata dalla sentenza 20 maggio 2014, *Nykänen c. Finlandia* e dalla sentenza 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Svezia*.

[72] Cfr. Corte EDU sentenza 8 giugno 1976, *Engel e a. c. Paesi Bassi*, secondo cui, ai fini della valutazione della natura penale delle sanzioni, sono rilevanti tre criteri: il primo consiste nella qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, il secondo nella natura dell'illecito e il terzo nella natura nonché nel grado di severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere.

[73] Cfr. sentenza 26 febbraio 2013, causa C-617/10, cit., spec. pt. 32-37, in combinato disposto con il pt. 29.

[74] Cfr. ordinanza 15 aprile 2015, causa C-497/14.

[75] Cfr., rispettivamente, causa C-217/15, in *GUUE* C 245 del 27 luglio 2015, p. 8; causa C-350/15, *ibidem* C 311 del 21 settembre 2015, p. 34; causa C-524/15, non ancora pubblicata in *GUUE*.

[76] Nel senso, addirittura, che anche in assenza di un intervento della Corte di giustizia spetterebbe comunque ai giudici comuni procedere come indicato nel testo, riconoscendo effetto diretto all'art. 50 Carta e, quindi, disapplicando la normativa nazionale con esso – letto alla luce dell'art. 52, par. 3, Carta – contrastante (ovvero l'art. 649 c.p.p., anche senza necessità di ricorrere alla Corte costituzionale che ne sancisca l'illegittimità nella parte in cui non prevede l'operatività del *ne bis in idem* anche rispetto a precedenti

Corte di giustizia da parte della Corte EDU in caso di adesione dell'Unione alla CEDU. A dire il vero, non è così certo che sussista una reale discrasia tra le due giurisprudenze, la soluzione cui le due Corti sono giunte potendo (anche più) semplicemente giustificarsi alla luce delle peculiarità dei giudizi che si svolgono dinanzi ad esse e della diversità intrinseca delle decisioni che emettono (in considerazione della diversità stessa dei quesiti che sono chiamate a risolvere). Il giudice del Kirchberg lascia al giudice nazionale (o prima, eventualmente, al legislatore statale) la verifica in concreto (o la valutazione in astratto) della non cumulabilità delle sanzioni (una penale ed una amministrativa, ma sostanzialmente penale), purché la sola sanzione comminata abbia comunque carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo; il giudice di Strasburgo procede, di fatto, a riscontrare direttamente il rispetto di tale requisito da parte della sanzione amministrativa, così dichiarandone la natura sostanzialmente penale e vietandone, di conseguenza, la cumulabilità con un'altra sanzione penale. Ciò che si vorrebbe (anche) dal giudice dell'Unione è una verifica diretta (nei casi di giudizi, penali ed amministrativi, *in idem*) della effettività, proporzionalità e dissuasività della sanzione anche solo amministrativa (sostanzialmente penale), così da impedire un secondo procedimento penale. Non è, tuttavia, così scontato che una siffatta valutazione porterebbe la Corte di giustizia a ritenere – al pari di quanto fatto dalla Corte di Strasburgo[77] – che anche sanzioni pecuniarie di ammontare non particolarmente elevato abbiano natura sostanzialmente penale e, in quanto proporzionate, effettive e dissuasive, siano quindi idonee a precludere lo svolgimento di un procedimento penale *in idem*. Ed un mancato (integrale) allineamento a tale conclusione non pare necessariamente da condannare, specie in considerazione del fatto che le soluzioni prospettate dalla Corte EDU nei casi da ultimo menzionati, se anche garantiste per la posizione del reo, non sembrano realizzare un corretto (o comunque il solo possibile ed inequivocabile) bilanciamento con l'altra *ratio* sottesa al principio del *ne bis in idem* – quella di assicurare la pace sociale evitando una sostanziale impunità dell'autore dell'illecito – (ed eventualmente con altri interessi generali

procedimenti *in idem* formalmente amministrativi ma al cui esito si comminino sanzioni di natura sostanzialmente penale) cfr. F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e* ne bis in idem*: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, p. 219 ss.; ID., *Sanzione penale, sanzione amministrativa* e ne bis in idem, in *Libro dell'anno del Diritto*, 2015.

[77] Nelle citate sentenze 20 maggio 2014, *Nykänen c. Finlandia* e 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Svezia*.

dell'Unione che potrebbero venire in rilievo in relazione all'illecito volta a volta contestato[78]). E la Corte di giustizia potrebbe fondare oggi siffatto diverso bilanciamento sull'art. 52, par. 1, Carta (richiamato dalle stesse Spiegazioni, *sub* art. 50), eventualmente in combinato disposto con l'art. 53 Carta (nell'interpretazione ad esso fornita dalla giurisprudenza *Melloni*, applicata, *mutatis mutandis*, ai rapporti tra diritto dell'Unione e previsioni CEDU[79]); o comunque in uno con quanto disposto dalle Spiegazioni della Carta *sub* art. 52, par. 3, che specificano che la clausola di omogeneità non deve pregiudicare l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte di giustizia. Post (eventuale) adesione, ci si potrebbe quindi chiedere se tale diversa ponderazione degli interessi in gioco potrebbe essere giustificata sul margine di apprezzamento di cui anche la Corte di giustizia dovrebbe poter godere al pari degli Stati contraenti la CEDU (anche se certo l'ultima parola sul rispetto di tale margine la avrebbe comunque la Corte di Strasburgo)[80].

Ci si potrebbe poi interrogare sull'opportunità di un adeguamento da parte della Corte di giustizia – sempre in virtù della menzionata clausola di omogeneità – alla giurisprudenza CEDU che impone l'obbligo di motivazione del mancato rinvio pregiudiziale da parte del giudice di ultima istanza, sanzionandone il mancato rispetto in quanto violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU, che sancisce il principio dell'equo processo[81]. A meno

[78] Si pensi, ad esempio, alla frode in materia di IVA (rilevante nei tre casi pendenti dinanzi alla Corte di giustizia) e all'esigenza di assicurarne sempre una repressione efficace *ex* art. 325 TFUE, specie alla luce di quanto da ultimo chiarito dalla Corte di giustizia nel caso *Taricco e a.* (cfr. sentenza 8 settembre 2015, causa C-105/14).

[79] E dunque a garanzia della *primauté* del diritto dell'Unione: cfr. Corte giust. 26 febbraio 2013, causa C-399/11. Per un commento a tale pronuncia sia consentito rinviare a C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali?*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 luglio 2013, ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

[80] Sulla possibilità che il giudice dell'Unione mantenga ferma la propria giurisprudenza sul principio del *ne bis in idem* in funzione conservativa dell'ordinamento dell'Unione, fondando il proprio ragionamento, anziché sulla Carta (e dunque sulla lettura del suo art. 50 in combinato disposto con il richiamato art. 52, parr. 1 e 3, ed eventualmente anche alla luce dell'art. 53 Carta), sul corrispondente principio generale, v. *infra*, § 15. A favore di un'interpretazione dell'art. 50 Carta non necessariamente coincidente con quella data al principio del *ne bis in idem* dalla Corte EDU in considerazione del fatto che l'art. 4 protocollo n. 7 CEDU, che lo sancisce, non vincola tutti gli Stati dell'Unione cfr. le citate conclusioni dell'avvocato generale Cruz Villalón del 12 giugno 2012, causa C-617/10, *Akerberg Fransson*.

[81] Cfr. sentenze 8 aprile 2014, *Dhabi c. Italia* e 21 luglio 2015, *Schipani e a. c. Italia*; e già 20 settembre 2011, *Ullens de Schooten e Rezabek c. Belgio* e 10 aprile 2012, *Vergauwen c. Belgio*.

di ritenere che le due giurisprudenze siano già allineate: ciò, in base alla giurisprudenza della Corte di giustizia nei casi *Köbler*, *Traghetti del Mediterraneo* e *Commissione c. Italia*[82], alla luce della quale la violazione dell'obbligo in parola da parte del giudice "avverso le cui decisioni non è proponibile un ricorso giurisdizionale di diritto interno" potrebbe considerarsi, di fatto, già censurata (*rectius* censurabile, seppur con un meccanismo di *private* anziché di *public enforcement*) anche nel diritto dell'Unione – e, dunque, imposta anche da tale ordinamento – poiché, come noto, il mancato rinvio pregiudiziale nei casi menzionati, non adeguatamente giustificato in base alla giurisprudenza *Cilfit*[83], può fondare un'azione di responsabilità contro lo Stato per violazione del diritto dell'Unione.

Ancora, e naturalmente senza alcuna pretesa di esaustività, un arricchimento della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione si potrebbe avere, ad esempio, mediante l'applicazione dei principi del giusto processo e della tutela giurisdizionale effettiva, di cui all'art. 47 Carta, anche ai procedimenti fiscali, andando oltre quanto ga-

[82] Cfr., rispettivamente, sentenza 30 settembre 2003, causa C-224/01, sentenza 13 giugno 2006, causa C-173/03 e sentenza 24 novembre 2011, causa C-379/10.

[83] Cfr. sentenza 6 ottobre 1982, causa 283/81, secondo cui viene meno l'obbligo di rinvio pregiudiziale fissato dall'art. 267 TFUE in capo ai "giudici di ultima istanza" (*i*) se lo stesso dubbio interpretativo è già stato risolto dalla Corte in una precedente pronuncia, (*ii*) se esiste una giurisprudenza consolidata in materia o, (*iii*) se l'interpretazione dell'atto controverso non dà, in realtà, adito ad alcun ragionevole dubbio (c.d. teoria dell'atto chiaro). Tale giurisprudenza sembra parzialmente attenuata nella recente sentenza 9 settembre 2015, cause riunite C-72/14 e C-197/14, *X e a*., dove la Corte di giustizia ha affermato che l'art. 267, «terzo comma, TFUE deve essere interpretato nel senso che un *giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno*, quale il giudice del rinvio, *non è tenuto ad adire la Corte di giustizia dell'Unione europea per il solo motivo che un giudice nazionale di grado inferiore abbia posto, in riferimento ad una causa simile a quella dinanzi ad esso pendente e vertente esattamente sulla medesima problematica, una questione pregiudiziale* alla Corte di giustizia dell'Unione europea *né ad attendere la risposta* a tale questione» (corsivi aggiunti). Solo la futura prassi della Corte potrà confermare se si è trattato – come si auspica – di un *unicum*, o se invece verrà consolidata questa nuova lettura "affievolita" della giurisprudenza *Cilfit*. L'auspicio nel senso della conferma della giurisprudenza consolidata è dettato dal fatto che la nuova lettura proposta dalla Corte di giustizia rischia di aumentare il contenzioso relativo alla responsabilità dello Stato per fatto del giudice: se, infatti, il giudice di ultima istanza, senza attendere la sentenza della Corte di giustizia, si pronunciasse in modo difforme da quanto poi da quest'ultima sancito, pare abbastanza evidente che il soggetto pregiudicato dalla decisione del giudice nazionale di ultimo grado intenterebbe un'azione siffatta per ottenere il risarcimento del danno subito (che avrebbe potuto evitarsi mediante un rinvio alla Corte di giustizia, anche da parte del giudice di ultima istanza o, comunque, se quest'ultimo avesse atteso la decisione del giudice dell'Unione già investito della questione pregiudiziale controversa).

rantito dalla giurisprudenza CEDU che dispone l'operatività dei corrispondenti art. 6 e art. 13 CEDU solo nell'ambito di procedimenti di natura civile e penale[84].

(II) 10. *Il ruolo dei principi generali di diritto "accanto alla" ed "oltre la" Carta*

Passando ora alla seconda parte del lavoro, ci si concentrerà, come anticipato (*supra*, § 3), sull'esame dell'attuale ruolo dei principi generali di diritto non come fonte fungibile ed alternativa alla Carta, ma come fonte dotata di rilevanza (anche) autonoma, e quindi svincolata da quella della Carta, proprio in virtù di quanto sancito dall'art. 6, par. 3, TUE.

Di tale "vita giuridica" (anche) propria dei principi generali sono individuabili cinque diverse manifestazioni, sviluppandosi essa talora accanto alla Carta, in funzione complementare, per supplire alla sua inapplicabilità *ratione temporis* (§ 11) o ad alcune sue lacune (reali o presunte) dal punto di vista dell'operatività *ratione personae* (§§ 12 e 13); talvolta invece oltre la Carta, in funzione integrativa dell'ordinamento giuridico dell'Unione (§ 14) oppure conservativa del suo *acquis* (§ 15).

Come si avrà modo di meglio precisare analizzando le singole funzioni dei principi generali, soltanto rispetto ai casi in cui essi svolgono una funzione suppletiva paiono opportune, per non dire doverose (al fine di assicurare coerenza ed uniformità del sistema) un'interpretazione e un'evoluzione interpretativa comunque parallele delle due fonti (o delle norme di diritto derivato alla luce di tali parametri di riferimento); laddove, invece, i principi generali spiegano una funzione integrativa o conservativa, la loro interpretazione è aggiuntiva rispetto a quanto desumibile dalla Carta o diversa rispetto a quella della corrispondente previsione scritta, con "evoluzione" interpretativa ed applicativa pertanto della fonte non scritta e di quella scritta secondo due differenti "velocità".

[84] Cfr., per tutte, le sentenze della Grande Chambre del 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*, par. 29, e del 12 luglio 2001, *Ferrazzini c. Italia*, par. 29, dove si evidenzia come l'art. 6 CEDU non si applica alla materia fiscale, a meno che non si tratti di sanzioni fiscali con carattere intrinsecamente penale.

11. *L'operatività dei principi generali quando la Carta non è applicabile* ratione temporis

La prima ipotesi in cui i principi generali svolgono una funzione indispensabile neppure, a dire il vero, accanto alla Carta, ma sostanzialmente al posto di essa – al pari di quanto accadeva prima che essa divenisse vincolante – si configura quando quest'ultima non è (ancora) operativa *ratione temporis*. Benché infatti abbia acquisito carattere cogente con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, se la fattispecie oggetto di valutazione da parte del giudice dell'Unione si colloca temporalmente prima di tale data, ovvero prima del 1° dicembre 2009, la Carta non può trovare applicazione e la questione al vaglio della Corte di giustizia non può che essere risolta utilizzando come parametro di legittimità e/o interpretazione i principi generali di diritto[85]. Diversamente, se il giudice di Lussemburgo è chiamato a verificare la legittimità di un atto dell'Unione o la sostanziale compatibilità di una normativa nazionale pur elaborati prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, ma ancora vigenti nel momento in cui esso deve pronunciarsi: in questi casi, infatti, anche la Carta può (*rectius*, deve) servire da parametro di costituzionalità ed il principio generale ricopre il ruolo fungibile della, e complementare alla, fonte scritta di tutela dei diritti fondamentali esaminato nella prima parte del lavoro[86].

Le situazioni di inapplicabilità *ratione temporis* della Carta si verificano, evidentemente, soprattutto nei primi anni di vigenza del trattato di Lisbona, dal momento che più ci si allontana dalla data di sua entrata in vigore, meno frequenti saranno le fattispecie, sottoposte all'attenzione della Corte di giustizia, collocate temporalmente prima del 1° dicembre 2009 e quindi "soggette" ai soli principi generali e non anche alla Carta. Si tratta, dunque, di ipotesi destinate "ad esaurirsi"; e la funzione in esame dei principi generali è pertanto "transitoria", per colmare il vuoto dato dalla temporanea inoperatività *ratione temporis* della Carta.

[85] Cfr., per tutte, le citate sentenze 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Kücükdeveci*; 10 maggio 2011, C-147/08, *Römer*; 24 gennaio 2012, causa C-282/10, *Dominguez*; 12 dicembre 2013, causa C-267/12, *Hay*; 3 luglio 2014, cause riunite C-129/13 e C-130/13, *Kamino International Logistics e a.* Se la Carta effettivamente riafferma i principi generali di diritto (come essa stessa dichiara) si potrebbe avere qualche perplessità sulla limitazione temporale della sua operatività. Vero è, tuttavia, che acquisendo essa carattere giuridico vincolante soltanto con il trattato di Lisbona, formalmente l'impostazione seguita dalla Corte di giustizia è la sola giuridicamente corretta.

[86] Cfr., ad esempio, e rispettivamente, la citata sentenza 1° marzo 2011, causa C-236/09, *Test-Achats ASBL*; e le citate sentenze 22 dicembre 2010, causa C-279/09, *DEB*; 29 luglio 2011, C-69/10, *Samba Diouf*.

Come visto, queste situazioni hanno caratterizzato, in particolare, la giurisprudenza della Corte di giustizia nei primi due anni e mezzo successivi all'entrata in vigore del trattato di Lisbona, dove essa – pur formalmente (e correttamente) richiamando anche la Carta (in quanto ormai vincolante) – ha poi basato la soluzione del caso di specie sulla sola fonte cogente al momento applicabile, ovvero i principi generali (*supra*, § 5); o, talvolta – difettando, come detto, di coerenza – ha richiamato ed utilizzato la sola fonte non scritta, senza neppure fare cenno alla Carta, ormai cogente, probabilmente ritenendo (erroneamente) superfluo menzionarla in quanto comunque non applicabile (*supra*, § 7).

Ciò che, ad ogni modo, pare opportuno evidenziare è il fatto che le eventuali applicazione ed interpretazione estensivo/evolutiva dei principi generali o delle norme di diritto derivato alla luce dei primi, che siano intervenute quando la Carta non era ancora applicabile, non precludono (ed anzi sembrano imporre) l'estensione di tale lettura alla corrispondente previsione scritta o al diritto derivato alla luce della corrispondente norma della Carta una volta che essa sia divenuta applicabile *ratione temporis*. Altrimenti detto, la lettura che la Corte di giustizia dà ai principi generali (o al diritto derivato in base ad essi) quando la Carta non è ancora temporalmente "rilevante" deve essere la stessa lettura che si garantisce a questa fonte (o in base ad essa) nel momento in cui diventa operativa, una soluzione diversa del resto contraddicendo la stessa codificazione della fonte non scritta ad opera della Carta: se essa riafferma, come visto (*supra*, § 1), i principi generali, l'interpretazione di questi ultimi informa necessariamente di sé quella delle norme scritte che riproducono i primi.

12. *La funzione suppletiva e complementare dei principi generali nei casi in cui la Carta non può trovare applicazione* ratione personae

I principi generali sono, poi, chiamati a svolgere una funzione suppletiva rispetto alla Carta nei casi in cui le sue previsioni hanno un'applicazione circoscritta dal punto di vista soggettivo.

Ciò accade (e pare la sola ipotesi che rientra nello scenario in esame[87]) con riguardo al diritto ad una buona amministrazione, di cui all'art.

[87] Ci si potrebbe chiedere se una limitazione soggettiva analoga a quella di cui all'art. 41 Carta (su cui *infra*, nel testo) sussista anche rispetto al diritto di accesso ai documenti sancito dall'art. 42 Carta, con operatività rispetto agli Stati membri di un corrispondente principio generale che – a garanzia della trasparenza dell'attività dell'Unione

41 Carta, che – specie ai suoi parr. 1 e 2[88] – riconosce una serie di diritti ad ogni persona vincolando espressamente al soddisfacimento del correlato obbligo le sole istituzioni, organi e organismi dell'Unione e non anche gli Stati membri, quando (evidentemente) attuano il diritto dell'Unione[89].

Si tratta di una limitazione poco comprensibile, specie in considerazione di due fattori. Il primo è costituito dal fatto che le Spiegazioni della Carta, relativamente alla previsione in parola, affermano che essa è basata «sull'esistenza dell'Unione in quanto comunità di diritto, le cui caratteristiche sono state sviluppate dalla *giurisprudenza che ha consacrato segnatamente la buona amministrazione come principio generale di diritto*» (corsivo aggiunto); e si tratta, tra l'altro, di uno dei pochi casi in cui tale strumento esplicativo richiama espressamente i principi generali di diritto come fondamento della norma riprodotta nella Carta[90]. Il secondo fattore è rappresentato dalla circostanza che tra la giurisprudenza citata come "base di riferimento" del principio generale codificato nell'art. 41 Carta si rinviene anche una pronuncia della Corte che ha sancito l'operatività di tale principio rispetto agli Stati membri[91].

A fronte di tale quadro normativo – ancora una volta in contraddizione con l'esigenza di certezza sottesa all'elaborazione della Carta – e delle prime pronunce della Corte di giustizia più ambigue sull'interpre-

– li obblighi ad assicurare l'accesso ai documenti rilevanti nell'attuazione del diritto dell'Unione.

[88] I diritti riconosciuti ai singoli dai parr. 3 e 4 dell'art. 41 Carta – ovvero il diritto al risarcimento dei danni causati dalle istituzioni dell'Unione o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni e il diritto di rivolgersi alle istituzioni in una delle lingue dell'Unione e di ricevere risposta nella stessa lingua – pare naturale che trovino applicazione soltanto quando il titolare del corrispettivo obbligo sia l'amministrazione dell'Unione.

[89] Su tale limitazione "applicativa" dell'art. 41 Carta cfr., per tutti, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *The EU Charter of Fundamental Rights, Not Binding but Influential: the Example of Good Administration*, in A. ARNULL, P. EECKHOUT, T. TRIDIMAS (eds.), *Continuity and Change in EU Law. Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford, 2008, p. 157 ss.; H.C.H. HOFMANN, B.C. 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. Per un'analisi dettagliata di tale disposizione cfr. P. CRAIG, *Article 41*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, cit., p. 1069 ss.

[90] Le altre previsioni della Carta in relazione alle quali le Spiegazioni richiamano i principi generali sono l'art. 20, dedicato all'uguaglianza dinanzi alla legge, l'art. 47, sul diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, e l'art. 49, sui principi di legalità e di proporzionalità dei reati e delle pene.

[91] Si tratta della sentenza 15 ottobre 1987, causa 222/86, *Heylens*, pt. 14-15.

tazione dell'art. 41 Carta[92], parte della dottrina ha prospettato la possibilità di estenderne l'applicazione anche agli Stati membri in virtù di quanto statuito dall'art. 51, par. 1, Carta, e quindi in combinato disposto con tale norma, che vincola questi ultimi nell'attuazione del diritto dell'Unione[93].

Nelle sue più recenti pronunce, la Corte ha invece chiaramente affermato che la previsione in parola vincola soggettivamente solo l'amministrazione dell'Unione[94] e non anche gli Stati membri, senza che ciò implichi un qualsivoglia difetto di tutela, dal momento che in relazione agli Stati continua comunque ad operare il principio generale di diritto dal contenuto corrispondente a quanto sancito dall'art. 41 Carta[95].

Anche dopo tali più nette prese di posizione giurisprudenziali, non sono mancate "contestazioni" all'interpretazione della disposizione fornita dalla Corte, ritenuta eccessivamente letterale e pregiudizievole, dunque, per il singolo titolare del diritto alla buona amministrazione. In particolare, l'avvocato generale Mengozzi, nelle conclusioni alla causa *CO Sociedad de Gestion y Participación SA*[96] – riprendendo la posizione dell'avvocato generale Wathelet nelle cause in cui poi la Corte ha chiarito l'operatività dell'art. 41 per le sole istituzioni, organi e organismi

[92] Cfr., in particolare, sentenze 21 dicembre 2011, causa C-482/10, *Cicala* e 22 novembre 2012, causa C-277/11, *M.M.*, e ancora 8 maggio 2014, C-604/12, causa *H.N.*

[93] In tal senso cfr., per tutti, D.U. GALETTA, *Le champ d'application de l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne sur le droit à une bonne administration, à propos des arrêts Cicala et M*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2013, p. 77 ss., e dottrina richiamata alla nota 8.

[94] Per un'applicazione dell'art. 41 Carta alle istituzioni cfr., ad esempio, di recente, sentenza 13 novembre 2014, causa C-447/13 P, *Nencini c. Parlamento europeo*.

[95] Cfr., in particolare, sentenze 5 novembre 2014, causa C-166/13, *Mukarubega*, pt. 44-45, e 11 dicembre 2014, causa C-249/13 *Boudjlida*, pt. 33-34. Già nella sentenza 17 luglio 2014, cause riunite C-141/12 e C-372/12, *YS e a.*, la Corte ha affermato che «[d]al 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 [...]. Pertanto, il richiedente un titolo di soggiorno non può trarre dall'articolo 41, paragrafo 2, lettera b), della Carta un diritto di accesso al fascicolo nazionale relativo alla sua domanda. [...] È pur vero che il diritto a una buona amministrazione, sancito da tale disposizione, riflette un principio generale del diritto dell'Unione (sentenza H.N., C-604/12, [...] punto 49). Tuttavia, con le loro questioni nelle presenti cause, 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. [...] Di conseguenza, occorre rispondere [...] che l'articolo 41, paragrafo 2, lettera b), della Carta dev'essere interpretato nel senso che il richiedente un titolo di soggiorno non può invocare tale disposizione nei confronti delle autorità nazionali» (pt. 67-69).

[96] Cfr. conclusioni del 12 febbraio 2015, causa C-18/14.

dell'Unione[97] – nel tentativo di sollecitare un *revirement* giurisprudenziale ha sostenuto che escludere l'applicabilità dell'art. 41 agli Stati membri «porterebbe ad ammettere che il diritto al contraddittorio [di cui a tale previsione] rappresenti un'eccezione all'articolo 51 [Carta], che prevede l'applicabilità agli Stati membri di tutte le "disposizioni della Carta" quando essi attuano il diritto dell'Unione, [non essendo] coerente che la formulazione dell'articolo 41 della Carta [possa] così introdurre un'eccezione alla norma di cui all'articolo 51 della stessa, che consentirebbe pertanto agli Stati membri di non applicare un articolo della Carta anche nell'attuazione del diritto dell'Unione»[98].

In realtà, però, come detto e come lo stesso avvocato generale Mengozzi riconosce comunque alla fine del proprio ragionamento[99], se anche gli Stati membri non sono vincolati all'art. 41 Carta, neppure in combinato disposto con il suo art. 51, par. 1, essi devono ad ogni modo rispettare il corrispondente principio generale: pertanto, in virtù di siffatto vincolo, complementare a quello discendente per l'amministrazione dell'Unione dall'art. 41 Carta, non si riscontra alcuna lacuna o difetto di tutela giurisdizionale.

Ciò che conta è che alla fonte scritta e a quella non scritta sia data la stessa interpretazione, anche – se del caso – estensivo/evolutiva; e così, eventualmente, alle norme di diritto derivato alla luce dei due parametri di costituzionalità. Solo un'applicazione ed uno sviluppo ermeneutico "in parallelo" delle due fonti, infatti, sono idonei ad evitare, oltre che lacune nella tutela, anche situazioni discriminatorie, che potrebbero verificarsi invece laddove i singoli fossero più garantiti in applicazione dell'art. 41 Carta quando ad agire sono le istituzioni, gli organi o gli organismi dell'Unione, che in ipotesi di applicazione del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri, se al principio generale di diritto fosse riservata una sfera di operatività più ridotta di quella riconosciuta alla corrispondente norma scritta o viceversa. Ciò anche o proprio in considerazione del fatto che gli Stati membri sono comunque tenuti al rispetto della Carta (che riafferma i principi generali) quando si rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, come specificato dal menzionato art. 51, par. 1, e dalla giurisprudenza ad esso relativa.

[97] Cfr. le conclusioni del 25 giugno 2014, nella causa C-166/13, *Mukarubega*, e della stessa data nella causa C-249/13 *Boudjlida*.

[98] Cfr. le citate conclusioni nella causa C-18/14, pt. 48.

[99] *Ibidem*.

13. Segue: *E nei casi in cui potrebbe non trovare applicazione rispetto ad alcuni Stati membri*

Un'applicazione, interpretazione e sviluppo ermeneutico "paralleli" di previsioni della Carta e dei corrispondenti principi generali e/o del diritto derivato alla luce di tali fonti primarie dovrebbero assicurarsi anche nei casi in cui la fonte non scritta dovesse necessariamente trovare applicazione al posto di quella scritta, qualora quest'ultima si considerasse non operativa sempre da un punto di vista soggettivo, ma in questo caso con riguardo non a tutti ma soltanto ad alcuni Stati membri: quegli Stati membri che godono (*rectius*, sembrerebbero poter godere), in relazione alla Carta, di un particolare regime di *opt-out*.

Il condizionale è, tuttavia, d'obbligo, dal momento che, come subito si vedrà, non pare potersi concludere che – in virtù di quanto stabilito dal protocollo n. 30 allegato al TUE e al TFUE, relativo all'applicazione della Carta alla Polonia e al Regno Unito – tali Stati siano realmente svincolati dalle previsioni in essa contenute[100].

Nonostante la formulazione piuttosto ambigua (almeno ad una prima lettura) delle disposizioni che compongono tale protocollo, la non configurabilità di un *opt-out* rispetto alle norme della Carta è stata chiarita dal giudice dell'Unione, con riguardo al suo art. 1, par. 1[101]. Nella causa *N.S.*

[100] Qualche dubbio lo pone anche lo strumento (protocollo) con cui i due Stati membri avrebbero introdotto nell'ordinamento dell'Unione siffatta esclusione "applicativa" dei diritti e principi sanciti dalla Carta. Per alcune osservazioni in proposito cfr. M. CONDINANZI, *L'integrazione differenziata nell'ambito dell'Unione europea*, in M. VELLANO (a cura di), *Il futuro delle organizzazioni internazionali. Prospettive giuridiche*, XIX Convegno SIDI, Courmayeur, 26-28 giugno 2014, Napoli 2015, p. 405 ss., spec. p. 432 s., che rileva come possa «essere messa in dubbio la legittimità di un protocollo – e, dunque, di un accordo tra Stati membri – volto a ridurre la soglia di tutela dei diritti fondamentali, tenendo conto [...] del fatto che, nell'ambito del diritto internazionale, le riserve ai trattati sui diritti umani, come noto, sono ammesse entro limiti più angusti rispetto al regime ordinario: pur non trattandosi, nel caso di specie, di una riserva, è altresì vero che l'articolato e complesso meccanismo dei protocolli, di fatto, consegue gli stessi risultati che in altri sistemi si ottengono con le riserve» (su quest'ultimo strumento cfr., per tutti, R. BARATTA, *Gli effetti delle riserve ai trattati*, Milano, 1999), con il sostanziale mancato rispetto dei diritti fondamentali quali valori su cui si fonda l'Unione *ex* art. 2 TUE. Ancora, sulla scia della scarsa certezza del diritto cui più volte si è fatto riferimento, pare opportuno segnalare come la (eventuale) limitazione "applicativa" della Carta – come noto non allegata ai trattati, ma ivi solo richiamata – è contenuta in un protocollo allegato invece ad essi.

[101] Secondo cui «[l]a Carta non estende la competenza della Corte di giustizia o di qualunque altro organo giurisdizionale della Polonia o del Regno Unito a ritenere che le leggi, i regolamenti o le disposizioni, le pratiche o l'azione amministrativa della Polonia

e a., esso ha infatti affermato che siffatta previsione «esplicita l'art. 51 della Carta, relativo all'ambito di applicazione di quest'ultima, e non ha per oggetto di esonerare la [...] Polonia e il Regno Unito dall'obbligo di rispettare le disposizioni della Carta, né di impedire ad un giudice di uno di questi Stati membri di vigilare sull'osservanza di tali disposizioni»[102].

Relativamente al par. 2 del citato art. 1 e all'art. 2[103] non si rinvengono ancora interventi interpretativi della Corte di giustizia, ma anche rispetto ad essi sembra ragionevole la tesi, pressoché unanime in dottrina, che ne esclude l'idoneità a sottrarre i due Stati membri dagli obblighi imposti dalla Carta[104].

o del Regno Unito non siano conformi ai diritti, alle libertà e ai principi fondamentali che essa riafferma».

[102] Cfr. sentenza 21 dicembre 2011, cause riunite C-411/10 e C-493/10, *N. S. e a.*, pt. 116.

[103] Che dispongono, rispettivamente, che «[i]n particolare e per evitare dubbi, nulla nel titolo IV della Carta crea diritti azionabili dinanzi a un organo giurisdizionale applicabili alla Polonia o al Regno Unito, salvo nella misura in cui la Polonia o il Regno Unito abbiano previsto tali diritti nel rispettivo diritto interno» e che «[o]ve una disposizione della Carta faccia riferimento a leggi e pratiche nazionali, detta disposizione si applica alla Polonia o al Regno Unito soltanto nella misura in cui i diritti o i principi ivi contenuti sono riconosciuti nel diritto o nelle pratiche della Polonia o del Regno Unito».

[104] Cfr., per tutti, C. BARNARD, *The 'Opt-Out' for the UK and Poland from the Charter of Fundamental Rights: Triumph of Rhetoric over Reality?*, in S. GRILLER, J. ZILLER, *The Lisbon Treaty: EU Constitutionalism Without a Constitutional Treaty?*, Dordrecht, Heidelberg, London, New York, 2008, p. 257 ss.; S. AMADEO, *Il protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta a Polonia e Regno Unito e la tutela "asimmetrica" dei diritti fondamentali: molti problemi, qualche soluzione*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 720 ss.; L.S. ROSSI, *Les rapports entre la Charte des droits fondamentaux et le traité de Lisbonne*, cit., p. 616 ss.; A. BIONDI, *L'applicazione differenziata della Carta: vera o presunta?*, in L.S. ROSSI (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei diritti UE e standards internazionali*, XV Convegno SIDI, Bologna 10-11 giugno 2010, Napoli, 2011, p. 343 ss.; D. ANDERSON, C.C MURPHY, *The Charter of Fundamental Rights*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT, S. RIPLEY (eds.), *EU after Lisbon*, Oxford, 2012, p. 155 ss., spec. p. 166 ss.; V. BELLING, *Supranational Fundamental Rights or Primacy of Sovereignty? Legal Effects of the So-Called Opt-Out from the EU Charter of Fundamental Rights*, in *European Law Journal*, 2012, p. 251 ss.; L.F.M. BESSELINK, *The Protection of Fundamental Rights post-Lisbon. The Interaction between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights (ECHR) and National Constitutions*, FIDE, 2012, p. 1 ss. (cfr. http://www.fide2012.eu/index.php?doc_id=94); C. LADENBURGER, *Institutional Report*, cit., p. 28 ss.; G. GULIYEVA, M. WYRZYKOWSKI, *Protocol (No. 30)*, in H.-J. BLANKE, S. MANGIAMELI (eds), *The Treaty on European Union (TEU): A Commentary*, cit., p. 1737 ss. (anche per numerosi riferimenti bibliografici); S. THIERY, *La difficile conciliation de la différenciation et de la protection des droits fondamentaux en droit de l'Union européenne*, in *Annuaire de droit européen,* 2013, p. 123 ss.; A. ARNULL, *Protocol (No 30) on the Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union to Po-*

Il protocollo in esame altro non pare, in effetti, che un «chef d'œuvre de contorsion juridique»[105], uno strumento giuridicamente inoffensivo[106], poiché si limita a ribadire quanto già desumibile dall'art. 6, par. 1, TUE e dall'art. 51, par. 1, Carta, ovvero il fatto che Polonia e Regno Unito (al pari di tutti gli altri Stati membri dell'Unione) sono vincolati a quest'ultima alle condizioni che essa stessa prevede[107]. Tale soluzione interpretativa sembra, del resto, trovare conferma anche nelle posizioni ufficiali dei governi dei due Stati, che hanno ripetutamente dichiarato che il protocollo n. 30 è una sorta di *escamotage* politico (ovvero sostanzialmente elaborato per finalità di consenso politico interno), del tutto irrilevante sul piano giuridico[108]. E tale irrilevanza giuridica del protocollo in esame potrebbe considerarsi testimoniata anche dal ritiro della richiesta della Repubblica ceca di aderirvi (se esso non garantisce un regime di *opt-out*, i suoi effetti sono neutralizzati e non vi è, dunque, alcuna utilità pratica a vincolarvisi)[109].

land and the United Kingdom, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, cit., p. 1595 ss.

[105] Tale espressione è di A. BERRAMDANE, *Considérations sur la perspective de protection des droit fondamentaux dans l'Union européenne*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2009, p. 441, spec. p. 447.

[106] In tal senso cfr. S. THIERY, *La difficile conciliation de la différenciation et de la protection des droits fondamentaux*, cit., p. 131 ss. Con riferimento specifico all'art. 1, par. 1, del protocollo n. 30 si esprime negli stessi termini C. BARNARD, *The 'Opt-Out' for the UK and Poland from the Charter of Fundamental Rights*, cit.

[107] Anche la Corte di giustizia, nella citata sentenza *N.S. e a*. (pt. 119) – richiamando le conclusioni dell'avvocato generale Trstenjak del 22 settembre 2011, nella causa C-411/10 – evidenzia come lo stesso preambolo del protocollo n. 30, specie ai suoi considerando nn. 3 e 6, confermi che esso non introduce un regime di *opt-out*, stabilendo (*i*) che anche gli organi giurisdizionali di Polonia e Regno Unito devono interpretare ed applicare la Carta in conformità a quanto disposto dall'art. 6 TUE e (*ii*) che essa non fa che ribadire i diritti, le libertà e i principi riconosciuti nell'Unione, rendendoli più visibili, ma senza creare nuovi diritti o principi.

[108] Cfr. le posizioni e dichiarazioni dei governi dei due Stati membri riportate, in particolare, da A. ARNULL, *Protocol (No 30) on the Application of the Charter of Fundamental Rights*, cit., e da G. GULIYEVA, M. WYRZYKOWSKI, *Protocol (No. 30)*, cit., che evidenziano anche come essi siano stati spinti all'elaborazione del protocollo per ragioni opposte, la Polonia temendo un abbassamento del livello di tutela (specie) dei diritti sociali garantiti dalla legislazione nazionale, il Regno Unito, invece, un suo innalzamento.

[109] La Repubblica ceca, autrice della dichiarazione finale n. 53 sulla Carta dei diritti fondamentali, il 5 settembre 2011 sottopose infatti al Consiglio una proposta di modifica dei trattati *ex* art. 48, par. 2, TUE finalizzata ad estendere, nei suoi confronti, il presunto *opt out* relativo alla Carta (cfr. la decisione del Consiglio europeo, del 18 giugno 2013, relativa all'esame, da parte di una conferenza dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, della modifica dei trattati proposta dal governo ceco sotto forma di protocollo sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla Repubblica

Ad ogni modo, se anche la Corte di giustizia dovesse accogliere, in relazione alle due previsioni del protocollo ad oggi non ancora sottoposte al suo vaglio, o anche solo rispetto alla prima delle due[110], un'opzione ermeneutica diversa da quella qui prospettata, ritenendo quindi che almeno le disposizioni di cui al titolo IV della Carta (richiamato dall'art. 1, par. 2, del protocollo), in tema di «Solidarietà», non vincolino la Polonia e il Regno Unito[111], i due Stati, come anticipato, non potrebbero comunque sottrarsi al rispetto dei corrispondenti principi generali[112]. E questa impostazione – con la fonte non scritta che interviene in funzione suppletiva di, e complementare a quella scritta, a garanzia della coerenza dell'ordinamento dell'Unione – sarebbe del resto (la sola) idonea ad evitare, insieme, come detto, a lacune di tutela giurisdizionale, anche un

ceca, da allegare al TUE e al TFUE, senza convocazione di una convenzione, consultabile al seguente indirizzo internet http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-132-2013-INIT/it/pdf, seguita dalla raccomandazione del Consiglio al Consiglio europeo, del 25 giugno 2013, avente ad oggetto l'adozione del progetto di decisione relativa al menzionato esame). La proposta in parola è stata però ritirata nel marzo 2014, con lettera inviata dal governo ceco al Consiglio, che, di conseguenza, ha ritirato la citata raccomandazione del 25 giugno 2013 (cfr. la nota del Consiglio dell'8 aprile 2014 disponibile all'indirizzo http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8385-2014-INIT/it/pdf). Per alcune riflessioni sulla richiesta della Repubblica ceca di aderire al protocollo n. 30 e il suo successivo ritiro cfr. S. THIERY, *La difficile conciliation de la différenciation et de la protection des droits fondamentaux*, cit., p. 135 ss.

[110] La Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla portata del protocollo n. 30 anche nella causa C-396/13 *Sähköalojen ammattiliitto*, ma nella sua sentenza del 12 febbraio 2015 non ha preso espressa posizione sulla questione sottopostale dal giudice finlandese.

[111] La disposizione in questione pare comunque solo riprendere e (al più) esplicitare quanto affermato dall'art. 52, par. 5, Carta, sulla diversa rilevanza ed azionabilità di diritti e principi previsti dalla Carta, senza realmente porre Polonia e Regno Unito in una posizione diversa da quella in cui si trovano gli altri Stati membri, poiché le previsioni del titolo IV della Carta (cfr. artt. 27-38) sembrano per lo più sancire principi e non diritti e richiedere, quindi, normative nazionali di attuazione, eventualmente dopo l'intervento del legislatore dell'Unione. Naturalmente tale conclusione muterebbe se la Corte di giustizia riconoscesse ad alcune norme del titolo in parola la natura di diritti, direttamente giustiziabili (in quest'ultimo senso cfr. G. GULIYEVA, M. WYRZYKOWSKI, *Protocol (No. 30)*, cit., p. 1756). Ad oggi, rispetto alle previsioni del titolo IV della Carta, per l'esclusione dell'effetto diretto dell'art. 27 Carta (rubricato «diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa») cfr. sentenza 15 gennaio 2014, causa C-176/12, *Association de médiation sociale*.

[112] In questo senso cfr. anche la pluralità degli AA. citati *supra* alla nota 104. Per alcune pronunce della Corte di giustizia in cui espressamente si afferma, con riguardo ad alcuni dei principi codificati nel titolo IV della Carta, che sono principi generali di diritto cfr., ad esempio, sentenza 11 dicembre 2007, causa C-438/05, *Viking*, sul diritto di sciopero di cui all'art. 28 Carta (pt. 44); sentenza 15 settembre 2011, causa C-155/10, *Williams e a.*, sul diritto alle ferie annuali retribuite, di cui all'art. 31, par. 2, Carta (pt. 17).

regime di integrazione differenziata nella protezione dei diritti fondamentali, che occorre in ogni modo scongiurare[113].

14. *La funzione supplementare e integrativa dei principi generali: lo sviluppo dell'*acquis *dell'Unione*

Accanto alla funzione suppletiva e complementare dei principi generali di diritto – con loro interpretazione ed applicazione in parallelo alle corrispondenti norme della Carta – finalizzata ad assicurare coerenza e uniformità del livello di tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione, è individuabile (come anticipato *supra*, § 3 e § 10) una loro funzione supplementare rispetto al catalogo scritto di diritti: si tratta, di fatto, della funzione "tipica" dei principi generali quanto ai diritti fondamentali, che essi hanno sempre svolto, anche prima che la Carta acquisisse carattere vincolante, e che continuano a (necessariamente) svolgere – in linea di continuità con il passato – ad integrazione dell'ordinamento giuridico in esame[114]; di quella funzione che più immediatamente risulta evidente dalla lettura stessa del par. 3 dell'art. 6 TUE[115].

[113] Per un'analisi efficace delle ragioni che militano contro una "geometria variabile" nel sistema di tutela dei diritti fondamentali, cfr., per tutti, S. THIERY, *La difficile conciliation de la différenciation et de la protection des droits fondamentaux*, cit., che evidenzia come, quand'anche fosse ammissibile un vero e proprio *opt-out* dalla Carta, esso non potrebbe configurarsi rispetto ai principi generali, perché una tale ipotesi «reviendrait à admettre que des États membres puissent ne pas reconnaître la compétence de la Cour de justice de l'Union européenne» (p. 139). Si ricordi che certa dottrina (cfr., ad esempio, C. GRABENWARTER, K. PABEL, *Article 6 [Fundamental Rights – The Charter and the ECHR]*, cit., p. 340) si interroga sulla trasponibilità del ragionamento sviluppato nel testo (con i principi generali che svolgono una funzione suppletiva rispetto alla Carta) anche ai tre Stati membri (Regno Unito, Irlanda e Danimarca) che godono di un particolare regime di *opt-out* rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia in base ai protocolli nn. 21 e 22 allegati al TUE e al TFUE. Vi è però da chiedersi se, in tale caso, non si debba più correttamente ritenere che, fuoriuscendosi (per la Danimarca) o potendosi fuoriuscire (per il Regno Unito e Irlanda che non abbiano presentato dichiarazione di vincolarsi all'atto volta a volta rilevante) dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, anche i principi generali (così come la Carta) non possano venire in rilievo come parametro interpretativo e di legittimità.

[114] Su tale ruolo dei principi generali di diritto cfr., per tutti, L. DUBOUIS, *Les principes généraux du droit communautaire*, cit., p. 86 ss.; J. GERKRATH, *Les principes généraux du droit*, cit., p. 38 ss.; J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Challenges for the Protection of Fundamental Rights in the EU at the Time of the Entry into Force of the Lisbon Treaty*, in *Fordham International Law Journal*, 2011, p. 1776 ss.; L.F.M. BESSELINK, *The protection of Fundamental Rights post-Lisbon*, cit., p. 13 SS.; S. IGLESIAS SANCHEZ, *The Court and the Charter*, cit., p. 1597 ss.; C. LADENBURGER, *Institutional*

Quest'ultima previsione conferma, infatti, (*i*) l'operatività anche ancora autonoma dei principi generali, come "catalizzatori" di nuovi diritti fondamentali[116] e (*ii*) il ruolo tradizionale, e tutt'oggi essenziale, della Corte di giustizia nell'accertamento, appunto, di nuovi diritti fondamentali «in quanto principi generali di diritto»: in questo caso, diritti che non potrebbero essere rilevati neppure sfruttando l'interpretazione estensivo/evolutiva che deve essere comunque assicurata alle previsioni della Carta, intrinsecamente dotata, come visto, di potenzialità espansiva (*supra*, § 5); diritti che – per riprendere la definizione utilizzata dal Praesidium della convenzione del trattato costituzionale[117] – possono definirsi, pertanto, "addizionali" o "supplementari".

La rilevazione, applicazione ed interpretazione di tali nuovi diritti, *rectius* principi generali si realizzano, evidentemente, oltre la Carta, non essendo possibile configurare un'evoluzione parallela delle due fonti (o alla luce delle due fonti), che procedono necessariamente su binari separati, a due diverse velocità: non è infatti neppure individuabile una corrispondenza scritta del nuovo principio generale, a meno che, ovviamente, si proceda ad una revisione della Carta, inserendovi nuove previsioni riproduttive del diritto addizionale accertato dalla Corte di giustizia[118]. Qualche dubbio potrebbe forse residuare per i casi in cui quest'ultima

Report, cit.; L. WEITZEL, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, avancée ou régression?*, cit.; T. TRIDIMAS, *Fundamental Rights, General Principles of EU Law, and the Charter*, cit.; K. LENAERTS, J. A. GUTIERREZ-FONS, *The Place of the Charter in the EU Constitutional Edifice*, cit.

[115] Sull'utilità del mantenimento di tale disposizione v. già *supra*, § 3.

[116] Per tale espressione cfr. A. BERRAMDANE, *Considérations sur la perspective de protection des droit fondamentaux*, cit., p 442.

[117] Cfr., in particolare, il documento CONV 528/03 del 6 febbraio 2003. Cfr. anche i lavori in seno al Gruppo II (integrazione della Carta/adesione alla CEDU) relativi all'elaborazione del trattato costituzionale (doc. CONV 354/02 – WG II-16, Bruxelles 22 ottobre 2002, p. 9), dove – pur senza prendersi posizione sul mantenimento della disposizione concernente i principi generali di diritto nel nuovo testo pattizio, rimettendo la scelta definitiva in proposito agli Stati membri riuniti nella conferenza intergovernativa – si evidenzia la rilevanza di tale fonte in funzione integrativa dell'ordinamento dell'Unione per «rendere più completa la tutela offerta dalla Carta [chiarendo] che il diritto dell'Unione è aperto a futuri sviluppi della CEDU e delle legislazioni nazionali in materia di diritti dell'uomo».

[118] La modifica/integrazione della Carta dovrebbe presumibilmente realizzarsi seguendo il procedimento ordinario di revisione di cui all'art. 48, parr. 2-5, TUE, con intervento anche della convenzione. Sui dubbi legati alla revisione della Carta, in considerazione del suo procedimento di elaborazione e del fatto che essa, non ratificata dagli Stati membri, è solo richiamata dai trattati, ma non allegata ad essi cfr., per tutti, cfr. L. DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2008, p. 655 ss.

riempisse di contenuto un principio sancito dalla Carta, "trasformandolo" in diritto e rendendolo quindi giustiziabile in quanto ormai dotato di effetto diretto: non è infatti certo – e soltanto il giudice dell'Unione potrà risolvere il quesito – se si sarebbe in presenza di un'evoluzione dell'*acquis* dell'Unione attraverso l'individuazione (solo) di un nuovo principio generale o se, invece, si dovrebbe configurare (anche, e prima) un'interpretazione estensivo/evolutiva della Carta[119].

Ricorrendo ai principi generali in funzione integrativa, la Corte garantisce (*rectius*, continua a garantire) la natura dinamica e flessibile del processo di integrazione europea, affrontando le sfide e le complessità di un ordinamento in costante evoluzione[120], colmando eventuali lacune di tutela ed evitando la cristallizzazione del sistema di protezione dei diritti codificati nella Carta[121]. Siffatti arricchimento e completamento dell'ordinamento dell'Unione, come sistema "aperto" di protezione dei diritti fondamentali[122], si realizzano – per il tramite della Corte – anche in tempi molto più rapidi di quelli che sarebbero imposti da una revisione formale della Carta, talvolta anche accelerando i processi decisionali del legislatore dell'Unione, come ha dimostrato in particolare il ricono-

[119] Senza fornire una risposta all'interrogativo di cui nel testo, evidenzia come la Corte di giustizia, per il tramite dell'art. 6, par. 3, TUE, può certamente enucleare diritti giustiziabili anche in relazione a meri principi sanciti dalla Carta T. TRIDIMAS, *Fundamental Rights, General Principles of EU Law, and the Charter*, cit., p. 380.

[120] In tal senso cfr. H.C.H. HOFMANN, B.C. MIHAESCU, *The relation between the Charter's fundamental rights and the unwritten general principles of EU law*, cit., p. 73.

[121] Nel senso che «[s]ebbene la Carta "riafferm[i]", come si legge nel quinto punto del relativo preambolo, i diritti derivanti (anche e proprio) dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e dalla CEDU, il mantenimento di un autonomo richiamo ai "principi generali" [*ex* art. 6, par. 3, TUE] e, indirettamente, a dette tradizioni costituzionali comuni e alla CEDU, si giustifica [...] al fine di *garantire* un certo grado di *elasticità al sistema*. Si tratta, cioè, di *evitare che la Carta "cristallizzi" i diritti fondamentali, impedendo alla Corte di giustizia di individuarne di nuovi, in rapporto all'evoluzione delle fonti indirettamente richiamate*» si è espressa anche la nostra Corte cost., nella sentenza 11 marzo 2011 n. 80, *D.P.E.*, pt. 5.2. del considerato in diritto (corsivi aggiunti).

[122] Parla, espressamente, di apertura perpetua dell'ordinamento dell'Unione e di dinamismo del sistema oltre la Carta S. IGLESIAS SANCHEZ, *The Court and the Charter*, cit., p. 1597 e p. 1599. Nel senso che l'art. 6, par. 3, TUE rappresenta «une voie ouverte à la reconnaissance par la Cour de nouveaux droits» cfr. anche J.P. JACQUE, *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne après Lisbonne*, in *L'Europe des Libertés, Revue d'actualité juridique*, n. 26, p. 2 ss. Nel senso che il completamento del sistema deve essere effettuato anche assicurando la coerenza dell'ordinamento dell'Unione, essendo composto da differenti tradizioni costituzionali cfr. L.F.M. BESSELINK, *The Protection of Fundamental Rights post-Lisbon*, cit., p. 13.

scimento del principio dell'uguaglianza uomo/donna in ambito lavorativo[123], nel noto caso *Defrenne*[124].

Rispetto al passato, il ruolo creativo della Corte di giustizia *ex* art. 6, par. 3, TUE sembra oggi ridotto, non certo da un punto di vista qualitativo, ma almeno quantitativo, data la pluralità di diritti fondamentali ormai riconosciuti dall'ordinamento dell'Unione. Come in passato, tuttavia, sono riscontrabili diverse "modalità" di accertamento di tali diritti da parte della Corte, benché la previsione da ultimo menzionata, come noto, preveda espressamente come fonti di ispirazione dei principi generali solo la CEDU e le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

Prima di soffermarci su tali due fonti quali base di riferimento per la rilevazione di nuovi diritti fondamentali, si esamineranno altre tre "vie" attraverso cui il giudice di Lussemburgo può elaborare siffatti diritti in quanto principi generali.

Innanzitutto, essi potrebbero essere individuati mediante un processo di deduzione da altre norme (primarie e/o derivate) scritte, risultando in questo caso di immediata evidenza il loro carattere trasversale nell'ordinamento dell'Unione. Un'attività interpretativa/creativa di questo tipo potrebbe condurre la Corte di giustizia a sancire, ad esempio, il principio di tutela delle minoranze, sempre che non si riesca a fondare la sua esistenza già sulle previsioni di cui agli artt. 21 e 22 Carta, lette in combinato disposto con l'art. 2 TUE[125].

Nuovi diritti fondamentali in quanto principi generali potrebbero, quindi, essere enucleati dalla Corte su sollecitazione delle altre istituzioni, o degli organi e organismi dell'Unione, o desumendoli dalla prassi da essi seguita[126]. Quanto allo stimolo proveniente da altre istituzioni, si

[123] In tal senso cfr. L. DUBOUIS, *Les principes généraux du droit communautaire*, cit., p. 90. Sui principi generali di diritto come «moyen souple et rapide pour la reconnaissance continue des droits fondamentaux» cfr. anche J. GERKRATH, *Les principes généraux du droit*, cit., p. 43.

[124] Cfr. Corte giust., 8 aprile 1976, causa 43/45.

[125] Per tale esempio cfr. C. LADENBURGER, *Institutional Report*, cit., p. 5. Le richiamate disposizioni della Carta sanciscono che «[è] vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale» e che «[l]'Unione rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica». L'art. 2 TUE dispone che «[l]'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, *compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze*» (corsivo aggiunto).

[126] Molto interessante, ma non sviluppabile in questa sede, sarebbe anche l'analisi della prassi delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione relativa alla promozione

pensi, in particolare, alle continue prese di posizione del Parlamento europeo finalizzate al riconoscimento delle unioni civili, da parte del legislatore (nazionale e) dell'Unione[127]: la Corte, anche alla luce della propria giurisprudenza che assicura determinati benefici alle coppie omosessuali per evitare che siano discriminate[128] e sulla base della legislazione già vigente volta ad evitare discriminazioni sulla base dell'orien-

della tutela dei diritti fondamentali, che talora sfocia in una vera e propria estensione della loro sfera di operatività. Oltre alla prassi, certamente più nota, della Commissione (cfr., per tutte, la strategia per un'attuazione effettiva della Carta dei diritti fondamentali, COM (2010) 573 def.) e del Parlamento europeo, ma anche, ad esempio, dell'Agenzia dei diritti fondamentali, si pensi, in particolare: (*i*) al ruolo del c.d. Gruppo 29 (istituito, come organismo consultivo ed indipendente, in base all'art. 29 della direttiva 95/46/CE, cit.) che, dopo la citata pronuncia della Corte di giustizia che ha sancito l'illegittimità della direttiva 2006/24/CE (sentenza 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland e Seitlinger e a.*) e quella che ha imposto l'obbligo di deindicizzazione dei dati personali (sentenza 13 maggio 2014, C-131/12, *Google Spain*), con riferimento alla prima, ha emanato uno *Statement on the ruling of the Court of Justice of the European Union which invalidates the Data Retention Directive* (consultabile all'indirizzo internet http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp220_en.pdf, nel quale sostanzialmente affronta il problema delle conseguenze della dichiarazione di invalidità *ex tunc* della direttiva sulle normative nazionali di attuazione, e con riferimento alla seconda, ha elaborato linee guida (consultabili qui http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp225_en.pdf) per tutte le autorità garanti nazionali, al fine di una gestione dei reclami afferenti al diritto alla deindicizzazione alla luce dei principi affermati dalla Corte, di fatto arricchendo di contenuti pratici la consistenza del diritto affermato dal giudice dell'Unione; nonché (*ii*) alla prassi della BCE che ha iniziato a rendere pubbliche le minute delle sedute del Consiglio direttivo per assicurare maggiore trasparenza della propria attività, per quanto essa – *ex* art. 15, par. 3, TFUE – sia strettamente tenuta al rispetto di tale principio solo nell'esercizio delle funzioni amministrative.

[127] Cfr., tra le più rilevanti, la risoluzione del 12 marzo 2015 sulla relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2013 e sulla politica dell'Unione europea in materia, che (al pt. 162) si esprime a favore del riconoscimento delle unioni civili e del matrimonio tra persone dello stesso sesso, incoraggiando le istituzioni dell'Unione e gli Stati membri (sono diciassette quelli che hanno una legislazione in proposito) a contribuire ulteriormente alla riflessione sul tema; e già la risoluzione del 27 febbraio 2014 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea, spec. pt. 31; la risoluzione del 4 febbraio 2014 sulla tabella di marcia dell'UE contro l'omofobia e la discriminazione legata all'orientamento sessuale e all'identità di genere, spec. pt. H, iv); la risoluzione del 12 dicembre 2012 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea, spec. pt. 94; la risoluzione del 13 marzo 2012 relativa alla parità tra donne e uomini nell'Unione europea, spec. pt. 5.

[128] Cfr., ad esempio, le citate sentenze 1° aprile 2008, causa C-267/06, *Maruko*; 10 maggio 2011, C-147/08, *Romer*; 12 dicembre 2013, causa C-267/12, *Hay*.

tamento e della tendenza sessuale[129], potrebbe configurare un nuovo diritto fondamentale, consistente nel "diritto all'unione registrata" (di cui sarebbero titolari, evidentemente, anche le coppie omosessuali). La stessa rilevazione potrebbe prendere le mosse, come tra breve si dirà, anche desumendo il diritto in parola dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri ed elevandolo a principio generale di diritto: ciò anche se forse, oggi, dopo che la Corte di Strasburgo si è pronunciata espressamente sulla necessità di riconoscere legalmente le unioni di coppie omosessuali[130], la configurazione di tale nuovo diritto potrebbe doversi fondare su un'interpretazione estensivo/evolutiva dell'art. 9 Carta, letto alla luce della giurisprudenza CEDU che rileva, come noto, *ex* art. 52, par. 3, Carta. Con riguardo, invece, alla prassi delle istituzioni, la Corte potrebbe configurare, ad esempio, quale nuovo principio generale, il dovere di sollecitudine dell'amministrazione dell'Unione nei confronti dei suoi funzionari insieme con il corrispondente dovere di lealtà di questi ultimi verso il datore di lavoro. Nonostante qualche perplessità, legata in special modo al fatto che (almeno) il dovere di sollecitudine sia già un principio generale di diritto, seppur non codificato (o, forse, meglio sarebbe dire, cristallizzato) nella Carta, in base alla giurisprudenza del giudice dell'Unione esso non sembra ancora effettivamente delineabile come autonomo principio di tal fatta[131]. Non perfettamente sovrapponibile con il diritto alla buona amministrazione (dato il suo ambito di applicazione più limitato *ratione materiae* e *personae*), pur potendo considerarsi una sua specificazione, la Corte di giustizia, nel configurarlo, potrebbe anche estenderne progressivamente l'operatività a tutti i rapporti durevoli di

[129] Il riferimento è, *in primis*, alla citata direttiva 2000/78/CE, ma anche allo Statuto dei funzionari dell'Unione, che assimila a certe condizioni i benefici da assicurare al coniuge e al partner (cfr. anche l'interpretazione evolutiva di cui, ad esempio, alla sentenza 14 ottobre 2010, causa F-86/09, *W c. Commissione*, che riconosce il beneficio dell'assegno familiare ad una coppia dello stesso sesso che non poteva sposarsi nello Stato membro interessato).

[130] Censurando la mancanza di una legislazione di tale tenore nel nostro ordinamento: cfr. sentenza 21 luglio 2015, *Oliari e a. c. Italia*. Tra le più recenti e rilevanti pronunce della Corte di Strasburgo sui diritti delle coppie omosessuali cfr. quindi la sentenza 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, la sentenza 7 novembre 2013, *Vallianatos e a. c. Grecia*.

[131] Cfr., per tutti, T. LIVOLSI, *Le devoir de sollicitude*, cit., che – anche alla luce dell'analisi giurisprudenziale – conclude nel senso che il dovere di sollecitudine abbia una rilevanza non perfettamente identica a quella dei principi generali e prospetta una sorta di gerarchia all'interno di tale fonte (p. 371 e p. 376).

lavoro[132], oltre quelli di diritto pubblico, rispetto a cui oggi trova sostanzialmente applicazione[133].

Ancora, nell'attività di accertamento di nuovi diritti fondamentali il giudice di Lussemburgo potrebbe trarre spunto da fonti di diritto internazionale diverse dalla CEDU, pur essendo quest'ultima la sola, come ricordato, espressamente menzionata dall'art. 6, par. 3, TUE. Nonostante qualche dubbio sollevato sul punto in dottrina[134], siffatta modalità di rilevazione di nuovi diritti fondamentali si pone in linea di continuità con la giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia[135], ed è anche coerente con la modalità di redazione della Carta che, riaffermando i princi-

[132] Come accade nell'ordinamento tedesco, da cui presumibilmente il principio trae origine: in questo senso, e più in generale sul tema, cfr. sempre T. LIVOLSI, *Le devoir de sollicitude*, cit., e giurisprudenza ivi citata.

[133] Si noti che, se la Corte di giustizia, pur fondando l'elaborazione di nuovi diritti fondamentali anche su altri "fattori", li enucleasse anche su sollecitazione delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, o sulla base della loro prassi, si potrebbe realizzare – appunto attraverso l'opera creativa della giurisprudenza – una sorta di trasformazione della *soft law* (a cui ricondurre anche la prassi, se trova espressione in qualche documento, pur giuridicamente non vincolante) in *hard law*.

[134] Nel senso che la lettera dell'art. 6, par. 3, TUE pare vietare al giudice dell'Unione il ricorso a fonti di diritto internazionale diverse dalla CEDU per accertare nuovi diritti fondamentali cfr., ad esempio, F SUDRE, *Article I-9*, cit., p. 151. Espressamente a favore della soluzione prospettata nel testo cfr., invece, ad esempio, G. STROZZI, *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 837 ss., spec. 841; C. LADENBURGER, p. 4; A. ROSAS, *The Charter and Universal Human Rights Instruments*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, cit., p. 1685 ss., anche con analisi della giurisprudenza rilevante. Critica sullo scarso richiamo (quindi possibile) di strumenti internazionali di tutela dei diritti umani diversi dalla CEDU e della relativa giurisprudenza (nonché del diritto comparato), auspicando una maggior apertura della Corte di giustizia al loro utilizzo, cfr. G. DE BÚRCA, *After the EU Charter of Fundamental Rights*, cit.

[135] Noto è il riferimento da parte della Corte di giustizia «ai trattati cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito» (anche se – essendo stato elaborato tale approccio rispetto, di fatto, alla CEDU – ci si potrebbe chiedere se anche con riguardo ad altri trattati non sia necessario che tutti gli Stati membri vi abbiano aderito, probabilmente la Corte richiedendo l'adesione della pluralità di essi). Tra le pronunce che attribuiscono rilevanza ai fini in esame a strumenti di diritto internazionale cfr., in particolare, Corte giust., 14 maggio 1974, causa 4/73, *Nold*, cit., che richiama la dichiarazione universale dei diritti dell'uomo; 8 aprile 1976, causa 43/45, *Defrenne*, cit., che richiama la Convenzione n. 111 OIL sulla non discriminazione uomo/donna in ambito lavorativo; 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento europeo c. Consiglio*, cit., dove rileva soprattutto la convenzione sui diritti del fanciullo del 1989; 14 febbraio 2008, causa C-244/06, *Dynamic Medien*, cit., dove rileva la stessa convenzione da ultimo menzionata (pur qualificata "sui diritti dell'infanzia"); 13 aprile 2010, causa C-73/08, *Bressol*, che richiama il patto sui diritti economici, sociali e culturali.

pi generali di diritto, impiega come proprie fonti di ispirazione anche accordi internazionali diversi, appunto, dalla CEDU[136].

Quanto, poi, alle due fonti di ispirazione dei principi generali menzionate esplicitamente dall'art. 6, par. 3, TUE, ed innanzitutto con riferimento alle «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri», sembra certo che la Corte di giustizia continuerà a rilevare la "comunanza" di tali tradizioni secondo il meccanismo poco comparativo e molto creativo che ha sempre caratterizzato la sua attività di accertamento[137]. Per questa via, anche senza riscontrare un effettivo "minimo comune denominatore" nel livello di tutela di un certo diritto fondamentale da parte delle legislazioni degli Stati membri, la Corte ha così talora anche proceduto – e potrà proseguire nella stessa direzione – ad elevare a rango di principio generale l'eventuale "controlimite" (rappresentativo dell'identità costituzionale anche di un solo Stato membro)[138], trasformandolo da fattore di

[136] Oltre al preambolo della Carta, cfr. le Spiegazioni relative alla Carta, *sub* artt. 1 (che richiama la dichiarazione universale dei diritti dell'uomo), 3 (che richiama la convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina adottata nell'ambito del Consiglio d'Europa), 14 (che richiama la carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori e la carta sociale europea), 18 (che richiama la convenzione di Ginevra sui rifugiati), 19 (che richiama il patto relativo ai diritti civili e politici), 23 (che richiama la carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori), 24 (che richiama la convenzione del 1989 sui diritti del fanciullo), 25 (che richiama la carta sociale europea), 26 (che richiama la carta sociale europea e la carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori), 27-35 (che richiamano i due strumenti da ultimo menzionati).

[137] Su tale attività creativa della Corte di giustizia cfr. già F. CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, cit. Da ultimo, cfr. O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto "ascendente", ovverosia l'incidenza delle "tradizioni costituzionali comuni" nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in *Consultaonline*, 20 aprile 2015, anche per ulteriori riferimenti bibliografici. Tra i casi più noti in cui la Corte di giustizia ha dichiarato l'esistenza di un principio generale desumendolo dalle tradizioni costituzionali comuni, anche se il rilevante diritto o principio era conosciuto solo dalla normativa di un numero ridotto di Stati membri cfr. le sentenze 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e a.*; 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*; 14 settembre 2010, C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals*. Più risalenti, ma sempre con una ricostruzione sommaria del principio generale, la cui esistenza comune negli Stati membri era stata negata dagli avvocati generali, cfr., ad esempio, le sentenze 23 ottobre 1974, causa 17/74, *Transocean Marine Paint Association*, e 17 novembre 1976, causa 110/75, *Mills*.

[138] In tal senso cfr., per tutte, Corte giust., 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*. Sulla progressiva convergenza di valori ed una loro interazione virtuosa, mediante un c.d. *bottom up effect* (per cui un determinato principio viene desunto dalle tradizioni costituzionali comuni ed elevato a patrimonio costituzionale europeo) e un c.d *bottom down effect* (in base al quale la Corte di giustizia, per il tramite del principio generale, impone a tutti gli Stati membri, anche a quelli che non riconoscevano quel principio, lo stesso livello di tutela dei diritti fondamentali, influenzando il modo di essere e di operare delle

potenziale disgregazione e sfaldamento del sistema a fattore propulsivo e di arricchimento del processo di integrazione europea e di sostanziale innalzamento del livello di protezione dei diritti fondamentali all'interno dell'Unione[139].

Ci si può chiedere se, in questa attività creativa e poco comparativa, la Corte di giustizia incontri oggi un limite in quelle previsioni della Carta che rimettono la disciplina di un certo diritto o principio alle legislazioni nazionali[140]: legislazioni nazionali che, insieme con le prassi statali, devono essere tenute "in pieno conto" nell'applicazione ed interpretazione della Carta, secondo quanto disposto dal suo art. 52, par. 6. Il quesito verte, pertanto, sulla (sopravvenuta) impossibilità di rilevare ormai l'esistenza di una tradizione costituzionale "comune", innalzandola a principio generale di diritto, in base al metodo scarsamente comparativo di cui si è detto, qualora la Carta rinvii alle normative nazionali la regolamentazione specifica di un diritto o principio da essa affermato. Il nuovo principio generale così elaborato dovrebbe infatti applicarsi, essendo

legislazioni e degli organi giurisdizionali nazionali) cfr., per tutti, K. LENAERTS, J.A. GUTIERREZ-FONS, *The Role of General principles of EU Law*, in A. ARNULL, C. BARNARD, M. DOUGAN, E. SPAVENTA (eds.), *A constitutional order of States?: essays in EU law in honour of Alan Dashwood*, Oxford, 2011, p. 179-197 2011, p. 179 s. Così, prospetta, accanto ad un'interpretazione del diritto nazionale *pro communitate* da parte degli Stati membri, un'interpretazione *pro constitutione* del diritto dell'Unione da parte della Corte di giustizia R.A. GARCÍA, *The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *European Law Journal*, 2002, p. 492 ss., spec. p. 513.

[139] Per analoghe considerazioni cfr. C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Torino, 2015, p. 176; G. TESAURO, *Costa/Enel: qualche riflessione col senno di oggi*, e M. CONDINANZI, *I controlimiti come sintesi ideale tra primato da affermare e identità nazionale da rispettare*, in B. NASCIMBENE (a cura di), Costa/Enel: *Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Milano, 2015, rispettivamente, p. 55 ss., spec. p. 65, e p. 119 ss., spec. p. 123. Per la prospettazione di una "funzione positiva" dei controlimiti, finalizzata ad un "confronto dialettico" tra Corte di giustizia e corti costituzionali nazionali per l'individuazione del grado più elevato di tutela dei diritti fondamentali cfr. già A. TIZZANO, *La protection des droits fondamentaux en Europe: la Cour de justice et les juridictions constitutionnelles nationales*, in *Revue du droit de l'Union européen*, 2006, p. 9 ss., spec. p. 17.

[140] Si tratta di dieci casi, previsti dall'art. 9, sul diritto di sposarsi e di formare una famiglia; dall'art. 10, par. 2, sull'obiezione di coscienza; dall'art. 14, sull'istruzione dei figli secondo le proprie convinzioni religiose, filosofiche, pedagogiche; dall'art. 16, in tema di libertà di impresa; dall'art. 27, sul diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione; dall'art. 28, sul diritto di negoziazione e di azioni collettive; dall'art. 30, sulla tutela contro il licenziamento ingiustificato; dall'art. 34, sul diritto alle prestazioni e all'assistenza sociali e sulla lotta contro l'esclusione sociale e la povertà; dall'art. 35, in tema di protezione della salute; dall'art. 36, in tema di accesso ai servizi di interesse economico generale.

ormai diritto dell'Unione, anche a quegli Stati membri che non conoscono nella propria legislazione quel diritto/principio o che lo disciplinano in modo difforme da come risulta enucleato dalla Corte di giustizia. Se la risposta al quesito fosse affermativa e si ritenesse perciò che il giudice dell'Unione è vincolato nella propria attività interpretativa e creativa dalle menzionate previsioni della Carta, si dovrebbe concludere nel senso che l'art. 6, par. 3, TUE risulta svuotato di contenuto, quanto al richiamo alle tradizioni costituzionali comuni, in tutti i casi in cui la Carta, come detto, rimette al legislatore nazionale la scelta circa la disciplina di un determinato diritto/principio. È, tuttavia, preferibile una risposta negativa all'interrogativo, riconoscendo quindi alla Corte di giustizia piena libertà di manovra anche nelle ipotesi in esame: il rinvio operato alle legislazioni nazionali dalle previsioni "controverse" della Carta sembra, del resto, potersi considerare come rinvio alle modalità di esercizio del diritto (e all'attuazione del principio), e non al diritto (o principio) nella sua intrinseca essenza. Diversamente ragionando e dando rilevanza vincolante a tali rinvii operati dalla Carta, si impedirebbe un avanzamento del livello di protezione dei diritti all'interno dell'Unione e, lungi dal tutelare un nuovo diritto fondamentale, si assicurerebbe tutela a quegli Stati membri che quel diritto/principio negano/non riconoscono.

Uno degli esempi più lampanti di come il giudice di Lussemburgo potrebbe integrare l'*acquis* dell'Unione con l'accertamento di un nuovo principio generale concerne "il diritto alle unioni tra coppie dello stesso sesso". L'art. 9 Carta è una di quelle previsioni che, nel sancire il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, prevede che essi «sono garantiti dalle legislazioni nazionali che ne disciplinano l'esercizio». La norma, a dire il vero, sembrerebbe interpretabile anche nel senso che il diritto al matrimonio o comunque alle unioni registrate (pure tra coppie dello stesso sesso, non facendo riferimento la disposizione al sesso di coloro che hanno diritto di sposarsi e costituire una famiglia[141]) deve essere garantito dagli Stati membri, che (poi) hanno discrezionalità quanto alla deter-

[141] Diversamente dall'art. 12 CEDU. Nonostante la limitazione letterale contenuta in tale disposizione, la Corte di Strasburgo ha comunque riconosciuto il diritto alla vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU anche alle coppie omosessuali, richiamando anche l'art. 9 Carta (cfr., in particolare, le sentenze citate *supra*, in questo §, alla nota 130). Del resto, proprio a questo proposito, è stato osservato come «[l]a vita familiare […] ha una sfera di applicazione più estesa della famiglia cui fa riferimento l'art. 12, rivolgendosi a relazioni affettive che non si inquadrano in un modello familiare precostituito, ma che si fondano, e meritano protezione, in forza della loro mera esistenza fattuale. In questo senso, l'art. 8 è stato interessato da un'interpretazione evolutiva assai più marcata dell'art. 12»: cfr. A.O. Cozzi, *Art. 12*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKI (a cura di), *Commentario breve alla CEDU*, Padova, 2012, p. 450 ss., spec. p. 453.

minazione delle modalità in base a cui tali diritti possono essere esercitati. Essa, tuttavia, è stata sino ad ora interpretata nel senso che non obbliga gli Stati a riconoscere il diritto in parola, anche in virtù di quanto disposto dalle Spiegazioni che la concernono, secondo cui essa «non vieta né impone la concessione dello status matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso»[142]. Oggi sono però ormai diciassette gli Stati membri che prevedono e tutelano unioni siffatte, in numero quindi ben più elevato di quello che spesso la Corte, come detto, ha ritenuto sufficiente per riscontrare l'esistenza di una tradizione costituzionale comune. Anche in considerazione di questo dato numerico, pare più che plausibile che il giudice dell'Unione giunga a configurare il diritto alle unioni tra coppie omosessuali come nuovo principio generale. Benché, come anticipato, dopo la recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha sancito la necessità di riconoscere legalmente le unioni tra coppie dello stesso sesso[143] – rilevando come tale diritto a veder tutelata la propria unione omosessuale sia ormai disciplinato in un numero sempre maggiore di ordinamenti[144] – un intervento del tenore indicato, da parte della

[142] Per quanto sia opportuno notare che lo *status* matrimoniale è diverso dall'unione registrata ed il riconoscimento di quest'ultima non implica anche necessariamente il diritto al matrimonio. Una lettura della disposizione in esame in linea con quanto chiarito nelle Spiegazioni è stata accolta anche dalla nostra Corte cost. nella sentenza 15 aprile 2010, n. 138, *M.G. e a*., pt. 10 del considerato in diritto, dove si afferma, tra l'altro, che (anche) l'art. 9 Carta non «impone la piena equiparazione alle unioni omosessuali delle regole previste per le unioni matrimoniali tra uomo e donna».

[143] Condannando, come detto, il nostro ordinamento per la mancanza di una legislazione che riconosca queste unioni: cfr. sentenza 21 luglio 2015, *Oliari e a. c. Italia*, cit. Da ultimo, sull'*iter* relativo al disegno di legge c.d. Cirinnà volto ad introdurre in Italia una normativa a tutela delle unioni civili tra persone dello stesso sesso cfr. A. SCHILLACI, *La lotta inconclusa: il difficile cammino delle unioni civili*, reperibile all'indirizzo http://www.diritticomparati.it/2015/10/la-lotta-inconclusa-il-difficile-cammino-delle-unioni-civili.html#sthash.OqI38ZPw.dpuf, 26 ottobre 2015.

[144] Il fatto che un certo diritto sia riconosciuto in un numero elevato di Stati riduce, secondo la Corte di Strasburgo, il margine di apprezzamento di cui (anche) gli altri Paesi contraenti godono nel delimitare il riconoscimento di diritti sanciti dalla CEDU attraverso, ad esempio, il ricorso al limite dell'ordine pubblico. Un ragionamento di questo tenore è stato seguito dalla Corte EDU con riguardo, ad esempio, alla restrizione del diritto consacrato dall'art. 8 CEDU dovuta ad alcune norme di diritto canonico che in Grecia erano considerate di ordine pubblico e che avrebbero impedito il riconoscimento, in quel Paese, di un rapporto adottivo costituito all'estero tra un monaco greco e il nipote. Poiché le norme nazionali rilevanti, seppur considerate di rango costituzionale nell'ordinamento di appartenenza, non riflettevano in alcuna misura principi condivisi a livello europeo, la Corte le ha considerate inidonee a fondare, alla stregua del margine di apprezzamento che la CEDU riconosce agli Stati contraenti, una restrizione giustificata del diritto fondamentale alla vita familiare che rilevava nel caso di specie (cfr. sentenza 3 maggio

Corte di giustizia, non potrebbe probabilmente più fondarsi autonomamente sull'art. 6, par. 3, TUE, ma dovrebbe configurarsi come interpretazione estensivo/evolutiva del menzionato art. 9 Carta (volendo, in uno con l'art. 21 Carta che vieta le discriminazioni sulla base dell'orientamento sessuale), sulla base della clausola di omogeneità di cui all'art. 52, par. 3, Carta.

Infine, anche con riguardo all'elaborazione di nuovi principi generali impiegando come fonte di ispirazione la CEDU, sussiste qualche dubbio circa la reale operatività dell'art. 6, par. 3, TUE ed il margine di manovra che esso lascia alla Corte di giustizia in relazione a tale fonte. Se si parte dal presupposto che tutti i diritti previsti dalla CEDU e dai protocolli addizionali sino ad oggi elaborati possono entrare nell'ordinamento dell'Unione per il tramite della Carta e della clausola di omogeneità poc'anzi richiamata[145], la previsione in esame dovrebbe considerarsi svuotata di contenuto quanto alla possibile rilevanza delle norme CEDU ad oggi vigenti come base di riferimento per l'individuazione di nuovi principi generali (ovvero relativamente a diritti che da essa non siano ancora previsti). Nulla esclude, invece, che a fronte di nuovi diritti fondamentali sanciti da nuovi protocolli addizionali, ed in assenza (o comunque prima) di una revisione formale della Carta che li "recepisca", essi possano avere ingresso nell'Unione per il tramite della giurisprudenza della Corte di giustizia, che potrebbe configurarli, appunto, come nuovi principi generali *ex* art. 6, par. 3, TUE.

Quanto asserito pare sostenibile almeno nella misura in cui i principi generali svolgono la funzione integrativa oggetto di analisi in questo §. A diversa conclusione si può, invece, giungere se al principio generale si conferisce una funzione conservativa dell'ordinamento dell'Unione: in questo caso – che sarà esaminato nel prossimo § – anche la norma CEDU già vigente sembra, infatti, poter fare ingresso in tale ordinamento in virtù dell'opera interpretativa della Corte di giustizia *ex* art. 6, par. 3,

2011, *Negrepontis-Giannisis c. Greece*). Sulla dottrina del margine di apprezzamento cfr., per tutti, Y. ARAI-TAKAHASHI, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Antwerp, 2002; D. SPIELLMAN, *Allowing the right margin, the European Court of Human Rights and the national margin of appreciation doctrine: waiver or subsidiarity of European review?*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, v. 14, 2011/2012, p. 381 ss.

[145] Il presupposto in esame pare soddisfatto. Le sole previsioni CEDU che forse potrebbero ritenersi non riprodotte (almeno espressamente) nella Carta, ma che si potrebbero probabilmente ricondurre al e considerare "coperte" comunque dal suo art. 47, sono l'art. 1 del protocollo n. 4 che vieta l'imprigionamento per debiti, e gli artt. 2 e 3 del protocollo n. 7 che assicurano, rispettivamente, il doppio grado di giudizio in materia penale e il diritto al risarcimento in caso di errore giudiziario.

TUE (che continuerebbe pertanto ad avere una propria valenza anche rispetto alle già esistenti previsioni CEDU), anziché sulla base della Carta e della clausola di omogeneità in essa contenuta.

15. *La funzione conservativa dei principi generali a garanzia delle specificità dell'ordinamento dell'Unione*

L'ultima funzione che può riconoscersi ai principi generali di diritto è quella finalizzata ad assicurare l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione, in virtù delle specificità che lo contraddistinguono e, quindi, del suo carattere identitario, quale da ultimo ribadito dalla stessa Corte di giustizia nel menzionato parere (negativo) sull'adesione dell'Unione alla CEDU. L'opera creativa del giudice di Lussemburgo si è sempre contraddistinta, a ben vedere, in quanto diretta a garantire sì l'implementazione dell'*acquis*, ma al contempo anche il rispetto del c.d. "interesse generale dell'Unione", senza che ciò implicasse una lesione dell'essenza del diritto fondamentale volta a volta rilevante[146]. E ciò pare confermato anche dalla lettera del par. 3 dell'art. 6 (non modificata sotto il profilo in esame rispetto al corrispondente par. 2 pre-Lisbona), secondo cui i diritti fondamentali sono parte del diritto dell'Unione «in quanto principi generali», tale espressione potendo intendersi sia nel senso che essi entrano a farvi parte alla stregua di fonte primaria e parametro non scritto di legittimità ed interpretazione, sia (o anche) nel senso che, acquisendo siffatta qualifica, vi fanno ingresso (ed altrimenti non potrebbe essere) piegandosi alle specificità del sistema e perseguendo le finalità cui esso tende, in virtù di un'attività ermeneutica "autonoma" della Corte di giustizia.

Sotto quest'ultimo profilo, e con riguardo, quindi, sostanzialmente ai principi generali di nuova elaborazione, la funzione integrativa che essi svolgono (esaminata nel § precedente) può considerarsi, di regola, anche "protettiva" delle caratteristiche dell'ordinamento dell'Unione. Ciò risulta in particolar modo evidente (forse si tratta dell'impiego interpretativo più autonomo che la Corte di giustizia ha operato di siffatta categoria di fonti) con riferimento ai principi generali desunti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, nella misura in cui il giudice di Lussemburgo elevi a principio generale un valore rappresentativo

[146] Cfr., per tutte e già, sentenza 14 maggio 1974, causa 4/73, *Nold*, pt. 13-14. Anche in caso di limitazioni ai diritti fondamentali, esse devono sempre e comunque rispettare i criteri elaborati dalla Corte di giustizia, che sono oggi riprodotti nell'art. 52, par. 1, Carta: cfr., per tutte, sentenza 13 luglio 1989, causa 5/88, *Wachauf*.

dell'identità costituzionale anche di un solo Stato o di un numero ridotto di Stati membri a garanzia dell'*acquis* dell'Unione, per evitare che, nel bilanciamento di interessi contrapposti, la prevalenza debba riconoscersi al valore nazionale a scapito, appunto, dell'*acquis*, che viene invece preservato, insieme con il primato del diritto dell'Unione (arricchito dal valore nazionale divenuto principio generale).

Accanto a tale funzione, contestualmente integrativa e protettiva, pare delineabile anche una funzione dei principi generali meramente conservativa, che essi svolgono anche (o soprattutto) in relazione a diritti già esistenti nel sistema, *rectius* continuano a svolgere rispetto ai diritti già tutelati al suo interno, operando quale clausola di salvaguardia dell'ordinamento sovranazionale, come una sorta di controlimite di quest'ultimo. Un esempio relativamente recente di impiego della fonte non scritta in funzione di conservazione delle specificità dell'Unione è riscontrabile nel noto caso *Kadi*[147].

Qualche dubbio in merito all'operatività dei principi generali in chiave conservativa potrebbe oggi forse essere avanzato rispetto alle (vigenti) previsioni CEDU. Ancora in stallo il processo di adesione, se esse entrano nell'ordinamento dell'Unione per il tramite della Carta, occorre infatti che ciò avvenga nel rispetto della più volte richiamata clausola di omogeneità, per cui il livello di tutela dei diritti assicurato dalle norme CEDU (alla luce dell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo) rappresenta il *mimimun floor* di tutela (anche) per l'Unione, che essa, nell'applicazione ed interpretazione delle norme della Carta, è dunque legittimata (al più) ad ampliare, ma non a diminuire. Si potrebbe, quindi, sostenere che la Corte di giustizia è vincolata a siffatta clausola anche laddove applica ed interpreta i principi generali corrispondenti alle norme codificate nella Carta; e che pertanto, anche in tale ultimo caso, la norma CEDU che entra nell'Unione per il tramite del principio generale

[147] Cfr. Corte giust., 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi e Al Barakaat International Foundation*, cit. Chiaramente, nel senso che si ritrova la figura della «réserve de constitutionnalité» nei passaggi di tale pronuncia in cui la Corte afferma che gli obblighi derivanti dal diritto internazionale non possono arrecare pregiudizio ai principi costituzionali dell'Unione (pt. 285) e alle fondamenta stesse dell'ordine giuridico "comunitario", tra cui rientra la protezione dei diritti fondamentali (pt. 304) cfr. A. BERRAMDANE, *Considérations sur la perspective de protection des droit fondamentaux*, cit., p. 448 ss. Per la prospettazione, nella citata pronuncia, della dottrina *Solange* da parte del diritto dell'Unione rispetto a quello internazionale cfr. *amplius*, J. KOKOTT, *International Law – A Neglected "Integral" Part of the EU Legal Order? Newer Tendencies in the European Court of Justice's Case-law on the Relationship Between EU Law and Public International Law*, in V. KRONENBERGER, M.T. D'ALESSIO, V. PLACCO (sous la coordination), *De Rome à Lisbonne*, cit., p. 61 ss.

deve farvi ingresso (sempre e soltanto) secondo le stesse caratteristiche di cui gode nell'ordinamento di origine.

La dottrina ha scarsamente esplorato siffatto ruolo conservativo del principio generale, che verrebbe in concreto riempito dalla Corte di giustizia di un contenuto non perfettamente coincidente con quello che si dovrebbe assicurare alla corrispondente norma della Carta, letta alla luce di quanto disposto dal suo art. 52, par. 3. Tra coloro che hanno preso posizione sul tema, accanto a chi prospetta la tesi in esame, senza tuttavia dilungarsi sulle sue specificità e conseguenze[148], vi è chi sostiene che non sia possibile attribuire ad un principio generale che ha una corrispondenza in una norma della Carta un'interpretazione di fatto regressiva rispetto a quest'ultima[149]. C'è poi chi, nel profilare una lettura dell'art. 6, par. 3, TUE finalizzata a riconoscere una funzione conservativa ai principi generali, dichiara preferibile non approfondirla, limitandosi ad evidenziare i rischi di una siffatta impostazione e ritendendo, quindi, saggio non "sponsorizzarla"[150].

Non pare, tuttavia, incontrovertibile l'assunto per cui principio generale e corrispondente norma della Carta devono avere contenuto e portata coincidenti tra loro e (nel minimo) a quelli della norma CEDU di riferimento, o comunque quello secondo cui essi debbano garantire l'ingresso della norma CEDU nell'ordinamento dell'Unione senza in alcun modo, e almeno in minima parte, potersi svincolare dai contorni che essa ha acquisito nel sistema in cui viene elaborata e univocamente interpretata[151].

[148] Cfr., in particolare, L. DUBOUIS, *Les principes généraux du droit communautaire*, cit., p. 89.

[149] K. LENAERTS, *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, cit., p. 403, che conclude nel senso che «general principles of EU law should not apply where the corresponding provisions of the Charter offer a higher level of protection». Pare escludere la possibilità stessa di ricorrere all'art. 6, par. 3, TUE per consentire l'ingresso della CEDU nell'ordinamento dell'Unione, dovendo essa entrarvi – dopo il trattato di Lisbona – solo per il tramite della Carta, L.F.M. BESSELINK, *The Protection of Fundamental Rights post-Lisbon*, cit., p. 37.

[150] J.-C. BONICHOT, *Des rayons et des ombres: les paradoxes de l'article 6*, cit., p. 64. Non contrari alla funzione dei principi generali descritta nel testo sembrano anche G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, 6° ed., Torino, 2013, p. 235, benché poi essi si concentrino ad evidenziare come attraverso la Carta le norme CEDU devono entrare nell'Unione come interpretate e applicate nel loro sistema di appartenenza.

[151] Nel senso che «les droits consacrés par la CEDH ne peuvent être simplement copié/collés [...] dans l'ordre juridique de l'Union européenne, mais au contraire l'on doit procéder à une lecture enrichie de ces droits, à la lumière de leur interconnexion avec les autres droits établis par l'UE et de la jurisprudence qui les cordonnes les uns avec les autres»: cfr. già P. MENGOZZI, *Les caractéristiques spécifiques de l'Union européenne*

A dire il vero, già rispetto ai casi di rilevanza della Carta (e di previsione CEDU che entra nell'Unione per il suo tramite), potrebbe ritenersi ammissibile (v. *supra*, § 9) un'interpretazione non (vuol sostenersi, addirittura) contrastante, ma almeno "riduttiva" della rilevante norma CEDU, giustificabile sulla base dell'art. 52, par. 1, e dell'art. 53 Carta: ciò anche in considerazione del fatto che il giudice ultimo di tali disposizioni è comunque la Corte di giustizia, la cui autonomia (come quella del diritto dell'Unione) non deve essere pregiudicata dall'operatività della clausola di omogeneità, secondo quanto chiarito dalle Spiegazioni alla Carta, *sub* art. 52, par. 3[152].

A maggior ragione, un'interpretazione delle previsioni CEDU non in perfetta sintonia con la lettura datane dalla Corte di Strasburgo sembrerebbe plausibile se la Corte di Lussemburgo impiega, anziché la norma della Carta, il corrispondente principio generale, essendo essa in questo modo più svincolata dal tenore letterale delle clausole orizzontali della fonte scritta, *rectius* non formalmente e rigidamente sottoposta al loro rispetto e al bilanciamento dei diversi *dicta* in esse contenute.

L'esaminata funzione conservativa del principio generale non deve, quindi, intendersi come finalizzata ad un abbassamento del livello di tutela del diritto fondamentale rilevante in una determinata fattispecie, bensì (e più semplicemente) come idonea alla realizzazione di una ponderazione degli interessi in gioco diversa da quella realizzata in ambito CEDU, per tenere conto delle specificità del processo di integrazione e del menzionato interesse generale dell'Unione.

Del resto, pur trattandosi di casi limitati, è già accaduto che la giurisprudenza CEDU non sia stata pedissequamente seguita dalla Corte di giustizia o da essa sia stata applicata in modo parzialmente "riduttivo" e che, pertanto, la tutela dei diritti fondamentali dell'ordinamento dell'Unione sia stata piegata (appunto) alle esigenze proprie di quest'ultimo[153]. Ed in questa veste conservativa, ci si chiede se i principi generali

dans la perspective de son adhésion à la CEDH, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2010, p. 231 ss., spec. p. 234.

[152] In tal senso cfr., *inter alia*, F. SUDRE, *Article I-9*, cit., p. 154; S. PEERS, S. PRECHAL, *Article 52*, cit., p. 1496. Analogamente, seppur implicitamente, cfr. A. TIZZANO, *L'application de la Charte des droits fondamentaux*, cit., p. 436, che sottolinea come siano più le Corti che le Carte a "contare".

[153] Si pensi, ad esempio, alla giurisprudenza sul *ne bis in idem*, esaminata *supra*, al § 9. Ma anche alla giurisprudenza *M.S.S. c. Belgio e Grecia* della Corte europea dei diritti dell'uomo (sentenza 21 gennaio 2011) – poi "integrata" dalla più recente sentenza *Tarakhel c. Svizzera* (del 4 novembre 2014) – che (pur avendo condotto alla modifica del regolamento (CE) n. 343/2003, ad opera del regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione

potrebbero continuare ad operare anche nel caso di completamento del processo di adesione alla CEDU. Il par. 3 dell'art. 6 TUE, su cui si fonda la funzione in esame della fonte non scritta, coesiste infatti con il par. 2 della stessa disposizione che prevede siffatta adesione. E come nulla esclude una possibile "divergenza" tra Costituzioni nazionali e CEDU[154] – non sempre potrà escludersi una differenza di visioni tra Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo, al pari di quanto già, come

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 (rifusione), in *GUUE* L 180 del 29 giugno 2013, p. 31 ss.), non è stata pedissequamente recepita dalla Corte di giustizia nel citato caso *N.S. e a.*, poi ripresa e chiarita dalla sentenza 10 dicembre 2013, causa C-394/12, *Abdullahi* (in tema, per tutti, cfr. H. LABAYLE, *Droit d'asile et confiance mutuelle: regard critique sur la jurisprudence européenne*, in *Cahiers de droit européen,* 2014, p. 501 ss.; C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 701 ss.). Ancora, con riguardo al diritto della concorrenza, una qualche discrasia tra le due giurisprudenze sussisteva, in particolare, quanto al rifiuto della Corte di giustizia di ammettere che i locali commerciali beneficiassero, a certe condizioni, dell'inviolabilità del domicilio: cfr. sentenza 21 settembre 1989, cause riunite C-46/87 e C-277/88, *Hoechst c. Commissione*, con parziale ravvicinamento alla giurisprudenza CEDU con la sentenza 22 ottobre 2002, causa C-94/00, *Roquette Frères SA*). Si ricordi inoltre, come, di recente, anche la nostra Corte cost. – nella sentenza 26 marzo 2015, n. 49 – chiarendo la portata delle note sentenze gemelle, sembra aver voluto delimitare la portata della giurisprudenza CEDU nell'ordinamento statale, stabilendo che il vincolo per il giudice nazionale rispetto alle sentenze CEDU sussiste soltanto se (*i*) esso è chiamato a risolvere il caso "a valle" della pronuncia della Corte di Strasburgo; (*ii*) se rispetto al caso sottoposto alla sua attenzione rileva una giurisprudenza consolidata della Corte EDU; (*iii*) o se quest'ultima rileva una deficienza strutturale e sistematica del nostro ordinamento. Sulla pronuncia cfr. i contributi reperibili all'indirizzo internet http://www.giurcost.org/decisioni/2015/0049s-15.html. Ci si può chiedere se anche la presa di posizione del governo italiano fatta valere nel caso *Parrillo c. Italia* (peraltro rigettata dalla Corte EDU nella sentenza del 27 agosto 2015), secondo cui il rinvio alla Corte costituzionale rappresenta uno strumento da esperire per ritenere soddisfatto il requisito del previo esaurimento dei ricorsi interni prima di ricorrere alla Corte EDU, non rappresenti anch'essa un tentativo di delimitare la portata delle pronunce di tale Corte nel nostro ordinamento, assicurando una previa pronuncia della Consulta sulla legittimità di una determinata normativa prima che sulla stessa intervenga la Corte di Strasburgo.

[154] Con riguardo al nostro ordinamento, si pensi, ad esempio, (*i*) al caso delle c.d. pensioni svizzere, con la sentenza della Corte cost. 23 maggio 2008, n. 172, *Morettini*, che fu sostanzialmente "contraddetta" dalla Corte di Strasburgo nella sentenza 31 maggio 2008, *Maggio c. Italia*, successivamente, a sua volta, sconfessata dalla sentenza della Corte cost. 28 novembre 2012, n. 264, *Lorenzon*, che ha apertamente deciso di non seguire la giurisprudenza CEDU, poi incorrendo in una nuova "censura" da parte della Corte di Strasburgo nella sentenza 15 maggio 2014, *Stefanetti c. Italia*; e (*ii*) al caso sul personale A.T.A., su cui cfr. Corte cost., sentenza 26 novembre 2009, n. 311, *N.P.*, poi "censurata" dalla Corte EDU nella sentenza 7 giugno 2011, *Agrati c. Italia*.

visto, talora accaduto[155]. Benché ciò sia, evidentemente, poco auspicabile, specie in considerazione del fatto che – pur non essendo sempre e comunque automatico un controllo (ed una conseguente censura) dell'operato della Corte di Lussemburgo da parte di quella di Strasburgo, in caso di adesione, l'ultima parola sulla eventuale discrasia valutativa ed interpretativa spetterebbe ovviamente alla Corte EDU[156].

Senza dubbio, e a prescindere dall'esito del processo di adesione[157], occorre evitare un "conflitto aperto" tra le due giurisprudenze. La Corte di giustizia, pertanto, quand'anche – ritenendolo indispensabile – decidesse di ricorrere ai principi generali in funzione conservativa (o comunque di impiegare le clausole orizzontali della Carta parzialmente modifi-

[155] Sempre con lo scopo di assicurare l'interesse generale dell'Unione. Per un'ampia disamina del tema e sull'esigenza di rispettare le specificità dell'Unione anche in caso di adesione (come previsto dallo stesso protocollo n. 8 allegato al TUE e al TFUE, relativo all'art. 6, par. 2, TUE sull'adesione dell'Unione alla CEDU) cfr., per tutti, P. MENGOZZI, *Les caractéristiques spécifiques de l'Union européenne*, cit. Sull'argomento cfr. anche, *inter alia*, V. MICHEL, *L'exigence de préservation de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne dans l'adhésion à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in C. PICHERAL, L. COUTRON (sous la direction de), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2012, p. 113 ss. Evidenzia come, anche in caso di adesione, e seppur in ipotesi eccezionali, la Corte di giustizia parrebbe legittimata ad invocare i controlimiti in caso di disaccordo con la giurisprudenza della Corte EDU, A. TIZZANO, *Notes sur le rôle de la Cour de justice de l'Union européenne*, in V. KRONENBERGER, M.T. D'ALESSIO, V. PLACCO (sous la coordination), *De Rome à Lisbonne*, cit., p. 223 ss., spec. p. 240. Così, sembra quasi profilare uno scenario per cui, post adesione, la Corte di giustizia sarebbe ancora più motivata a salvaguardare l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione F. BERROD, *L'autonomie de l'Union européenne est-elle soluble dans le droits de l'homme?*, cit.

[156] Nel senso che, nello scenario post adesione, la divergenza di impostazioni tra le due Corti pare destinata a ridursi al minimo, non fosse altro perché, proprio come ricordato nel testo, la deviazione dalla giurisprudenza di Strasburgo rischierebbe di essere censurata dalla Corte EDU cfr., in particolare, L. DUBOUIS, *Les principes généraux du droit communautaire*, cit. p. 87.

[157] A favore della non adesione cfr., ad esempio, F. PICOD, *La Cour de justice a dit non à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH. Le mieux est l'ennemi du bien, selon les sages du plateau du Kirchberg*, in *Semaine du droit*, édition générale – n. 6 - 9 février 2015, p. 230 ss. Già prima del parere 2/13 cfr., in particolare, A. TIZZANO, *Il nuovo ruolo delle corti supreme nell'ordine politico e istituzionale: la Corte di giustizia dell'UE*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2012, p. 811 ss.; ID., *Notes sur le rôle de la Cour de justice de l'Union européenne*, cit. A favore del dialogo tra le due Corti, non essendo indispensabile un rapporto gerarchizzato tra di esse cfr. anche J. VERGES, *Cour européenne des droits de l'homme et Cour de justice de l'Union européenne dans la problématique d'un accord d'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme: coordination ou subordination?*, in *Europe(s), Droit(s) européen(s) – Une passion d'universitaire*, cit., p. 612 ss., spec. p. 630 ss.

cando il significato e la portata della rilevante norma CEDU che fa ingresso nell'Unione per il tramite della corrispondente norma della Carta), dovrebbe procedere con cautela, rifuggendo, appunto, lo "scontro": ciò, in particolare, per scongiurare un abbandono, da parte della Corte EDU, della teoria della presunzione di protezione equivalente di cui, come noto, alla giurisprudenza *Bosphorus*[158], che potrebbe aversi anche solo quale reazione rispetto al parere negativo sull'adesione, laddove quest'ultima Corte facesse prevalere "la ragione dell'autorità sull'autorità della ragione"[159].

Si è, tuttavia, certi che mai si giungerà a divergenze inconciliabili tra le due Corti e che quella di Lussemburgo continuerà ad esercitare il proprio ruolo di garante dei diritti fondamentali in modo più che responsabile[160]. Pertanto, se anche dovessero aversi piccole deviazioni dalla giuri-

[158] Cfr. sentenza 30 giugno 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS c. Irlanda*, come poi ripresa ed integrata nella sentenza 6 dicembre 2012, *Michaud c. Francia*. Per un'interessante ricostruzione di tale presunzione di protezione equivalente come controlimite (garanzia di costituzionalità) che il sistema CEDU pone rispetto al diritto dell'Unione cfr. A. BERRAMDANE, *Considérations sur la perspective de protection des droit fondamentaux*, cit., p. 453 ss. Sulla dottrina in esame prima e dopo l'eventuale adesione dell'Unione alla CEDU cfr., per tutti, P. DE HERT, F. KORENICA, *The Doctrine of Equivalent Protection: Its Life and Legitimacy Before and After the European Union's Accession to the European Convention on Human Rights*, in *German Law Journal*, 2012, p. 874 ss.

[159] Per tali espressione e riflessione cfr. J.S. BERGE, *Une, deux et… trois lectures: de l'avis 2/2013 (CJUE) à l'affaire Avotins*, consultabile al seguente indirizzo internet http://www.gdr-elsj.eu/2015/02/12/cooperation-judiciaire-civile/une-deux-et-trois-lectures-de-lavis-23013-ue-a-laffaire-avotins-cedh/. A fronte dell'autonomia che l'Unione vuole mantenere anche in caso di adesione alla CEDU, come confermato dal menzionato protocollo n. 8 allegato al TUE e al TFUE, nel senso che spetta anche alla Corte di Strasburgo adoperarsi per «lever ces craintes en prenant en compte, dans les solutions qu'elle adopte, cet impératif afin de permettre le développement, dans l'avenir, de relation harmonieuses et apaisées entre les deux systèmes de protection des droit fondamentaux» cfr. D. RITLENG, *De l'articulation des sistèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union. Les enseignements des arrets Åkerberg Fransson et Melloni*, in *Revue trimestrielle de droit européen,* 2013, p. 267 ss., spec. p. 292.

[160] Sul ruolo consapevole della Corte di giustizia, ricorrendo "*all'ascolto*" della giurisprudenza delle altre Corti, europea e costituzionali nazionali cfr., per tutti, A. TIZZANO, *Il nuovo ruolo delle corti supreme nell'ordine politico e istituzionale*, cit.; ID., *Notes sur le rôle de la Cour de justice de l'Union européenne*, cit. *Contra*, per un esame del ruolo della Corte di Lussemburgo rispetto alla più volte menzionata clausola di omogeneità, evidenziando come il coordinamento tra le giurisprudenze basato sulla semplice "buona volontà dei giudici" non sia sufficiente cfr., ad esempio, R. TINIÈRE, *La cohérence assurée par l'article 52§3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Le principe d'alignement sur le standard conventionnel pour les droits correspondants*, in C.

sprudenza CEDU, esse saranno transitorie e, comunque, giustificate, ragionevoli, in considerazione del fatto che anche la Corte di giustizia, ormai dalla fine degli anni '60, ha posto e sempre più pone al centro del processo di integrazione la tutela dell'individuo e dei suoi diritti fondamentali[161].

Da sempre, del resto, il dialogo tra le due Corti è stato costruttivo e proficuo, con continua osmosi di valori tra i due ordinamenti. E anche se talora sono sorte discrasie, esse sono state superate con un allineamento e raccordo progressivi, con "aggiustamenti spontanei", con una graduale convergenza verso soluzioni coerenti e armoniose nell'ordine giuridico europeo, mediante fecondazione ed arricchimento reciproci[162].

Forse, al fine di (ulteriormente) ridurre le eccezioni allo sviluppo omogeneo dell'ordine pubblico europeo, se non dovesse proficuamente concludersi il processo di adesione dell'Unione alla CEDU o comunque

PICHERAL, L. COUTRON (sous la direction de), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p. 3 ss.

[161] Tale impostazione è stata fortemente sostenuta dal giudice del Kirchberg da ultimo nel parere 2/13 sull'adesione dell'Unione alla CEDU (spec. pt. 167-169), cosa che non stupisce, dato il ruolo che esso ha sempre svolto all'interno di quell'ordinamento «di nuovo genere» (cfr. sentenza 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend & Loos*) che non potrebbe non tutelare anche i diritti dei singoli (che ne sono "soggetti" al pari di istituzioni e Stati membri). Questa centralità della posizione dell'individuo nell'ordinamento dell'Unione è stata recentemente ricordata anche dal primo vicepresidente della Commissione, Frans Timmermans, in un'audizione del 6 marzo 2015 dinanzi al Parlamento europeo, dove si è affermato che la vera finalità dell'Unione non è (più) la realizzazione del mercato interno, ma la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo (cfr. http://europe-liberte-securite-justice.org/2015/04/16/la-situation-des-droits-de-lhomme-dans-lunion-europeenne-2013-2014-le-rapport-ferrara-presente-a-la-commission-des-libertes-publiques-du-parlement-europeen-30-31-mars-2015/). Nello stesso senso sembra interpretabile il pensiero di H. VAN ROMPUY, *Affronter les crises*, in *Journal de Droit Européen*, 2014, p. 405, che evidenzia come, ormai acquisita la nozione *«espace»*, occorre sviluppare e perfezionare quella di *«foyer»*. La centralità della posizione dell'individuo nell'ordinamento trova, del resto, riscontro anche e già nell'art. 2 TUE e nel preambolo della Carta, secondo cui l'Unione «pone la persona al centro della sua azione».

[162] È noto che, come la giurisprudenza della Corte di giustizia si è progressivamente allineata a quella della Corte EDU, si è spesso assistito anche al processo inverso, per cui il giudice di Strasburgo ha fatto proprie e sviluppato opzioni interpretative suggerite dal giudice di Lussemburgo (per tutti, si pensi alla sentenza del 10 febbraio 2009, *Zolotukhin c. Russia*, che "accoglie" la nozione "sostanziale" di *idem* elaborata dal giudice dell'Unione, così innalzando anche in ambito CEDU la tutela dell'imputato). Sul tema cfr., per tutti, S. DOUGLAS-SCOTT, *A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 629 ss., nonché già F. JACOBS, *Judicial dialogue and the cross-fertilisation of legal systems: the European Court of Justice*, in *Texas International Law Journal*, 2003, p. 547 ss.

in alternativa ad essa, si potrebbe prospettare un'adesione dell'Unione al solo protocollo n. 16[163], legittimando anche la Corte di giustizia ad investire la Corte di Strasburgo della richiesta di parere preventivo, per quanto, come noto, non vincolante[164]. Anche in questo caso, ad ogni modo, ed anche qualora si continuasse a fare ricorso (alla Carta e) ai principi generali anche in funzione conservativa, non deve sorgere alcun timore di discrasie inconciliabili tra le due giurisprudenze, nella piena consapevolezza che l'obiettivo ultimo dell'Unione è comunque quello di assicurare coerenza, omogeneità e coesistenza armoniosa tra le diverse giurisprudenze e lo sviluppo del processo di integrazione verso il livello più elevato di tutela.

[163] Su tale protocollo cfr. i vari contributi in E. LAMARQUE (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 CEDU*, Torino, 2015. A fine marzo 2016, esso è stato ratificato da Albania, Finlandia, Georgia, Lituania, San Marino e Slovenia, mancando dunque il deposito di quattro strumenti di ratifica per la sua entrata in vigore (ai sensi del suo art. 8); si ricorda che l'Italia lo ha, per il momento, solo firmato, il 2 ottobre 2013. Per la situazione aggiornata di firme e ratifiche cfr. http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=214&CM=7&DF=10/10/2015&CL=ITA).

[164] Una soluzione di tale tenore, in alternativa all'adesione, era stata prospettata già da F. CAPOTORTI, *Sull'eventuale adesione delle Comunità alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1980, p. 5 ss., spec. p. 27, come soluzione più duttile rispetto ad un rinvio pregiudiziale che la Corte di giustizia avrebbe potuto sollevare dinanzi alla Corte di Strasburgo, prospettato da G. SPERDUTI, *Le rattachement des Communautés européennes à la Convention de Rome sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in *Revue du marché commun,* 1980, p. 170.

CONCLUSIONI GENERALI

Giorgio GAJA*

1. Un convegno così ricco di analisi e di spunti ricostruttivi meriterebbe qualcosa di più delle brevi conclusioni che mi sono state affidate, nelle quali mi pare difficile fare altro che esporre, con una parvenza di ordine, alcune considerazioni maturate ascoltando le relazioni e i dibattiti.

2. L'ampio ricorso a principi e a regole non scritte caratterizza tutte le materie oggetto dei nostri studi, sia pure con modalità profondamente diverse. Tale ricorso consente di integrare la normativa scritta applicabile nel diritto internazionale privato e nel diritto dell'Unione europea, mentre nel diritto internazionale il diritto non scritto costituisce tuttora la fonte principale della normativa.

3. Nel diritto internazionale privato il ruolo delle norme non scritte varia notevolmente in relazione ai vari sistemi nazionali, tuttora ispirati a propri principi e regole. Questi sono scalfiti in modo non molto significativo dalla pletora di convenzioni internazionali che disciplinano aspetti particolari.

Per gli Stati membri dell'Unione europea, lo sviluppo del diritto internazionale privato dell'Unione, con la codificazione dettagliata di settori importanti della materia, è venuto modificando radicalmente il quadro normativo. Per di più, la quasi-totalità delle norme dell'Unione nel campo del diritto internazionale privato presenta un carattere "autonomo", per utilizzare la terminologia con la quale la Corte di giustizia indica l'assenza di rinvio alla normativa nazionale al fine di precisare il contenuto delle regole del diritto dell'Unione. Il ruolo delle norme nazionali, scritte e non scritte, è pertanto diventato residuale. Si è così alterato profondamente in alcuni Stati membri l'equilibrio fra norme scritte e regole non scritte. Resta peraltro uno spazio per l'applicazione di princi-

* Giudice, Corte internazionale di giustizia; professore emerito, Università di Firenze.

pi non scritti propri del diritto dell'Unione, fra i quali emergono alcuni principi generali specificamente relativi al diritto internazionale privato.

4. Nell'ambito del diritto dell'Unione europea l'integrazione della normativa scritta con il diritto non scritto è avvenuta essenzialmente attraverso l'enunciazione di principi generali da parte della Corte di giustizia. Tale integrazione ha avuto lo scopo di completare la disciplina risultante dai Trattati istitutivi, i quali soprattutto all'origine contenevano norme aventi prevalentemente carattere settoriale. La Corte di giustizia ha cercato in questo modo di contribuire alla costruzione di un ordinamento a partire dai Trattati istitutivi.

Un certo numero dei principi non scritti enunciati dalla Corte di giustizia sono stati tratti dagli ordinamenti interni, generalmente quelli di uno Stato membro o di alcuni Stati membri. Essi sono stati modificati nella trasposizione nel diritto dell'Unione per adattarli alle esigenze di questo ordinamento. Altri principi formulati dalla Corte di giustizia sono piuttosto inerenti al sistema dell'Unione; alcuni di essi sono stati codificati successivamente attraverso l'introduzione di disposizioni nei Trattati istitutivi. Si può ricordare ad esempio l'art. 3, par. 2, TFUE, che attribuisce all'Unione la "competenza esclusiva per la conclusione di accordi internazionali allorché tale conclusione è prevista in un atto legislativo dell'Unione o è necessaria per consentirle di esercitare le sue competenze a livello interno o nella misura in cui può incidere su norme comuni o modificarne la portata". Si tratta di soluzioni che la Corte di giustizia aveva elaborato sulla base di principi non scritti.

5. Nel diritto internazionale le norme non scritte hanno sempre avuto un ruolo centrale. La Corte internazionale di giustizia si riferisce in proposito alle norme consuetudinarie, ai principi e al diritto internazionale generale, formula quest'ultima che comprende, talora accanto alle norme consuetudinarie, le norme non scritte che non hanno carattere consuetudinario.

La limitatezza della prassi relativa a molte questioni induce infatti la Corte internazionale di giustizia a non qualificare le pertinenti norme non scritte come consuetudinarie, ma piuttosto come norme di diritto internazionale generale, come è avvenuto ad esempio nella sentenza relativa alle *Cartiere* fra Uruguay e Argentina quando si è trattato di affermare l'obbligo internazionale di sottoporre a valutazione di impatto ambientale un progetto di attività che comporti il rischio di un danno transfrontaliero importante.

6. Rispetto alle norme consuetudinarie, la Corte internazionale di giustizia non si è stancata di ripetere che esse sono caratterizzate dalla presenza dei due elementi dell'*opinio juris* e dell'*usus* e che il loro accertamento presuppone la verifica dell'esistenza di entrambi questi elementi. Sulla esigenza di una verifica di tali elementi insiste anche la Commissione del diritto internazionale nel suo attuale studio sull'argomento, perseguendo in questo modo, a mio avviso, l'obiettivo di restringere il campo di applicazione delle norme non scritte nelle relazioni internazionali.

Tuttavia la Corte e gli altri tribunali internazionali raramente approfondiscono l'esame della prassi per trovare per la regola consuetudinaria un puntuale riscontro nei due elementi che pur sono definiti come necessari. Ancor meno la Corte o il tribunale forniscono una piena giustificazione dell'esistenza di norme non scritte diverse da quelle consuetudinarie. La difficoltà di accertare gli elementi rilevanti per ricostruire l'esistenza di norme internazionali consuetudinarie e la circostanza che l'indagine spesso conduce a risultati non uniformi hanno indotto gli interpreti, ed in particolare la Corte internazionale di giustizia, a fare affidamento, nella determinazione delle norme non scritte, piuttosto sulla precedente giurisprudenza internazionale oppure su testi scritti che possono valere come autorevoli rilevazioni del diritto consuetudinario. Un esempio saliente in questo senso è costituito dai numerosi riferimenti nella giurisprudenza della Corte al progetto del 2001 della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità degli Stati.

La ricostruzione delle norme non scritte da parte della Corte internazionale di giustizia e di altri tribunali internazionali orienta sovente l'atteggiamento degli Stati sugli argomenti affrontati. Quando invocano una norma internazionale, gli Stati si preoccupano di rado di dimostrarne l'esistenza sulla base degli elementi definiti come rilevanti per la loro ricostruzione. Gli Stati si affidano piuttosto ad enunciazioni che considerano autorevoli. Procedendo come gli autori di molti manuali di diritto internazionale, gli Stati tendono ad allineare le proprie opinioni relative al contenuto del diritto internazionale non scritto sulle posizioni espresse dalla giurisprudenza internazionale, sempreché le regole non scritte formulate nelle pronunce della Corte o di altro tribunale internazionale si collochino in un quadro che soddisfi le esigenze essenziali degli Stati come essi le percepiscono. L'enunciazione di una norma non scritta da parte della Corte o di un tribunale internazionale contribuisce allora a fornire una indicazione indiretta dell'atteggiamento degli Stati, sia pure formatosi successivamente alla pronuncia.

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 del 5 giugno 2015

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 nel mese di maggio 2016
presso la *Tipografia Cicchetti* - Isernia