



## Domande esame diritto Internazionale

Diritto internazionale (Università degli Studi di Perugia)



Scansiona per aprire su Studocu

## DOMANDE DIRITTO INTERNAZIONALE

### PARTE GENERALE DI DIRITTO INTERNAZIONALE PUBBLICO

- **teoria della responsabilità internazionale degli Stati per atto illecito**

L'illecito internazionale si configura come il comportamento di uno Stato (o altro soggetto di diritto internazionale) che viola una norma internazionale – sia essa consuetudinaria o convenzionale – da cui discende un obbligo giuridico a carico dello Stato stesso.

Lo Stato che viole tale norma incorre nella cosiddetta responsabilità internazionale. A quest'ultima è stato dedicato un approfondito studio da parte di vari Autori, i quali hanno contribuito ad armonizzare una materia, la cui definizione è assai complessa.

Un progetto di codificazione definitivo (**Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti illeciti internazionali**) sull'argomento ha visto la luce soltanto nel 2001. Esso si occupa, in 59 articoli, sia degli elementi che compongono l'illecito internazionale, sia delle sue conseguenze.

Le regole della responsabilità degli Stati sono vevolevoli, in linea generale, anche per le organizzazioni internazionali. A riguardo, la Commissione internazionale di Diritti Internazionali, nel 2009, ha approvato un rapporto, sottoposto all'esame dei Governi, che disciplina i rapporti tra responsabilità dell'organizzazione e responsabilità degli Stati membri. Tale rapporto, innanzitutto fissa il principio dell'autonomia della responsabilità delle organizzazioni internazionali, la quale si configura qualora l'organizzazione adotti decisioni vincolanti per lo Stato membro e comportanti atti illeciti. Ma, soprattutto, il caso di responsabilità sussidiaria dello Stato membro per un atto illecito dell'organizzazione nel caso in cui lo Stato membro abbia indotto la vittima dell'illecito a farvi affidamento

- **immunità dello Stato estero dalla giurisdizione (sentenza Corte costituzionale: diritto alla difesa CEDU e Costituzione)**

La norma sull'immunità dalla giurisdizione civile e amministrativa prevede che lo Stato non possa essere convenuto in giudizio dallo Stato territoriale. L'immunità dello Stato è invocabile anche a fronte di violazioni gravi dei diritti umani, impedendo lo svolgimento del processo. Essere immuni non vuol dire però essere al di sopra delle leggi. L'immunità risponde infatti alla logica del principio *par in parem non habet iudicium*. La commissione di un illecito internazionale, quindi anche una violazione del diritto cogente, presuppone l'insorgere della responsabilità internazionale dello Stato e le conseguenze che ne derivano. Inoltre, alla responsabilità dello Stato per gravi violazioni dei diritti umani si affianca la responsabilità penale dell'individuo[1].

L'immunità dello Stato include:

- l'immunità di giurisdizione, che permette allo Stato di evitare di essere perseguito di fronte ai tribunali di un altro Stato;
- l'immunità di esecuzione, che permette allo Stato di impedire l'esecuzione forzata dei suoi beni e averi.

Per quanto riguarda l'immunità di giurisdizione, il Tribunale federale ha adottato la distinzione tra atti dello Stato estero compiuti nell'esercizio delle prerogative del potere pubblico e atti compiuti in qualità di soggetto di diritto privato al pari di un privato. Ha stabilito che lo Stato può invocare l'immunità di giurisdizione esclusivamente per gli atti compiuti nell'esercizio delle prerogative del potere pubblico.

Per quanto concerne l'immunità di esecuzione, il Tribunale federale si è pronunciato nello stesso senso, vale a dire che non può essere invocata se non in riferimento a beni e averi dello Stato destinati a compiti rilevanti del potere pubblico. Di conseguenza, i beni e gli averi di uno Stato che sono destinati a compiti per i quali il Paese in questione agisce in qualità di soggetto di diritto privato possono essere pignorati. Si presume che alcuni beni e averi dello Stato siano d'ufficio assegnati a compiti rilevanti del potere pubblico.

Il concetto di immunità relativa dello Stato cui fa riferimento il Tribunale federale corrisponde alla giurisprudenza sviluppata dalla maggioranza degli Stati ed è considerato come derivante dal diritto internazionale consuetudinario.

Uno Stato può decidere di rinunciare alla propria immunità di giurisdizione e di esecuzione. Affinché la rinuncia all'immunità di giurisdizione o di esecuzione sia valida, lo Stato deve acconsentire espressamente a che i tribunali svizzeri possano esercitare la loro giurisdizione nel contenzioso, o che possano decidere di pignorare beni e averi utilizzati per scopi pubblici.

- **Caratteristiche dei trattati e chi può emetterli**

I trattati possono essere stipulati in forma scritta o in forma orale, senza incidere sul valore e sulla validità dell'accordo. Inoltre, essi possono essere bilaterali o multilaterali. Con bilaterale, si intende l'accordo che obbliga solo due Stati a rispettare quanto prescritto nel documento; il trattato multilaterale è, invece, un patto tra diversi Stati che si impegnano reciprocamente a rispettare gli obblighi sanciti nella convenzione.

Chi può concludere i trattati?

La Convenzione di Vienna all'articolo 7 stabilisce che i trattati possono essere conclusi dai plenipotenziari. L'individuazione degli organi competenti ad adottare, autenticare o fornire il consenso agli obblighi prescritti è regolamentata dal diritto nazionale di ciascuno Stato.

Ciononostante, la Convenzione di Vienna stabilisce alcune norme che legittimano direttamente alcuni organi dello Stato a compiere determinati atti relativi alla stipulazione dei trattati.

L'art. 7 individua due categorie di persone:

1. persone che possono esprimere la volontà dello Stato in materia di stipulazione di un trattato devono esibire i pieni poteri;
2. persone i cui pieni poteri sono previsti, a causa delle funzioni esercitate.

I pieni poteri sono previsti per 3 categorie di persone:

1. **I capi di Stato, i capi di governo e i ministri degli Affari Esteri**, che possono concludere tutti gli atti relativi alla stipulazione del trattato e manifestare la volontà dello Stato a obbligarsi;
2. **I capi di missione diplomatica**, che possono solamente adottare un testo senza poter manifestare la volontà dello Stato a obbligarsi;
3. **I rappresentanti degli Stati a una conferenza internazionale o presso un'organizzazione internazionale**, che similmente ai capi di missione diplomatica, si limitano ad atti relativi all'adozione del testo.

• **Formazione dei trattati (depositario), quali sono le fasi? (negoziazione, firma, ratifica, scambio o deposito + registrazione)**

I trattati possono essere stipulati in forma solenne o in forma semplificata.

- Forma solenne

Il processo di stipulazione dei trattati inizia con la **negoziazione**. I negoziati sono condotti dai plenipotenziari degli Stati, che devono raggiungere un accordo sul testo. Se il trattato è multilaterale, la negoziazione avviene solitamente durante una conferenza internazionale o in seno a un'organizzazione.

**L'adozione** del testo deve avvenire tramite il consenso di tutti gli Stati partecipanti, a meno che il testo non sia adottato all'interno di una conferenza internazionale: in quel caso, è necessaria la maggioranza di due terzi degli Stati presenti e votanti (art. 9 della Convenzione di Vienna).

Successivamente, il testo viene firmato. La **firma** ha lo scopo di autenticare il testo e non obbliga gli Stati a osservare il trattato, poiché ancora non entrato in vigore, ma impone l'obbligo di astenersi da atti ritenuti contrari o incompatibili con l'oggetto del documento.

La fase successiva è la **ratifica**. Essa rappresenta la volontà dello Stato di impegnarsi a rispettare quanto prescritto nel trattato. Il meccanismo di ratifica viene disciplinato dalle costituzioni dei singoli Stati.

Alla ratifica segue lo scambio delle ratifiche, in caso di trattato bilaterale. Per i trattati multilaterali si deve al contrario depositare la ratifica presso il depositario, che può essere uno Stato o un organo di un'organizzazione (per esempio, il segretario generale delle Nazioni Unite).

Nella fase di ratifica delle convenzioni multilaterali, gli Stati possono porre delle **riserve sul trattato**. Le riserve sono dichiarazioni unilaterali fatte dagli Stati con lo scopo di modificare o escludere l'effetto giuridico di alcune disposizioni del trattato nella loro applicazione nel medesimo Stato.

I trattati bilaterali entrano in vigore quando avviene lo scambio delle ratifiche; i multilaterali quando viene raggiunto un certo numero di ratifiche solitamente stabilite dal trattato stesso. Possono vincolarsi anche Stati che non hanno direttamente partecipato alla negoziazione del trattato tramite il **processo di adesione**.

- Forma semplificata

I trattati stipulati in forma semplificata seguono una procedura meno complessa, caratterizzata dalla **negoziazione**, a cui segue la **firma** da parte dei plenipotenziari. In questo caso, la firma non ha il mero scopo di autenticare il testo, ma di renderlo di fatto obbligatorio per le parti. Il trattato quindi può dirsi concluso ed entrato in vigore al momento della firma, anche se resta necessario il raggiungimento di un certo numero di firme se il trattato è multilaterale.

• **accordi di codificazione (cosa sono e funzione)**

*La codificazione: cos'è esattamente?*

Quello che rileva in questo articolo è l'importanza della codificazione nel diritto internazionale. In base all'**articolo 13, paragrafo 1, lettera (a) della Carta delle Nazioni Unite**, l'Assemblea Generale è incaricata di incoraggiare il progressivo sviluppo del diritto internazionale e la sua codificazione. Non è un caso che le Nazioni Unite abbiano dato grande impulso alla codificazione: dal 1945 ad oggi i trattati sono aumentati enormemente di numero e per disciplinare settori molto ampi.

Se però il progressivo sviluppo del diritto internazionale comprende la **redazione di norme giuridiche** in settori che non sono stati ancora regolamentati dal diritto internazionale o sufficientemente affrontati nella pratica statale, dall'altra parte la **codificazione del diritto internazionale** si riferisce alla più precisa formulazione e sistematizzazione delle norme del diritto internazionale su argomenti che sono già stati ampiamente trattati dalla prassi, dai precedenti e dalla dottrina dello Stato. Questa è una distinzione da tenere sempre a mente.

La codificazione nel diritto internazionale è fondamentale[7]: si tratta di un'operazione che consiste nell'espore in forma scritta e in maniera uniforme e sistematica le norme consuetudinarie vigenti in un determinato settore del diritto internazionale. Per sua natura infatti è facile capire una cosa basilare: la

consuetudine è fonte di norme non scritte e da qui deriva che l'accertamento da parte di un giudice[8] non è sempre facile. Avviene il contrario invece per un trattato, la cui interpretazione lascia molto meno spazio.

### I tipi di codificazione

Possiamo fare un passo in avanti per comprendere cosa sia la codificazione nel diritto internazionale.

L'esposizione in forma scritta di norme di diritto internazionale si accompagna allo sviluppo progressivo del diritto internazionale generale. Così la codificazione aiuta a:

- colmare eventuali lacune del diritto internazionale
- eliminare le contraddizioni della prassi in un settore in cui il contenuto sia incerto o confuso[9]

Generalmente si distinguono due tipi di codificazione:

- Quella **scientifica o dottrinale**. Questa indica l'esposizione delle norme generali vigenti in un determinato settore del diritto internazionale in un testo non giuridicamente vincolante predisposto da studiosi del diritto internazionale. Nella codificazione scientifica/dottrinale rientrano le opere della dottrina, cioè i testi che accertano l'esistenza ed il contenuto del diritto internazionale così come anche associazioni di studiosi della materia come ad esempio l'"*Institut de droit international*"[10] e l'"*International Law Association*"[11];
- Quella **normativa**. Questa invece indica l'esposizione delle norme generali vigenti in un determinato settore che viene effettuata in un testo giuridicamente vincolante, in quanto prodotto da una fonte di diritto in senso formale. In altre parole, sono gli accordi stessi (trattati, convenzioni, etc.) perché cristallizzano in forma scritta delle norme.

Gli effetti della codificazione

Dalla codificazione scientifica/dottrinale, in particolare dai lavori svolti dall'*International Law Commission*, possono essere elaborati dei progetti che sono successivamente trasformati in **accordi di codificazione**.

La vera e propria codificazione normativa si traduce nell'adozione di un accordo di codificazione che, in quanto tale, crea norme giuridicamente vincolanti per gli Stati parti. Questi ultimi sono vincolati a dare esecuzione al trattato, sia che esso contenga norme di vera e propria codificazione del diritto consuetudinario vigente, sia che esso contenga invece (anche) norme di sviluppo progressivo del diritto internazionale. Un accordo di codificazione può avere (proprio perché si propone di codificare e di sviluppare il diritto internazionale consuetudinario) un'importanza non secondaria sotto due aspetti:

- Sia allo scopo di accertare il contenuto di una norma vigente nel diritto internazionale generale,
- Sia allo scopo di influenzare l'evoluzione del diritto internazionale vigente.

Per questi motivi, si possono distinguere tre possibili effetti di un accordo di comunicazione sul diritto consuetudinario generale.

1. L'effetto dichiarativo: questo si produce quando l'accordo si limita a dare forma scritta a norme già vigenti nel diritto internazionale consuetudinario, a fare, cioè opera di codificazione in senso stretto.
2. L'effetto di cristallizzazione: questo si produce quando l'accordo dà forma scritta a norme che sono in corso di formazione del diritto internazionale consuetudinario, costituendo, in un certo senso, il coronamento del processo consuetudinario: la stipulazione dell'accordo evidenzia la generalizzazione della prassi, e/o la realizzazione nell'insieme della società internazionale di una corrispondente opinio juris.
3. L'effetto creativo: questo può prodursi quando l'accordo innova rispetto al diritto consuetudinario vigente, facendo opera di sviluppo progressivo del diritto internazionale generale anziché di codificazione in senso stretto. Qui un elemento fondamentale ai fini dell'innovazione è il numero degli Stati parti di un accordo.

È chiaro quindi che è necessario molto tempo perché il diritto internazionale possa assumere il tratto della completezza. E non è detto che questo avvenga nonostante i lavori di gruppi di eccellenti studiosi.

### • ruolo dell'individuo nel DI (è un soggetto? Sottoposizione a giudizio della CPD)

Nel diritto internazionale, il tema della condizione giuridica dell'individuo è discusso soprattutto in relazione alla tutela internazionale dei diritti umani. Ci si interroga, in particolare, se le norme consuetudinarie e pattizie in materia abbiano come destinatari, oltre ai soggetti 'classici' (Stati, organizzazioni internazionali), anche gli individui.

Una parte della dottrina riconosce all'individuo una personalità internazionale, seppure limitata, derivante dalla circostanza che le convenzioni sui diritti umani lo rendono destinatario delle norme in esse contenute (per es., i patti dell'ONU sui diritti civili e politici e sui diritti economici sociali e culturali, o la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali) e contemplano il suo potere di azione (diritto di ricorso individuale) di fronte a organi internazionali (Corte europea dei diritti dell'uomo, Commissione inter-americana, Comitato sui diritti umani e altri organi quasi-giurisdizionali).

Altra parte della dottrina continua invece a ritenere che tutte le norme del diritto internazionale, comprese quelle relative alla protezione dei diritti umani, possano avere effetto nei confronti degli individui solo per il tramite della legislazione statale, adottata per conformare il diritto interno agli obblighi internazionali dello Stato (Adattamento del diritto interno al diritto internazionale).

La responsabilità degli individui per crimini internazionali. - Il tema della soggettività internazionale degli individui si intreccia, con quello della responsabilità penale dell'individuo-organo che commette un crimine contro la pace, contro l'umanità o un crimine di guerra. In alcuni casi, le norme in tema di crimini

internazionali (per esempio, gli statuti dei tribunali penali internazionali e quello della Corte penale internazionale) si indirizzano direttamente agli autori di tali crimini, rafforzando l'opinione circa l'esistenza di una limitata soggettività internazionale degli individui, quali destinatari di alcune norme del diritto internazionale.

• **adattamento del diritto interno al diritto consuetudinario (automatico)**

Indipendentemente dalla posizione assunta nei confronti del rapporto tra diritto interno e diritto internazionale, la dottrina ammette la necessità che il diritto statale si adegui ai comandi della normativa internazionale. Ciò in quanto le norme a carattere internazionale hanno come destinatari gli Stati, e non i soggetti di diritto interno. Di conseguenza, le stesse non possono imporre agli organi dello Stato il rispetto delle disposizioni in esse previste nei confronti dei soggetti degli ordinamenti nazionali.

Per le fonti internazionali destinate a trovare applicazione all'interno degli Stati si pone, dunque, il problema di garantire l'adempimento dell'obbligo a carico degli Stati di rispettare il diritto internazionale, generalmente previsto a livello di diritto interno.

Diversamente da quanto avviene per gli Stati, per i quali le norme internazionali hanno natura giuridicamente vincolante, all'interno degli ordinamenti statali – nell'ambito dei rapporti tra i soggetti di diritto interno – le stesse assumono la natura di meri fatti giuridici. Affinché dette fonti possano disciplinare i rapporti da ultimo menzionati ed essere, conseguentemente, applicate nell'ambito delle giurisdizioni nazionali è necessario che le norme internazionali siano trasformate in norme interne (cioè immesse nell'ordinamento nazionale).

Detta trasformazione è necessaria in tutti quegli ordinamenti statali (come il nostro) caratterizzati da un rapporto di dipendenza "tendenzialmente totale del giudice alla legge". In tali ordinamenti "l'osservanza del diritto internazionale non potrà aver luogo che per il tramite legislativo in quanto il diritto internazionale come tale sarà fuori dell'orizzonte del giudice (sarà un fatto)".

**I PROCEDIMENTI DI ADATTAMENTO AL DIRITTO INTERNAZIONALE.**

Costituendo un'attività meramente interna, il procedimento di adattamento del diritto statale al diritto internazionale è disciplinato a livello nazionale, secondo scelte che confluiscono, generalmente, in modelli simili in base alla matrice giuridica dei diversi Stati.

Per quanto riguarda le norme internazionali non self-executing, che non contengono tutti gli elementi necessari per trovare applicazione all'interno degli Stati, le stesse devono essere necessariamente integrate mediante una normativa di diritto nazionale che le renda applicabili in sede nazionale.

Diversamente, per le norme internazionali self-executing (complete) non è tecnicamente necessaria una normativa di diritto interno che ne riproduca di volta in volta il contenuto, essendo sufficiente un mero rinvio una tantum da parte di una norma nazionale per garantire la piena corrispondenza del diritto nazionale alle modifiche intervenute a livello di ordinamento internazionale. Tale norma di rinvio, chiamata trasformatore permanente, integra il procedimento di adattamento automatico del diritto interno al diritto internazionale. La norma in questione, tranne alcune eccezioni, viene generalmente contenuta nelle costituzioni di gran parte degli ordinamenti giuridici statali.

**L'ADATTAMENTO AL DIRITTO CONSUETUDINARIO.**

Il procedimento di adattamento automatico è generalmente riconosciuto dalla dottrina dei diversi paesi europei in relazione alle norme di diritto consuetudinario.

Con riferimento alla costituzione italiana, l'art. 10, comma 1, innanzi richiamato sancisce che "L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute". La disposizione in questione produce automaticamente nell'ordinamento italiano tutte le norme di diritto interno necessarie per adattare l'ordinamento nazionale a quello internazionale consuetudinario, senza alcun bisogno dell'adozione di altre disposizioni nazionali successive e garantendo l'immediata corrispondenza del diritto interno alle modifiche del diritto consuetudinario intervenute nel tempo.

Per quanto riguarda il rango assunto dal diritto internazionale generale così trasformato nell'ordinamento giuridico nazionale, esso sarà quello proprio delle disposizioni costituzionali, dunque tale diritto sarà gerarchicamente superiore alle leggi.

In ordine al problema del contrasto tra norme costituzionali e diritto internazionale generale, secondo l'interpretazione della Corte costituzionale essendo la normativa di pari rango, tale problema deve essere risolto mediante l'applicazione del principio della successione delle leggi nel tempo (lex posterior derogat priori) e di quello di specialità, connesso alla differenza tra disposizioni costituzionali ordinarie e fondamentali. Queste ultime, in quanto concernenti valori fondamentali dell'ordinamento costituzionale, hanno un carattere di specialità e, dunque, di superiorità rispetto al diritto internazionale consuetudinario. Le stesse non possono, quindi, essere derogate da norme di diritto internazionale generale.

• **valore delle sentenze della CIG (vincolano gli Stati che hanno accettato la sua giurisdizione? Contromisure)**

La Corte Internazionale di Giustizia (CIG) Massimo organo giurisdizionale delle Nazioni Unite (art. 7 e art. 92 della Carta dell'ONU) chiamato a risolvere le controversie tra Stati (competenza contenziosa) o a formulare pareri su richiesta degli organi autorizzati (competenza consultiva). Le sue funzioni sono regolate da uno statuto annesso alla Carta. Tutti gli Stati membri dell'ONU sono automaticamente aderenti allo statuto della CIG, mentre gli Stati non membri possono aderirvi alle condizioni stabilite dall'Assemblea generale, su raccomandazione del Consiglio di sicurezza (art. 93).

**LA COMPOSIZIONE DELLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA**

La CIG è formata da 15 giudici, eletti fra persone di alta levatura morale che, nei rispettivi Stati, possiedono i requisiti richiesti per la nomina alle più alte cariche giudiziarie, oppure sono giuristi di riconosciuta competenza in diritto internazionale. Essi hanno mandato di 9 anni rinnovabile. La composizione della CIG deve assicurare la rappresentanza delle maggiori forme di civiltà e dei principali sistemi giuridici. L'elezione dei giudici avviene sulla base di una lista di candidati, presentata dagli Stati, mediante un sistema di votazione che si svolge simultaneamente, ma in modo autonomo, nell'Assemblea generale e nel Consiglio di sicurezza. Per essere eletti, i candidati devono ottenere la maggioranza assoluta dei voti, in ciascuno dei due organi.

**LA GIURISDIZIONE DELLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA**

Presupposto per l'esercizio della giurisdizione contenziosa è l'esistenza di una controversia tra Stati. Occorre, inoltre, che i Paesi parti di una controversia abbiano accettato la giurisdizione della CIG. Tale accettazione può intervenire sia a mezzo di un accordo (compromesso), concluso fra gli Stati interessati (giurisdizione speciale), sia in base alle clausole di trattati bilaterali o multilaterali, che diano a ciascun contraente il potere di adire alla C. (giurisdizione obbligatoria) riguardo a interpretazione e applicazione del trattato, ovvero per una serie più ampia di controversie. La giurisdizione obbligatoria della CIG può essere poi accettata dagli Stati, aderendo alla clausola ex art. 36, che prevede la facoltà di riconoscere la giurisdizione della C. rispetto a ogni Paese che accetti lo stesso obbligo. Nel 2011, gli Stati che hanno accettato la clausola ex art. 36 risultano 66.

Ai sensi dell'art. 38 dello statuto, la CIG applica: i trattati internazionali vigenti fra gli Stati parti della controversia; le consuetudini internazionali; i principi generali di diritto riconosciuti dagli ordinamenti interni e, in via sussidiaria, i precedenti giudiziari e i contributi della dottrina più qualificata. Su accordo tra le parti, la CIG potrà anche giudicare secondo equità.

• **Contromisure e limiti (uso della forza, gross violations, tutela diritti umani)**

La contromisura è nata e si è sviluppata come mezzo per conseguire il risarcimento di un danno o la soddisfazione di un'offesa mediante l'appropriazione, da parte del soggetto leso, dei beni appartenenti al debitore. Il termine "contromisura" indica, in senso tecnico un comportamento in sé illecito adottato in risposta ad un illecito altrui. Le contromisure pacifiche acquistano particolare importanza quando utilizzate come reazione di un obbligo erga omnes; questi sono obblighi imposti simultaneamente nei confronti di tutti gli Stati che compongono la comunità internazionale, il che fa sì che, a seguire di un illecito, tutta la Comunità internazionale sarebbe intitolata a reagire. Fanno parte di questa categoria di obblighi i diritti umani fondamentali, la violazione dei quali dà luogo ad una gross violation. Queste gravissime violazioni dei diritti umani, internazionalmente riconosciute, sono: la schiavitù, la tortura, il genocidio, l'apartheid, e la sparizione di prigionieri politici.

L'attuazione delle contromisure pacifiche è però sottoposta ad una serie di limiti che gli Stati devono rispettare. Innanzitutto quello degli adempimenti preventivi all'adozione di contromisure. A questo riguardo possiamo affermare che la maggior parte della dottrina è concorde nell'affermare la necessità dello svolgimento, da parte dello Stato offeso che intende reagire con una contromisura, di un'attività di tipo procedurale diretta verso lo Stato offensore. Inoltre, nel caso specifico di contromisure seguenti violazioni di obblighi erga omnes (nonostante non vi sia una norma positiva in proposito), un'ampia parte della dottrina riconosce almeno la necessità di consultazione degli altri soggetti lesi dallo stesso illecito, anche se non necessariamente all'interno di procedure prestabilite o organizzazioni internazionali. L'esercizio della contromisura pone un ulteriore problema riguardo i suoi limiti di attuazione relativo all'esistenza di un criterio di proporzionalità che regola l'esercizio delle contromisure pacifiche. Partendo dal presupposto che il principio di proporzionalità è un limite all'esercizio delle contromisure che deve essere rispettato, per accertare se gli Stati si conformino veramente a questo principio, occorre fare una valutazione sia quantitativa che qualitativa. Si deve quindi fare riferimento sia al danno materiale che alla gravità dell'illecito commesso. Infine, è ormai sempre più diffusa in dottrina la tendenza ad annoverare tra i limiti dell'esercizio delle contromisure il rispetto del diritto internazionale cogente. Il problema più serio che si pone al riguardo è quello della tutela dei diritti umani. Di fatti, poiché la tutela della dignità umana rientra nel quadro delle norme di jus cogens, ne consegue gli Stati devono rispettare principi umanitari nell'attuazione di una contromisura. Su questo tema una parte della dottrina sostiene che per individuare quali diritti umani appartengano al diritto cogente occorre far riferimento soprattutto alle più importanti convenzioni multilaterali in materia. Un'altra parte della dottrina, invece, ritiene che il divieto di contromisure è quindi

limitato alle sole gross violations di diritti umani mentre le altre norme internazionali di diritti umani, sia consuetudinarie che pattizie, potranno essere violate solo come reazione a violazioni esattamente corrispondenti. Un ultimo limite a cui è sottoposto l'esercizio delle contromisure è quello temporale; infatti, i provvedimenti adottati a titolo di contromisura, per essere leciti, devono essere revocati non appena lo Stato che ha commesso l'illecito muti la propria condotta e, dove richiesto, ripari all'illecito compiuto. A volte ad illeciti compiuti dai membri della comunità internazionale, l'azione individuale o collettiva degli Stati non è l'unica reazione possibile; le contromisure possono essere decise anche da organizzazioni internazionali.

#### • **La consuetudine**

La *consuetudine* è la fonte primaria dell'ordinamento internazionale tant'è che secondo la dottrina prevalente la norma fondamentale è da ritenersi il postulato *consuetudo est servanda* (la consuetudine è da rispettare).

La consuetudine è l'unica fonte del diritto internazionale generale e pertanto valida *erga omnes*, cioè nei confronti di tutti gli Stati, indipendentemente dall'aver partecipato alla sua formazione.

Per *consuetudine* s'intende un comportamento costante ed uniforme, tenuto dalla generalità dei soggetti internazionali, ripetuto nel tempo, con la convinzione della obbligatorietà di tale comportamento.

In sostanza gli elementi costitutivi della consuetudine sono essenzialmente due:

\* *diuturnitas*, ovvero la ripetizione di un determinato comportamento nel tempo;

\* *opinio iuris sive necessitatis*, ovvero la convinzione della obbligatorietà di tale comportamento.

A parte alcune consuetudini non derogabili perché relative a principi fondamentali della comunità internazionale, esse sono così flessibili da poter essere derogate mediante accordi.

#### • **Cosa sono gli accordi di codificazione? Quale è il rapporto tra consuetudine ed accordo?**

I rapporti tra soggetti internazionali sono determinati principalmente da norme consuetudinarie, che constano di due elementi fondamentali: una prassi generalizzata e la convinzione che questa prassi corrisponda al diritto vigente o sia dettata da impellenti esigenze politiche, sociali e economiche. La norma consuetudinaria è determinata dal comportamento degli Stati in relazione a determinati fenomeni politici, sociali ed economici. In passato, al contrario, si riteneva che queste norme consuetudinarie fossero il prodotto tacito della volontà degli Stati. Le norme di natura consuetudinaria, oggi, sono inviolabili.

#### **Gli elementi della consuetudine**

Per essere accettata come norma, la consuetudine deve rispondere a due caratteristiche principali: deve essere una consuetudine diffusa e generalizzata (elemento oggettivo) e deve essere accettata dagli Stati come giuridicamente doverosa (elemento soggettivo o psicologico). Il secondo caso è più difficile da stabilire. Uno Stato deve essere consapevole che quella prassi che sta accettando, a livello internazionale sta diventando una norma consuetudinaria, mutabile solo da un'altra della stessa natura. Il fattore tempo è relativo, poiché dipende dalla convinzione degli Stati e dalla fermezza con cui si è formata la prassi, ma sicuramente verrà valutata la sua rilevanza caso per caso.

#### **Il ruolo dell'"usus"**

È importante notare che, quando sussistono forti divergenze d'interessi (economici o politici), l'*usus* può avere una grande importanza nella formazione di una norma consuetudinaria.

#### **Il diverso ruolo degli elementi della consuetudine in materia di diritto nei conflitti armati**

Nel Preambolo della II Convenzione dell'Aia del 1899, il giurista russo Martens inserì la seguente clausola:

"Fino a che non sarà adottato un più completo codice delle regole applicabili ai conflitti armati, le popolazioni ed i belligeranti restano sotto la salvaguardia e sotto l'imperio dei principi del diritto delle genti, quali risultano dagli usi stabiliti fra le nazioni civili, dalle leggi d'umanità e dalle esigenze della coscienza pubblica". In questo modo ha modificato la struttura delle norme consuetudinarie per i casi di conflitti armati riuscendo a coniugare le esigenze dei paesi ricchi e di quelli poveri. Con questa clausola l'*usus* non è più elemento fondamentale per l'accettazione di una consuetudine. Viene invece maggiormente valorizzato l'elemento psicologico, cioè l'accettazione da parte degli Stati. Questo è giustificato dal fatto che in questi casi è preferibile un approccio verso le esigenze umanitarie.

#### **La rilevazione delle norme consuetudinarie**

È difficile identificare norme consuetudinarie. Queste devono provenire da un'attenta analisi tratta dai documenti diplomatici degli Stati, dalle posizioni espresse da questi ultimi in seno a conferenze multilaterali, dalla giurisprudenza internazionale, dalla legislazione e giurisprudenza interni. Molto spesso, inoltre, capita che gli Stati assumano deliberatamente determinati comportamenti per influenzare maggiormente il diritto consuetudinario (il c.d. intervento volontario).

#### **La portata generale delle norme consuetudinarie e la dottrina dell'obiettore persistente**

Secondo la vecchia concezione del diritto consuetudinario, perché esso fosse applicato c'era la necessità di un accordo tacito di tutti gli Stati, il che era estremamente difficile valutare. Inoltre esisteva la figura dell'obiettore persistente, ossia di quello Stato che più volte si opponeva a che tale norma non fosse accettata. Oggi le cose sono cambiate, sia per l'orientamento più solidale dell'organizzazione internazionale, sia per l'aumento smisurato della partecipazione degli Stati agli accordi internazionali. Oggi, infatti, la figura dell'obiettore non esiste più, né avrebbe più possibilità di esistere (anche se probabilmente l'opposizione ad una norma consuetudinaria di uno Stato influente può rallentare l'entrata in vigore o

bloccarla). Una volta accettata la norma come consuetudinaria dalla maggioranza degli Stati, questa diviene applicata per tutta la comunità internazionale, anche per quelli Stati che non l'hanno sostenuta e per quelli di nuova formazione che non hanno partecipato a tale accettazione.

### **Le c.d. consuetudini locali o particolari**

L'esistenza di norme consuetudinarie si può applicare anche a casi particolari regionali e deriva dall'accordo tacito di due o più Stati che abbiano accettato tale prassi in quella regione. Oltre che caratteri oggettivi e soggettivi, come tutte le norme consuetudinarie, le consuetudini particolari devono anche essere accettate da tutte le parti interessate e provate dallo Stato che le invoca. Se tale Stato non riuscisse a provarne l'esistenza la richiesta di norma consuetudinaria verrebbe respinta.

### **Il ruolo della consuetudine nella comunità internazionale odierna**

Dopo la Seconda guerra mondiale, il ruolo della consuetudine è diminuito drasticamente sia per la nuova prassi contrastante con la vecchia, sia per le esigenze dei nuovi Stati entrati nell'organismo internazionale (quelli del Terzo Mondo e i Paesi socialisti). L'elevato numero di componenti dell'organismo internazionale impedisce sempre più la possibilità che si affermi una prassi, anche se l'esistenza di numerosi enti internazionali continua ad influire sulla creazione di tali norme. Anche in altri settori le norme consuetudinarie sono molto rilevanti. È il caso del diritto del mare o di aree in cui si delineano nuovi interessi economici. Invece, nei settori in cui vi sono marcati conflitti politici e istituzionali e in cui nuovi bisogni della comunità internazionale possono condurre a profondi disaccordi tra gli Stati, può essere molto difficile stabilire una disciplina per via convenzionale. Infine, un settore il cui ruolo del processo di formazione di norme consuetudinarie è molto importante concerne tutte quelle parti del diritto consuetudinario che gli Stati di nuova indipendenza hanno reputato "accettabili", ma bisognosi di modifiche e specificazioni.

### **La codificazione delle norme consuetudinarie**

#### **Le convenzioni di codificazione**

A partire dagli anni '60 si è sentita una forte richiesta di trascrivere quelle norme consuetudinarie che regolavano i rapporti internazionali. Infatti è molto più utilizzato, tra gli accordi, il metodo del trattato. Per fare ciò è necessario un processo di codificazione, inteso come quell'insieme di azioni e procedimenti il cui scopo e possibile risultato è l'elaborazione di norme giuridiche vincolanti. Ma si può parlare di codificazione in merito a due diverse accezioni: la codificazione *strictu sensu*, cioè formulare in forma scritta le consuetudini che regolano i rapporti, e la codificazione che intende influire sulle norme consuetudinarie, colmando alcune lacune e scegliendo l'accezione migliore.

#### **Convenzioni di codificazione e diritto consuetudinario**

Le convenzioni di codificazione possono avere tre effetti sul diritto consuetudinario: 1) effetto dichiarativo, volto a contenere norme che si limitano a trascrivere le norme consuetudinarie esistenti; 2) effetto di cristallizzazione, le norme contenute in una convenzione di codificazione possono portare a compimento il processo di formazione delle norme consuetudinarie; 3) effetto di creare una nuova regola consuetudinaria, inserita nella convenzione di codificazione.

#### **Codificazione e risoluzioni non vincolanti**

L'adozione di risoluzioni di carattere normativo, in molti casi può sostituire in maniera veloce una norma consuetudinaria, prima che le convenzioni di codificazione intervengano in maniera più dettagliata. Risoluzioni di questo tipo, anche se hanno carattere giuridicamente non vincolante, esprimono un consenso generale degli Stati su una determinata materia.

- ***Ius cogens, di che categoria fa parte? Quale è la definizione di ius cogens? Come facciamo a capire che una norma è cogente?***

#### **L'emergere della nozione**

Le principali norme dello *ius cogens*, quindi inviolabili con altri mezzi, riguardano l'autodeterminazione dei popoli, il divieto di aggressione, la proibizione del genocidio, della schiavitù, della discriminazione razziale e delle segregazioni razziale (apartheid). La richiesta di istituire delle norme di *ius cogens* arrivò dagli Stati socialisti e dai Paesi del Terzo Mondo. Questi ultimi infatti volevano rafforzare la condanna ai paesi coloniali e eliminare per sempre schiavitù e discriminazioni razziali. I Paesi socialisti, invece, vedevano con lo *ius cogens*, la speranza di una pace duratura tra le nazioni e di un più ampio confronto. Solo Francia e, in maniera minore, la Svizzera ebbero dei dubbi sull'istituzione di queste norme, ma tutti gli altri Stati, a poco a poco e spinti dai paesi socialisti e i PVS accettarono tale ipotesi.

#### **Lo "ius cogens" nella Convenzione di Vienna del 1969**

Nel 1969, con la Convenzione di Vienna, gli Stati accettarono la concezione di *ius cogens*, ma a condizione che lo Stato che invocava il carattere imperativo di tale norma internazionale fosse pronto ad accettare in materia la giurisdizione obbligatoria della Corte Internazionale di Giustizia (CIG). La Convenzione di Vienna del 1969 prevede all'art. 53 che un trattato è nullo se, al momento della sua conclusione, esso è in contrasto con una norma imperativa di diritto internazionale generale (che può essere abrogata solo con una norma generale successiva della stessa natura). L'art. 64 continua dicendo che nel caso in cui emerga una nuova norma imperativa di diritto internazionale generale, ogni trattato esistente che è in contrasto con tale norma, diviene nullo o si estingue. Quindi nel caso di controversia in un accordo tra due o più Stati in merito ad una norma di *ius cogens* questi possono ricorrere al parere della CIG, o ad un arbitrato. Ma la

nozione di jus cogens proveniente dalla Convenzione di Vienna è molto generica poiché fa riferimento agli effetti giuridici di una norma e non alla sua natura intrinseca. Comunque per poter modificare una norma di jus cogens c'è bisogno dell'approvazione della maggioranza degli Stati. Pur se la loro natura inderogabile dovrebbe essere accettata da tutti in via generale, questo metodo di votazione dissuade uno Stato dall'opporsi ad una norma di tale fattezze.

### **La portata delle norme convenzionali sullo "jus cogens" e il diritto consuetudinario**

Le disposizioni della Convenzione di Vienna, però, presentano un forte limite poiché la richiesta di annullamento di un trattato per la violazione di norme di jus cogens, può essere effettuata solo da Stati che prendono parte sia alla Convenzione di Vienna sia al trattato. Non è quindi possibile per Stati terzi chiedere tale annullamento. Questa prassi, però è stata superata nel 1979 quando gli USA chiesero l'annullamento del trattato tra URSS e Afghanistan, poiché in una sua clausola, era previsto l'uso della forza, vietato dallo jus cogens. Uno Stato che invoca l'annullamento di un trattato per contrarietà allo jus cogens, deve essere pronto a sottoporre le proprie pretese all'accertamento giudiziale o arbitrale di un terzo. Inoltre, se lo Stato che procede con tale richiesta non fa parte della Convenzione o del trattato in questione, può vedersi respinta tale richiesta dalla comunità internazionale.

### **L'individuazione delle norme di "jus cogens"**

Nella Convenzione di Vienna non si esplicitano, neanche a titolo esemplificativo, i casi in cui esista una norma di jus cogens. Esiste un breve elenco, invece, nell'originario art. 19 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati. Nel testo di quest'articolo si faceva riferimento ad alcune norme che ponevano obblighi "così essenziali per la tutela degli interessi fondamentali della comunità internazionale che la loro violazione era riconosciuta come crimine dalla comunità internazionale nel suo complesso". In esso erano annoverate le norme che impongono il divieto di aggressione, quelle che vietano il genocidio e l'apartheid, e l'inquinamento massiccio dell'atmosfera e dei mari. Oggi potremmo aggiungere l'autodeterminazione dei popoli, il divieto della discriminazione e della tortura e l'uso in generale della forza.

### **Gli effetti indiretti dello "jus cogens"**

L'effetto tipico delle norme imperative è di rendere nulli sin dal principio i trattati ad esse contrari. Ma dalle norme di jus cogens scaturiscono anche altri effetti. È possibile che la CIG decida di abrogare solo l'articolo del trattato in cui è presente la contrarietà alla norma di jus cogens, anche se lo Stato che ne ha richiesto il controllo deve richiederlo sull'interezza del trattato. In materia di interpretazione, fra le varie possibili interpretazioni occorre optare per il significato più conforme alle norme di jus cogens. Lo jus cogens, inoltre, può avere anche un'incidenza in materia di riconoscimento di Stati, poiché uno Stato che (anche al suo interno) produce norme contrarie allo jus cogens, può essere non più legittimato dalla comunità internazionale. Ma tutte queste misure non sono ancora mai state adottate poiché nessuno Stato ha mai fatto ricorso alla CIG per l'abolizione dei trattati.

### **La scarsa utilizzazione della nozione di "jus cogens" a livello internazionale**

La nozione di jus cogens non è mai stata invocata dagli Stati, ma solo in alcune occasioni dai tribunali internazionali. Questo principalmente perché le norme imperative svolgono una funzione deterrente, nonché gli Stati ancora agiscono esclusivamente per interesse nazionale e non internazionale.

#### **9.6 Il ricorso alla nozione di "jus cogens" nella giurisprudenza e nella legislazione interna**

In rari casi la nozione di jus cogens è stata utilizzata dalla giurisprudenza interna per decidere il merito di una controversia. In realtà si è usata per giustificare la mancata applicazione di norme di origine convenzionale.

### **• Cosa sono le immunità nel diritto internazionale? C'è una convenzione dedicata? (Conv. NY del 2004) l'Italia è parte di questa convenzione? Perché?**

Nel 14 gennaio 2013 c'è stata l'adesione della Repubblica italiana alla Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, fatta a New York il 2 dicembre 2004, nonché norme di adeguamento all'ordinamento interno.

### **• Ci parli della soggettività dello Stato; chi sono i principali soggetti dell'ordinamento internazionale? Per il DI, gli individui hanno soggettività?**

Il problema della soggettività (nel diritto internazionale) è il problema di stabilire quali entità, operanti sul piano delle relazioni internazionali, sono direttamente investite di diritti e obblighi di origine internazionale e hanno la capacità di farli valere (capacità giuridica, capacità di agire). Qui di seguito una sinossi che sarà ulteriormente precisata nei moduli che seguono.

- Soggetti del diritto internazionale sono principalmente, e storicamente, gli Stati, enti che governano (una comunità collocata entro un territorio definito) con caratteri di effettività e stabilità.
- L'autorità di governo dev'essere caratterizzata dall'esercizio di «poteri sovrani», ossia originari, effettivi (sul piano interno) e caratterizzati da indipendenza (sul piano esterno).
- Il modello dello Stato-soggetto è applicato per valutare la soggettività attuale di altri enti. Per esempio, enti che si manifestano durante la vita dello Stato (enti sui generis quali: Insorti, Movimenti di liberazione nazionale, governi in esilio, ecc.) o in connessione con l'evoluzione della soggettività statale (casi di incorporazione o fusione di Stati, da un lato, o di secessione o smembramento di Stati, dall'altro).

- Soggetti sono anche le organizzazioni internazionali (Organizzazioni governative). Tale soggettività s'esprime nella titolarità di diritti e obblighi sia di origine consuetudinaria (diritto dei trattati, diritto della responsabilità internazionale o da illecito) sia di origine convenzionale.
- Anche gli individui (persone fisiche, lo «straniero», la «persona») sono «soggetti del diritto internazionale», tuttavia per effetto di specifiche norme internazionali, di natura (in genere) convenzionale, che attribuiscono loro talune garanzie e correlativi «diritti di azione» (v. disciplina dei «diritti fondamentali dell'individuo») ovvero che costituiscono il presupposto di divieti rivolti a taluni individui (il divieto di porre in essere violazioni gravi e diffuse dei diritti fondamentali della persona, specificamente in tempo di guerra) e delle relative conseguenze giuridiche in caso di violazione (i c.d. crimini internazionali dell'individuo)

Nozione di soggettività internazionale: la soggettività è fondata, come detto, su due criteri fondamentali:

- a) riconoscimento (da parte dell'ordinamento internazionale) che un ente è caratterizzato dalla titolarità di diritti e obblighi internazionali (o: come destinatario diretto di norme internazionali) e
- b) riconoscimento che detto ente gode della capacità di far valere tali prerogative sostanziali e processuali sul piano internazionale (sono la «capacità giuridica» e la «capacità di agire» riconosciute nei vari settori del diritto interno)

La soggettività (conferita o, secondo la dottrina classica, presupposta dal diritto internazionale) è una qualità «oggettiva» con effetti generali (è disposta dal diritto consuetudinario).

Può esser fatta valere o rivendicata universalmente sul piano internazionale, sebbene con riferimento alle sole regole internazionali da cui l'ente è riguardato (parere della CIG dell'11.4.1949 sulla Riparazione per i danni subiti al servizio delle Nazioni Unite - caso dell'uccisione del conte Bernadotte, in relazione alla capacità dell'ONU, costituita per Trattato, di rivendicare esistenza e funzioni dinanzi a altri soggetti internazionali «terzi», come lo Stato di Israele, dove si era verificato un illecito a danno dell'Organizzazione)

Il concetto (politico) di soggettività su delineato si è affermato in modo progressivo a partire dalla nozione di Stato e dall'epoca della Pace di Westfalia, 1648, in corrispondenza con la nascita di «un nuovo ordine internazionale».

Detto ordine si fonda sul concetto (politico) di «sovranità statale» quale la conosciamo oggi. Si tratta di una qualità «esistenziale» propria agli Stati, che si definiscono come «enti che governano in modo stabile, effettivo e indipendente su una comunità territoriale».

Presupposti fattuali della nozione di Stato sono, dunque, tre elementi («governo» stabile e indipendente di una «comunità» stanziata su un territorio) (concezione triadica).

Si tratta di presupposti confermati dalla prassi internazionale e giudiziaria interna.

Esaminiamo brevemente i tre elementi di cui si compone la soggettività statale (esistenza di un governo stabile e indipendente, che esercita poteri pubblici su una comunità territoriale).

- Il **governo** è valutato «in fatto»: deve essere in grado di svolgere effettivamente la sua funzione. Oggetto di valutazione è dunque la capacità del governo statale d'esercitare e mantenere, secondo uno standard medio, il controllo effettivo e indisturbato, stabile ed esclusivo, su territorio e popolazione. Cruciale è dunque l'effettività dell'esercizio del potere di governo. Irrilevante è invece l'origine dell'autorità di governo, e la rispondenza dell'azione di governo ai principi democratici o dello stato di diritto (v. riconoscimento).

Corollario della sovranità interna, come sopra definita, è l'indifferenza o la neutralità del diritto internazionale rispetto all'organizzazione costituzionale o amministrativa dello Stato. Lo Stato ai sensi del diritto internazionale è libero nei fini (c.d. «competenza sulla competenza»), salvo il diritto internazionale. La sovranità qualifica lo Stato come ente «superiorem non recognoscens». Ciò è anche implicito nel principio «della sovranità uguaglianza degli Stati» (art. 1, par. 2, Carta ONU).

Il governo dev'essere sovrano anche sul piano esterno., ambito nel quale opera come «rappresentante» dello Stato d'appartenenza. Il requisito che esprime la sovranità esterna è l'indipendenza politica del governo (e dunque dello Stato) rispetto a enti esterni. Essa s'articola:

- a) nel carattere originario («costituzionalmente conferito») del potere di governo
- b) nell'inesistenza di un'autorità superiore (esterna) da cui il Governo tragga legittimazione, ovvero che sia in grado di determinarne o condizionarne la condotta (è «criterio del controllo»: v. giurisprudenza CEDU). L'indipendenza politica, qualità esistenziale dello Stato sovrano, è protetta da norme di importanza fondamentale: v. art. 2, par. 4, Carta ONU, che recita: «I Membri devono astenersi nelle loro relazioni internazionali dalla minaccia o dall'uso della forza, sia contro l'integrità territoriale o l'indipendenza politica di qualsiasi Stato, sia in qualunque altra maniera incompatibile con i fini delle Nazioni Unite».

Conseguenze del principio di sovranità, sul piano interno ed esterno, come sopra definito, sono:

- L'assenza di rilevanza internazionale dei governi «delocalizzati» e dunque sprovvisti di effettività (c.d. governi in esilio: prassi storicamente abbondante);
- La temporanea «moltiplicazione» degli enti di governo in caso di coesistenza di più centri di potere organizzati: quando cioè sul territorio statale insistano più autorità di governo «effettive»: governi rivoluzionari o insorti, nonché movimenti di liberazione nazionale, a partire dal secondo dopoguerra. Es. caso della Libia.
- L'assenza di soggettività internazionale dei governi di Stati c.d. fantoccio.

Si tratta di governi in fatto controllati (militarmente o con altri mezzi) da altri Stati e dunque privi di indipendenza o di effettività. L'assenza di «rilevanza internazionale» delle ripartizioni amministrative interne allo Stato così come degli Stati federati.

Gli Stati federati per il diritto internazionale «scompaiono» all'interno dello Stato federale, unico soggetto internazionale (anche se legislativamente o amministrativamente decentrato sul piano interno).

Gli Stati federati, in particolare, sono enti non «originari», ritenuti dipendenti dallo Stato centrale o dal governo federale, secondo quanto previsto dalla costituzione dello Stato (cfr. es. art. 117 Cost. italiana). Territorio e popolazione sono presupposti materiali della soggettività statale, ossia costituiscono gli ambiti (spaziali e soggettivi) su cui s'esplica l'autorità (il potere pubblico) dello Stato.

- Il **territorio** su cui s'esercita il governo e la sovranità dello Stato include: il suolo e lo spazio aereo sovrastante; il sottosuolo (sfruttabile); nonché la porzione di mare compresa nel c.d. mare territoriale.

Il territorio ha anche la funzione di circoscrivere l'ambito spaziale della sovranità dello Stato: esso costituisce, in principio, il limite d'esercizio della giurisdizione penale, civile, esecutiva statale. Il diritto internazionale salvaguarda «l'integrità territoriale» degli Stati (art. 2, par. 4 Carta ONU), comunque conseguita. Irrilevanti sono i «modi di acquisto» del territorio. Irrilevante è altresì la dimensione territoriale dello Stato (micro-Stati), e la precisa definizione dei confini su cui insiste il governo statale.

Affermare che la sovranità (e l'esercizio del potere pubblico / coercitivo a essa connessa) è di natura essenzialmente territoriale significa affermare che l'esercizio del potere coercitivo statale sugli individui «oltre» le frontiere nazionali (ossia in situazioni di extraterritorialità) va valutato come un'eccezione o una deroga (restrittivamente intesa). Invero l'esercizio di giurisdizione statale sulla base di criteri diversi da quello territoriale (ove stabiliti dal diritto interno pertinente), può generare un esercizio concorrente, ed eventualmente conflittuale, di giurisdizione statale (dunque a una sorta di «conflitto positivo» di giurisdizioni, con soluzioni potenzialmente contraddittorie).

I criteri alternativi posti a fondamento della giurisdizione, civile o penale, di un determinato Stato possono essere di varia natura. S'annoverano i criteri soggettivi della personalità attiva (la giurisdizione sussiste se il soggetto privato cui è imputabile l'illecito è un cittadino dello Stato) o della personalità passiva (la giurisdizione sussiste se la vittima dell'illecito è cittadino nazionale); o il criterio oggettivo detto «dell'effetto dell'illecito», che riconosce competenza allo Stato sul cui territorio (in assenza di un «comportamento» o di un «fatto» rilevante) si sono prodotti «gli effetti dannosi» dell'illecito. In tal caso la giurisdizione è connessa al luogo in cui le conseguenze del fatto illecito si sono prodotte.

Salvo limite convenzionale, il principio internazionale applicabile sembra essere quello della «libertà degli Stati» in materia. La Corte internazionale di giustizia (CIG) ha così affermato, nella sentenza del 7.9.1927 sul caso del Lotus (Francia c. Turchia), il principio della libertà degli Stati in materia di giurisdizione penale per incidenti avvenuti in alto mare. Il riparto territoriale delle autorità di governo garantisce che tutti gli individui – ovunque situati – siano governati (e protetti) da una qualche autorità territoriale. Tale ripartizione territoriale delle autorità di governo contribuisce dunque a evitare una sorta di «conflitto negativo di giurisdizione» ovvero di lacune nell'esercizio del potere pubblico statale.

La popolazione costituisce, per contro, la base «personale» dello Stato: si tratta del gruppo di individui che risiedono stabilmente sul territorio.

- La **popolazione** può non coincidere con la cittadinanza «nazionale». Numerosi sono, infatti, gli Stati c.d. plurinazionali. Numerosi sono anche gli Stati la cui popolazione non è etnicamente o linguisticamente o culturalmente omogenea (la protezione delle minoranze nazionali – linguistiche, etniche, culturali, religiose è affidata al diritto interno), spesso nel quadro di convenzione internazionali. Il diritto internazionale riconosce allo Stato discrezionalità nel definire tanto il «legame di cittadinanza» quanto i diritti e doveri di fedeltà e di lealtà a cui il godimento dello status è subordinato (e in carenza dei quali detto status può essere disconosciuto o revocato). È dunque cittadino, per il diritto internazionale, colui che risponde ai requisiti posti dal diritto della cittadinanza nazionale. Analogamente allo Stato è riservata la competenza per quanto riguarda la definizione delle condizioni di perdita o di revoca della cittadinanza. Nei vari Stati del mondo vari sono i criteri d'acquisto della cittadinanza nazionale. Si riconoscono criteri di acquisto originario della cittadinanza e criteri di acquisto derivato. Tra i primi: l'acquisto (automatico) di cittadinanza per nascita (o adozione) da genitori cittadini (o da parte di un solo genitore cittadino) c.d. iure sanguinis (è statisticamente il criterio prevalente); l'acquisto per effetto della nascita sul territorio nazionale, c.d. iure soli; il criterio indicato è impiegato dalla maggioranza degli Stati, in via residuale, con riguardo ai minori figli di immigrati che risulterebbero altrimenti sprovvisti di ogni cittadinanza.

I criteri di acquisto derivato (per naturalizzazione) sono variamente concepiti:

- a) durata della residenza sul territorio nazionale e la correlativa integrazione culturale/linguistica;
- b) i legami familiari;
- c) altri.

Tali criteri danno luogo a un diritto d'acquisto della cittadinanza su richiesta ovvero a una mera possibilità d'acquisto (permanendo allora la discrezionalità dell'autorità nazionale accertante in materia)

La combinazione di detti criteri, da parte degli Stati, rende possibili situazioni di cittadinanze plurime ovvero di privazione di qualunque cittadinanza nazionale (apolidia, statelessness). Il diritto internazionale convenzionale prevede misure di contrasto al fenomeno dell'apolidia.

L'acquisizione e il possesso di cittadinanze plurime, ritenuto in passato problematico (con contestuale obbligo di scelta o elezione di cittadinanza), è invece attualmente tollerato o ammesso da molti Stati. La tolleranza per la coesistenza di più cittadinanze in capo a un medesimo individuo è fatta discendere talora dal principio della «parità di genere» in materia di cittadinanza (sia la madre che il padre debbono poter trasmettere, in applicazione del criterio dello *ius sanguinis*, cit., la propria cittadinanza ai discendenti). Analogamente lo Stato ha discrezionalità anche nell'attribuzione della propria «nazionalità» alle persone giuridiche, ossia alle società di diritto civile o commerciale, salvo limitazioni convenzionali. Le condizioni, stabilite dai vari Stati, per l'acquisizione della nazionalità «societaria» sono altrettanto varie. Sul piano convenzionale regionale il diritto dell'Unione riconosce come «società europee» (beneficiarie nei vari Stati membri del principio del trattamento nazionale in quanto assimilate ai cittadini di uno Stato membro) quelle costituite secondo il diritto di uno Stato membro, a condizione che la sede amministrativa o sociale ovvero l'attività principale dell'ente si collochi entro il territorio dell'Unione (cfr. art. 54 Trattato sul Funzionamento dell'Unione, TFUE).

### - Cittadinanza e protezione diplomatica

Il rapporto di cittadinanza o di nazionalità conferisce allo Stato interessato speciali poteri (di rilevanza internazionale) a difesa dell'individuo (o della società commerciale) leso dal comportamento illecito di altri Stati.

Il fondamentale istituto che consente allo Stato di assumere le difese del proprio cittadino nei confronti di qualsiasi Stato estero che abbia violato la normativa internazionale è detto «protezione diplomatica». Si tratta di un «diritto» dello Stato che s'attiva in caso d'illecito subito all'estero dal proprio cittadino, il quale è soggetto indiretto della protezione.

La protezione diplomatica è tuttavia istituto di limitata effettività, in assenza di collaborazione dello Stato responsabile e di mezzi di accertamento giurisdizionale attivabili.

Secondo la giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia in caso di individui forniti di più cittadinanze la protezione diplomatica spetta (prioritariamente) allo Stato della c.d. cittadinanza effettiva, ossia dello Stato con cui il cittadino ha concreti e stretti legami.

Per converso, con riguardo alle persone giuridiche la Corte, nella sentenza del 5.2.1970 sul caso della Barcelona Traction, si è rifiutata di ampliare il novero degli Stati abilitati a intervenire in protezione di una società commerciale al di là dello Stato cui la società è legata dal «vincolo di nazionalità».

Ha conseguentemente escluso che il diritto d'azione in protezione diplomatica dello Stato di cui la società ha la nazionalità (il Canada) possa essere «affiancato» o surrogato da quello dello Stato della cittadinanza degli azionisti (il Belgio).

Pertanto, secondo la sentenza, il Belgio non ha titolo per lamentarsi dell'esproprio, senza indennizzo, dei beni di una società canadese (posseduta da azionisti belgi), operato dalla Spagna (Stato nel quale filiali della Barcelona Traction erano insediate) (v. anche infra, l'individuo nel diritto internazionale).

### - Il riconoscimento di stati

Nei secoli s'è affermato un importante istituto del diritto internazionale, detto del riconoscimento di Stati. Si tratta della prassi della c.d. ammissione di Stati nuovi tradizionalmente operato in modo unilaterale o collettivo dagli altri membri della Comunità internazionale (ossia dagli Stati «preesistenti»). In fatto gli Stati occidentali tendono a subordinare il riconoscimento al rispetto, da parte dello Stato o del governo nascente, di regole o principi prevalenti in un dato momento storico («fondamenti di legalità internazionale»). Si tratta, oggi, dei principi dello Stato di diritto (dunque lo svolgimento di libere elezioni, il rispetto delle minoranze, dei diritti fondamentali).

Tali prese di posizione, per quanto importanti, non sono giuridicamente decisive per quanto riguarda la soggettività internazionale. Non hanno, in particolare, valore «costitutivo» della personalità del nuovo Stato (o del nuovo Governo al suo interno). Come su illustrato, in presenza di un «governo effettivo» l'ente rappresentato si qualifica come «Stato», anche se, per motivi politici, non ottiene il riconoscimento degli altri Stati o delle Nazioni Unite (prospettiva esterna).

Attualmente dunque il riconoscimento è ritenuto un atto unilaterale, discrezionale e di rilevanza politica. Può avere valore «dichiarativo»: attraverso di esso uno Stato esprime una valutazione che può essere fondata su elementi di fatto oppure su considerazioni politiche. Se l'ente riconosciuto non è ancora stabilizzato come Stato, si parla di «riconoscimento prematuro».

Il riconoscimento può avere effetti sulle relazioni internazionali intrattenute dal nuovo ente e favorire la sua «stabilizzazione» (per «accrescimento» di legittimità politica e di «effettività»). Il disriconoscimento ha, invece, effetti simmetrici.

In ogni caso l'interprete (anche di diritto interno: il giudice, l'operatore giuridico) è libero di valutare il fondamento giuridico del riconoscimento, con riguardo ai parametri della nozione di Stato su delineati.

**ES.** Un problema decennale, esemplificativo in tal senso, è costituito dall'ammissione della Palestina (rappresentata in passato dall'Organizzazione per la liberazione della Palestina, OLP e, recentemente, dall'Autorità palestinese, ANP) alle Nazioni Unite. L'art. 4 della Carta ONU (sulla quale infra) prevede che solo «gli Stati» possano aderire, a certe condizioni, all'Organizzazione, e che l'ammissione sia disposta «con decisione dell'Assemblea Generale su proposta del Consiglio di Sicurezza».

Il procedimento di ammissione, non ancora concluso, illustra i condizionamenti politici che intervengono nell'accertamento della qualità di «Stato» di tale ente.

Così, mentre il 29 novembre 2012 l'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha qualificato la Palestina (Stato palestinese) come «Stato osservatore» (non membro), modificando lo status precedentemente goduto di «ente» osservatore; il Consiglio di Sicurezza non ha preso posizione in proposito, ritenendo insoddisfatti i requisiti relativi alla «sovranità territoriale» della ANP quali stabiliti dalla cit. Convenzione di Montevideo. Attualmente la Palestina è riconosciuta come Stato da 136 Paesi. Altri Stati non riconoscono lo Stato di Palestina, ma solo un'entità politica non statale palestinese (Stati Uniti, Germania, Australia, Canada e Regno Unito).

### - I movimenti insurrezionali

Quale rilevanza internazionale hanno i movimenti insurrezionali sulla scena internazionale? Si tratta di gruppi di individui che perseguono fini politici e, in genere, rivendicano il rovesciamento del «governo legittimo» ovvero la secessione e l'autonomia di parte del territorio statale (o l'unione con altro Stato). La soggettività internazionale dei «ribelli» è pacifica se, e nella misura in cui essi:

- a) dispongono di una certa organizzazione (di un «gruppo» o «comando» responsabile)
- b) controllano in fatto una parte del territorio dello Stato (principio di effettività).

Si tratta tuttavia di soggettività parziale, limitata alle norme rilevanti del diritto internazionale: tutela degli stranieri e rispetto dei diritti dell'uomo; immunità di organi stranieri; diritto umanitario; diritto dei trattati.

Si tratta altresì di soggettività temporanea: se l'insurrezione o la rivolta fallisce, si espande la soggettività piena dello Stato (i ribelli ritornano «terroristi» o delinquenti di diritto comune per le azioni poste in essere); se ha successo, permane la soggettività (unica) dello Stato territoriale.

Questioni problematiche, connesse alla soggettività degli insorti, sono quelle relative:

- all'imputazione della responsabilità internazionale per atti dannosi (a persone e cose riconducibili a Stati terzi) commessi dai ribelli durante l'insurrezione, alla sua conclusione. Se questa fallisce, il governo legittimo non risponde dei danni, se non a titolo omissivo, essendo detti danni imputati all'azione di «privati». Se l'insurrezione ha successo, il governo insurrezionale o in fieri dello Stato risponde dei danni causati dall'insurrezione e da quelli provocati dalle forze del governo legittimo
- alla liceità internazionale dell'assistenza o sostegno forniti da Stati terzi agli insorti o al governo legittimo (liceità della seconda, illiceità della prima, in quanto comporta un'ingerenza negli affari interni di altro Stato)

### - L'auto-determinazione

Principio in base al quale i popoli hanno diritto di scegliere liberamente il proprio sistema di governo (autodeterminazione interna) e di essere liberi da ogni dominazione esterna, in particolare dal dominio coloniale (autodeterminazione esterna). Proposto durante la Rivoluzione francese e poi sostenuto, con diverse accezioni, da statisti quali Lenin e Wilson, tale principio implica la considerazione dei diritti dei popoli, in contrapposizione a quella degli Stati intesi come apparati di governo (Stato. Diritto internazionale). In tal senso, si pone potenzialmente in conflitto con la concezione tradizionale della sovranità statale; la sua attuazione deve inoltre essere contemperata con il principio dell'integrità territoriale degli Stati.

Affermato nella Carta Atlantica (14 agosto 1941) e nella Carta delle Nazioni Unite (26 giugno 1945; art. 1, par. 2 e 55), il principio di autodeterminazione dei popoli è ribadito nella Dichiarazione dell'Assemblea generale sull'indipendenza dei popoli coloniali (1960); nei Patti sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali (1966); nella Dichiarazione di principi sulle relazioni amichevoli tra Stati, adottata dall'Assemblea generale nel 1970, che raccomanda agli Stati membri dell'ONU di astenersi da azioni di forza volte a contrastare la realizzazione del principio di autodeterminazione e riconosce ai popoli il diritto di resistere, anche con il sostegno di altri Stati e delle Nazioni Unite, ad atti di violenza che possano precluderne l'attuazione.

Nel diritto internazionale, l'affermazione dell'autodeterminazione dei popoli – frutto di un processo graduale a lungo contrastato dai paesi occidentali e fortemente collegato, nella prassi, alla fortunata azione dell'ONU a favore della completa decolonizzazione – è ormai acquisita sul piano consuetudinario limitatamente al divieto di tre specifiche fattispecie, qualificate come crimini internazionali: la dominazione coloniale, l'occupazione straniera e i regimi di segregazione razziale (apartheid) o altrimenti gravemente lesivi di diritti umani fondamentali.

### • codificazione di Vienna del 1969 sull'interpretazione dei trattati

Stampare e leggere.

## DIRITTO INTERNAZIONALE UMANITARIO (PENALE)

### • La corte penale internazionale nascita

La Corte penale internazionale è un'istituzione pensata e voluta dalla comunità internazionale sin dal 1948, quando l'Assemblea generale dell'ONU, nella Convenzione per la prevenzione e la punizione dei crimini di genocidio, (art. 6 della risoluzione n. 260) aveva previsto la possibilità per gli Stati di deferire i giudizi sui crimini di genocidio ad un Tribunale internazionale appositamente costituito.

Fu il periodo della guerra fredda ad allontanare l'accordo tra gli Stati per dar vita a questa istituzione, mettendo in stallo il progetto fino al 1994, anno in cui venne costituito un apposito comitato all'interno delle Nazioni Unite.

Grazie anche all'esperienza dei Tribunali per i crimini internazionali commessi nella ex Jugoslavia ed in Rwanda, si arrivò finalmente nel 1998 alla firma dello Statuto di Roma ed alla nascita della Corte penale internazionale.

### • La corte penale internazionale, Giurisdizione

La sede della Corte Penale Internazionale è all'Aja nei Paesi Bassi, dove si trova anche la Corte internazionale di Giustizia, altra giurisdizione internazionale da non confondere però con questa. La CIG infatti ha la propria base giuridica nella Carta delle Nazioni Unite e il compito di risolvere le controversie tra gli Stati membri dell'ONU, che attualmente sono 193.

La Corte penale internazionale, invece si occupa dei crimini internazionali commessi dagli individui e non dagli Stati, ed ha la propria base giuridica nello Statuto di Roma, di cui fanno parte 123 Paesi. Non sono parte della Convenzione di Roma due delle superpotenze che siedono nel Consiglio di Sicurezza dell'ONU, Russia e Stati Uniti. Anche la Cina non vi ha aderito e neppure l'Ucraina ne fa parte, mentre Israele ha firmato ma non ratificato la Convenzione.

La CPI esercita le proprie funzioni ed i propri poteri sul territorio di qualsiasi Stato Parte ma, mediante una apposita convenzione a tal fine, la sua giurisdizione può estendersi al territorio di ogni altro Stato che ne faccia richiesta.

Quando un determinato crimine è entrato a far parte del diritto internazionale consuetudinario, la giurisdizione della Corte è estesa anche agli Stati non firmatari della Convenzione di Roma. E' il caso ad esempio del genocidio, inteso come "l'atto commesso nell'intento di distruggere in tutto o in parte un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso".

### • Crimini di competenza della corte

Lo Corte penale internazionale esercita il proprio potere giurisdizionale sulle persone fisiche e non sugli Stati nazionali, in modo complementare alla giurisdizione penale degli stessi. La sua competenza è relativa ai crimini più gravi di rilievo per l'intera comunità internazionale, ed in particolare:

- genocidio
- crimini contro l'umanità
- crimini di guerra
- crimini di aggressione.

#### **Crimini di guerra**

Sono crimini di guerra i comportamenti commessi dagli Stati, da enti internazionali, o da agenti statali, in violazione delle norme che disciplinano i conflitti armati, e più in particolare:

- legravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra del 1949 e dei protocolli addizionali del 1997 (omicidio volontario; tortura o trattamenti inumani, inclusi gli esperimenti biologici; provocate grandi sofferenze o gravi lesioni all'integrità fisica o alla salute; distruzione ed appropriazione di beni, non giustificate da necessità militari o compiute su larga scala illegalmente ed arbitrariamente; crimini contro i prigionieri di guerra, deportazione, trasferimento o detenzione illegale; cattura di ostaggi)
- Altre gravi violazioni delle leggi e degli usi applicabili, all'interno del quadro consolidato del diritto internazionale dei conflitti armati (attacchi intenzionali contro i civili, contro beni che non sono obiettivi militari, contro edifici di culto, ospedali, monumenti e beni storici ed artistici, contro mezzi e persone delle missioni di soccorso umanitario e di peace keeping, danni diffusi e duraturi all'ambiente naturale, uso di gas tossici, di armi biologiche, di armi e proiettili non consentiti, stupro, riduzione in schiavitù, deportazione degli occupati, o trasferimento della propria popolazione nei siti occupati etc..)

#### **Crimini contro l'umanità**

I crimini contro l'umanità sono atti specificamente elencati all'art. 7 della Convenzione, commessi nell'ambito di un esteso o sistematico attacco contro popolazioni civili, e con la consapevolezza dell'attacco (omicidio, sterminio, riduzione in schiavitù, deportazione, imprigionamento, tortura, stupro, violenze sessuali, persecuzione contro un gruppo per ragioni di ordine politico, razziale, nazionale, etnico, culturale, religioso o di tenere sessuale, sparizione forzata di persone, apartheid, e infine tutti gli altri atti "inumani di analogo carattere diretti a provocare intenzionalmente grandi sofferenze o gravi danni all'integrità fisica o alla salute fisica o mentale").

#### **Crimine di aggressione**

Inserito con l'all. I degli emendamenti del 2010, a seguito degli accordi di Kampala, l'art. 8 bis dello Statuto di Roma ha introdotto, tra le competenze della Corte penale, il "crimine di aggressione". Si tratta della "pianificazione, la preparazione, l'inizio o l'esecuzione, da parte di una persona in grado di esercitare effettivamente il controllo o di dirigere l'azione politica o militare di uno Stato, di un **atto di aggressione** che per carattere, gravità e portata costituisce una manifesta violazione della Carta delle Nazioni Unite del 26 giugno 1945".

L'atto di aggressione è poi ulteriormente definito dalla norma come: "l'uso della forza armata da parte di uno Stato contro la sovranità, l'integrità territoriale o l'indipendenza politica di un altro Stato". Rientrano nella definizione di atto di aggressione: l'invasione, i bombardamenti, il blocco dei porti, l'attacco con forze armate o anche con eserciti mercenari etc.

La norma è frutto di una difficile trattativa internazionale, dal momento che gli Stati non riuscivano a trovare un accordo sugli elementi definitori del crimine di aggressione, ma anche sul rapporto tra i poteri della Corte penale e quelli del Consiglio di Sicurezza che ex art. 39 della Carta Onu ha il compito di accertare l'esistenza di minacce alla pace.

La caratteristica del crimine di aggressione, rispetto alle aggressioni di competenza del Consiglio di Sicurezza, sta nel fatto che si tratta di un crimine individuale, e dunque non attribuibile ad uno Stato, ma alle persone che controllano l'apparato statale. E' esclusa ogni responsabilità oggettiva, occorre un profilo di dolo e possono essere ritenuti responsabili solo coloro che ordinano il crimine di aggressione e non i soldati o gli esecutori materiali.

Come vedremo nella prossima puntata, è molto difficile che la Corte Penale internazionale possa avere giurisdizione su un crimine di aggressione. Lo scopo della norma è soprattutto di carattere preventivo, per inibire l'abuso di uomini di potere, destinato a sfociare in atti di aggressione nei confronti di altri Stati.

*Nella prossima puntata andremo ad analizzare la procedura della Corte penale internazionale, con particolare attenzione ai limiti di giurisdizione fissati dalla Convenzione di Roma, per comprendere quali risvolti avrà l'iniziativa del Procuratore della Corte contro l'invasione ucraina.*

#### • **Rapporto tra giurisdizione della corte penale internazionale e giurisdizione nazionale (sussidiarietà, ruolo del cds onu)**

Dal preambolo dello Statuto di Roma e dal testo dell'art. 1 si evince che la Corte Penale Internazionale è un'istituzione internazionale permanente che può esercitare il suo potere giurisdizionale in modo complementare alle giurisdizioni penali nazionali (degli Stati membri).

Sebbene l'atto istitutivo della Corte non dia una definizione di "complementarity" è un fatto che la Corte Penale Internazionale non è concepita nello Statuto di Roma quale organo che operi secondo una giurisdizione esclusiva nella repressione dei crimini di competenza, né in modo concorrente con i tribunali interni e con una certa primazia nei loro confronti, come invece operano i due Tribunali penali istituiti dal Consiglio di Sicurezza, il Tribunale internazionale della ex Jugoslavia e il Tribunale internazionale per il Ruanda, istituiti per la repressione dei crimini commessi nei territori delle due nazioni, la Corte permanente non ha competenza esclusiva, né concorrente con quella delle giurisdizioni statali, né prevarrà su queste.

Contrariamente a quanto previsto per i due Tribunali ad hoc, la Corte appare come un organo di giurisdizione penale del tutto complementare agli organi statali. Se questi opereranno con imparzialità nella repressione dei crimini contemplati dallo Statuto, la giurisdizione della Corte non verrà in considerazione.

E' altresì necessario sottolineare che: perché la Corte permanente possa esercitare le proprie prerogative, lo Stato di appartenenza dell'imputato o quello in cui è stata commessa l'azione ovvero l'omissione ne abbiano accettato il potere di decidere, o ad inizio, ratificando nei termini stabiliti la convenzione, o successivamente alla sua entrata in vigore: tuttavia sono sempre possibili, da parte degli Stati, accettazioni ad hoc in relazione a specifici episodi suscumbibili nelle fattispecie di competenza della Corte (art. 12 Statuto di Roma).

La giurisdizione della Corte si sostituirà solo a quelle giurisdizioni statali che non vogliono o siano incapaci di reprimere i crimini e che dunque garantiscano l'impunità ai criminali .

Inoltre la Corte si sostituirà a queste giurisdizioni solo per la repressione dei delicta iuris gentium più gravi: gli atti di genocidio, i crimini contro l'umanità, i crimini di guerra e, quando saranno definiti, gli atti di aggressione, così come definiti agli articoli 6, 7, 8 dello Statuto, commessi successivamente all'entrata in vigore di quest'ultimo.

La Corte è chiamata ad operare unicamente nell'ipotesi di un vuoto, il vuoto determinato dalla non repressione, il vuoto costituito dall'impunità .

Considerato quanto sopra rimane il dubbio su come alcuni Stati siano ancora oggi restii a ratificare lo Statuto, essendo chiaro che nessuno Stato deve temere l'usurpazione da parte della Corte delle prerogative sovrane, al sesto punto del preambolo dello Statuto è infatti rammentato che è dovere di ciascuno Stato esercitare la propria giurisdizione.

*L'intervento della Corte sarà legittimo solo nel caso in cui, per reprimere reati che toccano la coscienza di tutti, lo Stato abbia un sistema interno carente ed inadeguato a soddisfare e tutelare la collettività internazionale nel suo complesso.*

Dal testo dello Statuto si evince che lo scopo dell'istituita Corte permanente è ad ampio spettro.

Esso tende sia a soddisfare e tutelare gli interessi dei singoli Stati che a garantire e preservare le ragioni dei componenti la comunità internazionale.

Se l'interesse immediato della Corte è quello di preservare e rispettare la sovranità dello Stato, si può sostenere che, attraverso la primazia riconosciuta alla giurisdizione domestica, la giurisdizione della Corte penale avalla la giurisdizione nazionale, piuttosto che minarla.

Solo in un secondo momento, quando gli strumenti nazionali non riescono a raggiungere lo scopo di colpire gli autori di tremendi crimini, la Corte mette in funzione gli strumenti endogeni, nell'interesse della comunità internazionale, per consentire un'effettiva repressione dei crimini internazionali e attuare la prevenzione speciale sui singoli criminali e la prevenzione generale, a che nessuno si macchi in futuro di atrocità quali quelle previste all' art. 5 dello Statuto.

#### • **genocidio (definizione, differenza con lo sterminio)**

Il genocidio come concetto legale risale ai processi di Norimberga contro i criminali di guerra nazisti. Il termine è stato coniato dall'avvocato ebreo polacco Raphael Lemkin per descrivere lo sterminio nazista di sei milioni di ebrei. Il reato di genocidio è stato formalmente creato nella Convenzione sul genocidio del 1948 per descrivere «atti commessi con l'intento di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso». Il genocidio è un «crimine internazionale molto specifico» che è difficile da provare, perché richiede la prova della «motivazione mentale» dietro di esso. Tra i crimini riconosciuti come genocidio c'è quello commesso nel 1994 in Ruanda ai danni dei tutsi e degli hutu moderati.

Ma il genocidio non è un concetto esclusivamente giuridico. A pensarci bene, il genocidio è innanzitutto un fenomeno di violenza politica e come tale andrebbe studiato. Il cambio di prospettiva ivi suggerito presenta un vantaggio fondamentale: il genocidio diviene un processo, un processo che dev'essere dunque ideato, adottato e supportato dalla leadership politica, propagandato alla cittadinanza, organizzato in dettaglio e preparato nei suoi aspetti pratici prima che lo sterminio sistematico cominci.

Non è dunque un caso che nel dibattito accademico si parli piuttosto di politica genocidaria in adempimento della quale i singoli episodi (o atti) di genocidio sono posti in essere. Questa nuova comprensione del fenomeno, se da un lato rinuncia alla precisione giuridica del termine, dall'altro consente di intervenire prima che detta politica sia portata a compimento.

#### • **Crimini di guerra**

I crimini di guerra sono gravi violazioni del diritto internazionale contro civili e combattenti durante i conflitti armati. I parametri per individuare ciò che costituisce un crimine di guerra sono individuati dall'articolo 8 dello Statuto di Roma del 1998, che ha istituito la Cpi: si tratta di «gravi violazioni» delle Convenzioni di Ginevra del 1949, ovvero oltre 50 ipotesi di reato, tra le quali uccisioni, torture, stupri e presa di ostaggi, nonché attacchi a missioni umanitarie. L'articolo 8 riguarda anche gli attacchi deliberati contro civili o «città, villaggi, abitazioni, edifici che sono indifesi e che non sono obiettivi militari» nonché la «deportazione o trasferimento di tutta o parte della popolazione» di un territorio occupato. Le autorità ucraine affermano di aver finora ricevuto 5.600 denunce di presunti crimini di guerra da parte delle forze russe dall'inizio dell'invasione il 24 febbraio.

L'organo che invece si occupa di perseguire i crimini di guerra - tra i vari sui quali ha giurisdizione - è la **Corte Penale Internazionale dell'Aja**, nata in seguito alla **Conferenza diplomatica di Roma del 1998** ed entrata pienamente in vigore nel 2002. Purtroppo, però, molti Stati non sono firmatari dello Statuto di Roma e dunque si sottraggono all'azione della Corte - tra questi figurano gli **Usa**, la **Russia**, la **Cina** e l'**India**, solo per citare le nazioni più importanti.

#### • **Il Consiglio di Sicurezza dell'Onu**

Questo non significa però che la **Corte** sia del tutto impotente. Il **Consiglio di Sicurezza dell'Onu** può darle mandato di indagare ed eventualmente processare individui od enti che hanno infranto il diritto umanitario anche in quei Paesi non firmatari dello Statuto. Naturalmente è molto difficile che questo avvenga nel caso del conflitto in Ucraina, dato che la Russia ha il diritto di veto al Consiglio. Il procuratore della Corte, il britannico Karim Khan, ha ad ogni modo annunciato che l'Aja ha iniziato le sue indagini in Ucraina, raccogliendo già testimonianze e dati utili, in virtù della richiesta in tal senso depositata da oltre 40 Paesi firmatari. "Non c'è giustificazione legale, non ci sono scuse per attacchi indiscriminati o sproporzionati nei loro effetti sulla popolazione civile", ha chiarito Khan l'11 marzo scorso. "Il mio ufficio continuerà il suo lavoro in Ucraina e cercherà di approfondire ulteriormente il suo impegno con tutti gli attori nel perseguimento del nostro obiettivo comune di garantire la responsabilità per i crimini internazionali"

#### • **Crimini contro l'umanità**

La nozione di tale reato è stata formulata per la prima volta l'8 agosto 1945 e codificata nell'articolo 7 dello Statuto di Roma. Implica «un attacco diffuso o sistematico diretto contro qualsiasi popolazione civile», inclusi «omicidio» e «sterminio», nonché la «riduzione in schiavitù» e la «deportazione o il trasferimento forzato». I crimini contro l'umanità possono verificarsi in tempo di pace e includono torture, stupri e discriminazioni, siano esse razziali, etniche, culturali, religiose o di genere.

#### • **Crimine di aggressione**

Nel 2017 la Cpi ha aggiunto il crimine di aggressione al suo mandato che riguarda gli attacchi alla «sovranità, integrità territoriale o indipendenza politica» di un altro Paese. Il reato mira a garantire che i leader politici e militari siano ritenuti responsabili delle invasioni, ma non può essere utilizzato contro le decine di membri della Cpi che non hanno riconosciuto la giurisdizione del tribunale, né contro i non membri. I giuristi ritengono che invocare questo crimine nei confronti del presidente russo potrebbe richiedere l'istituzione di un tribunale speciale per l'Ucraina.

#### • **Crimini di guerra, genocidio e questione Ucraina**

Per il presidente Usa Joe Biden, in Ucraina le truppe russe stanno commettendo un genocidio e la stessa accusa nei confronti di Vladimir Putin è stata mossa dal presidente ucraino Volodymyr Zelensky. Mentre il presidente francese Emmanuel Macron ha invitato alla prudenza, perché ritiene che una «escalation delle parole» non contribuisca all'obiettivo di fermare la guerra e cercare la pace, ma ha insistito sul fatto che l'esercito russo ha commesso «crimini di guerra». Il tutto mentre l'Ue fa sapere che contribuirà alle indagini e farà di tutto «per punire i responsabili dei crimini di guerra in Ucraina».

L'organismo competente per giudicare queste categorie di crimini è la Corte internazionale di giustizia (Icc/Cpi), con sede all'Aja. Né la Russia né l'Ucraina ne fanno parte, tuttavia Kiev ha accettato la giurisdizione della Corte per i crimini commessi sul suo territorio a partire dall'invasione russa della Crimea, nel 2014. È sulla base di questo «via libera» che lo scorso 3 marzo la Cpi ha aperto un'indagine su sospetti crimini di guerra compiuti in Ucraina. Ecco qual è la differenza tra le varie categorie che rientrano nelle competenze della Cpi, ovvero crimini di guerra, crimini contro l'umanità e genocidio. Di recente è stata inoltre istituita una nuova categoria, il crimine di aggressione.

#### • **Articolo 5 dello statuto di Roma: Crimini di competenza della Corte**

La competenza della Corte è limitata ai crimini più gravi, motivo di allarme per l'intera comunità internazionale. La Corte ha competenze, in forza del presente Statuto, per i crimini seguenti:

- crimine di genocidio;
- crimini contro l'umanità;
- crimini di guerra;
- crimine di aggressione.

La Corte eserciterà il proprio potere giurisdizionale sul crimine di aggressione successivamente all'adozione, in conformità agli articoli 121 e 123, della disposizione che definirà tale crimine e stabilirà le condizioni alle quali la Corte potrà esercitare il proprio potere giurisdizionale su tale crimine. Tale norma dovrà essere compatibile con le disposizioni in materia della Carta delle Nazioni Unite.

#### • **diritto internazionale umanitario (tutela delle vittime dei conflitti armati: convenzioni di Ginevra)**

Importante settore del **diritto internazionale** pubblico, il **diritto** umanitario è quella parte del diritto bellico volta a tutelare la popolazione civile e inerme (diritto di Ginevra) o a porre limiti all'impiego di mezzi e metodi di **guerra** (diritto dell'Aia) in situazioni di grave emergenza (in particolare, in caso di conflitto armato).

Il diritto internazionale umanitario non va confuso con il diritto internazionale dei **diritti umani**, giacché si applica in situazioni di guerra (interna o internazionale), ha portata generale (si impone a qualsiasi parte del conflitto, aggredito e aggressore) ed è inderogabile. Inoltre, non si occupa di ius ad bellum, ossia delle ragioni per cui ha inizio un determinato conflitto, ma solo dello ius in bello, ossia di regolamentare la condotta delle ostilità, a prescindere dal motivo per cui hanno avuto inizio.

**Le Convenzioni di diritto umanitario.** - Oltre che nelle Convenzioni dell'Aia del 1899 e del 1907, il diritto umanitario ha trovato sistemazione nelle Convenzioni di Ginevra del 1906, 1929 e 1949. Come ha precisato la **Corte internazionale di giustizia** (Parere sulla liceità delle armi nucleari, 1996), le due branche si sono fuse in un unico sistema di diritto. Fondamentali sono state, in questo senso, le quattro Convenzioni di Ginevra elaborate nell'agosto del 1949: per il miglioramento delle condizioni dei feriti e dei malati delle forze armate in campagna; per il miglioramento delle condizioni dei feriti, dei malati e dei naufraghi delle forze armate sul mare; sul trattamento dei prigionieri di guerra; sulla protezione delle persone civili in tempo di guerra. A queste convenzioni vanno sommati i protocolli aggiuntivi del 1977, rispettivamente sulla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali e dei conflitti armati non internazionali.

Le categorie tutelate dalle Convenzioni di Ginevra sono: la popolazione civile; i feriti; i naufraghi; gli ammalati; i caduti; i prigionieri di guerra. In seguito all'ampliamento del concetto di 'vittima' dei conflitti armati, la definizione è stata estesa, mediante specifiche convenzioni internazionali (per esempio, la Convenzione dell'Aia del 1954 per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato), anche ad alcuni beni, in particolare i beni culturali e l'ambiente.

**Valore consuetudinario.** - Caratteristica comune di questo corpus di convenzioni è la 'clausola Martens', secondo la quale le persone civili e i combattenti sono protetti dai diritti in uso al momento e nel luogo in questione e dai principi umanitari dettati dalla coscienza pubblica. Le norme contenute nelle Convenzioni di Ginevra sono state ritenute dalla Corte internazionale di giustizia parte integrante del diritto internazionale consuetudinario (**Consuetudine. Diritto internazionale**), nella sentenza del 1986 sulle Attività militari e

paramilitari in Nicaragua. Nelle sentenze del 1995 e del 1997 sul caso Tadić, il Tribunale per i crimini commessi nella ex Jugoslavia (**Tribunali penali internazionali**) ha affermato, in sintonia con la Corte internazionale di giustizia, che non solo i principi umanitari contenuti nell'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra, ma anche quelli del Protocollo addizionale applicabile nei conflitti non internazionali costituiscono norme inderogabili del diritto internazionale generale (**ius cogens. Diritto internazionale**).

## **DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO (ARTICOLI LEGGE PRECISI)**

### **• meccanismo del rinvio (art. 13 legge 218/1995)**

Una delle principali novità della legge italiana di riforma è data dall'accoglimento, all'ultimo momento, della regola del rinvio da parte dell'art. 13, il quale, al 1° comma, stabilisce che quando negli articoli successivi è richiamata la legge straniera, si tiene conto del rinvio operato dal diritto internazionale privato straniero alla legge di un altro Stato: a) se il diritto di tale Stato accetta il rinvio; b) se si tratta di rinvio alla legge italiana. L'introduzione di una norma come quella contenuta nell'art. 13 della legge di riforma ha attribuito al nostro sistema di diritto internazionale privato un dinamismo ed un'elasticità sconosciuti alla precedente codificazione. Il rinvio, infatti, consente di "correggere" il richiamo alla legge sostanziale applicabile, effettuato in prima battuta dalle nostre norme di conflitto, mediante la possibilità di tener conto delle regole di diritto internazionale privato dell'ordinamento straniero richiamato[8].

Il problema del rinvio

Il problema del rinvio consiste nel domandarsi se il richiamo fatto dalla norma di conflitto del foro ad un ordinamento straniero si riferisca alle sole norme materiali di tale ordinamento o se, invece, includa anche le norme di conflitto dello stesso[9].

Occorre considerare, infatti, che l'ordinamento giuridico richiamato non contiene soltanto norme di diritto sostanziale, ma anche norme di diversa natura, come quelle di diritto internazionale privato, le quali costituiscono un nucleo a sé stante nell'ambito della normazione propria dell'ordinamento straniero richiamato[10].

Ne consegue che tutte le volte in cui la norma interna di diritto internazionale privato designa un dato ordinamento straniero come competente a regolare un fatto o un rapporto giuridico si pone il problema di stabilire se si deve tenere conto di qualunque valutazione che tale ordinamento ne faccia e, quindi, anche di quella per cui, considerando il fatto o il rapporto a sé estraneo, ne sottoponga la disciplina, mediante una propria norma di diritto internazionale privato, ad un ordinamento diverso; oppure se è sottinteso che la norma interna di conflitto intanto richiama quell'ordinamento straniero in quanto esige che da esso solo si desumano le norme regolatrici. Nel primo caso opererà il rinvio alle norme di diritto internazionale privato dell'ordinamento straniero richiamato; nel secondo queste ultime saranno escluse dal rinvio, dato che il loro funzionamento condurrebbe all'applicazione di una legge sostanziale diversa da quella voluta[11].

Il problema si pone esclusivamente nei casi in cui la norma di diritto internazionale privato che disciplina lo stesso fatto nell'ordinamento richiamato fa uso di un diverso criterio di collegamento rispetto a quello del foro, ossia quando si constata che l'ordinamento straniero cui rinvia la norma di conflitto del foro richiama un'altra legge[12].

Si parla di rinvio indietro o rinvio di primo grado quando la legge designata dalle norme di conflitto italiane rinvia al diritto del foro. Si parla, invece, di rinvio oltre o rinvio di secondo grado quando la norma di conflitto straniera designa una legge terza[13].

Il problema del rinvio non si pone quando la norma di conflitto del foro e quella dell'ordinamento richiamato sono identiche, né quando i due criteri di collegamento ritenuti divergenti giungono a designare la medesima legge, né, infine, quando il richiamo internazionale privatistico opera verso il diritto interno dello stesso ordinamento del foro, dal momento che in questo caso è chiaro che esso si riferisce alle sole disposizioni di diritto materiale del foro[14].

Gli Stati possono, dunque, risolvere il problema del rinvio, in via legislativa o giurisprudenziale, ammettendo il solo rinvio indietro, oppure ammettendo tanto il rinvio indietro quanto il rinvio oltre, o ancora escludendo il rinvio. Optando per l'accoglimento del rinvio oltre, poi, questo potrà essere ammesso limitatamente all'ordinamento di un secondo o di un terzo Stato oppure senza limiti finché non si pervenga ad un ordinamento che non ammette il rinvio [15].

Nel corso del tempo gli Stati si sono avvalsi in pratica di tutte queste possibilità tenendo conto non solo degli argomenti addotti dalla dottrina, ma anche e soprattutto delle caratteristiche delle loro legislazioni. E' chiaro, infatti, che la questione del rinvio non può essere considerata come fine a se stessa, dovendo essere inserita nel sistema di diritto internazionale privato dello Stato di cui si tratta.

### **• rinvio ad ordinamenti plurilegislativi**

I rapporti tra parti legate a vario titolo a diversi ordinamenti giuridici sono certamente molto frequenti in materia di obbligazioni ed è scontato che una fattispecie possa essere astrattamente disciplinata da una pletera di norme diverse, che dipendono dall'ordinamento "demandato" alla sua regolamentazione. Resta il fatto che l'incognita potrebbe riguardare non soltanto i criteri da utilizzare per disciplinare questo o

quell'elemento della fattispecie, ben potendo, in alcuni casi, sussistere dubbi sul tipo di ordinamento da "consultare", anche quando le norme di DIP (italiano) non tradiscono incertezza.

Facciamo degli esempi per dare forma a questo ulteriore problema, insito nel rinvio da un ordinamento all'altro.

La norma di diritto italiano che ci serve, in considerazione della fattispecie che ci interessa, rinvia a un ordinamento federale, diciamo quello tedesco: la fattispecie sarà regolata da una norma dell'ordinamento nazionale (Repubblica federale di Germania) o locale (da intendersi la norma di uno degli Stati federati della Repubblica federale di Germania)?

Oppure, la norma italiana rinvia a un ordinamento ove troviamo una miscellanea di discipline, dovuta solitamente all'appartenenza del popolo di quello Stato ad altrettanti gruppi sociali (tipico di vari Stati islamici): basti riflettere sui rapporti commerciali tra un'impresa italiana e controparti localizzabili in Iraq, in Siria, in Libia. Dove può essere rinvenuta, nello specifico, la "norma-guida" della fattispecie oggetto del rapporto in questione?

Il problema non è di poco conto e rischia di creare situazioni di stallo o turbative di rapporti costituiti sottovalutando tale dato di fatto. È il caso di pensarci bene sia quando siamo obbligati da una norma a sottostare alla legge di quel dato Paese, sia quando invece la scegliamo liberamente perché ne abbiamo la possibilità. Chi intrattiene rapporti commerciali in campo petrolifero con un'impresa mediorientale, ad esempio, potrebbe infatti non essere in grado di "barcamenarsi" nemmeno in prima battuta tra i molteplici ordinamenti dello Stato in cui l'impresa è situata.

Una soluzione per "limitare i danni" a dire il vero c'è.

Ai sensi delle disposizioni di riferimento della nostra legge di DIP sostanziale, "comanda" l'ordinamento al quale si rinvia: il che equivale a dire che la fattispecie non sarà disciplinata dall'ordinamento italiano. In pratica, se nel rapporto di cui sopra l'ordinamento italiano rinvia a quello iracheno, al rapporto si imporrà la legge dell'ordinamento iracheno e sulla base dei criteri dell'ordinamento iracheno; con la conseguenza che, se sull'ordinamento iracheno insistono altri ordinamenti giuridici più specifici, si dovrà individuare quello chiamato a disciplinare la fattispecie.

Solo in assenza di criteri necessari e sufficienti ai fini dell'individuazione dell'ordinamento giuridico nel complesso dell'ordinamento plurilegislativo, si potrà procedere alla selezione del sistema giuridico che presenti il collegamento più stretto con la fattispecie.

In conclusione, quando un rapporto obbligatorio viene disciplinato dal diritto di un ordinamento plurilegislativo, occorrerà verificare nel dettaglio a quale dei sottosistemi giuridici presenti si dovrà sottoporre la fattispecie, sperando che ciò basti a esaurire le tappe del rinvio.

#### • **problematica della qualificazione**

La fattispecie della norma di diritto internazionale privato è costituita dall'indicazione di un elemento di carattere astratto: ciò che tuttavia contraddistingue il diritto internazionale privato è che esso ha a che fare con un regime giuridico straniero e non italiano. Inoltre vi è la circostanza che sia la fattispecie che la conseguenza sono formulate mediante concetti-quadro e non con l'indicazione di situazioni specifiche tipizzate.

La qualificazione nasce dal confronto tra l'estensione materiale dei concetti utilizzati rispettivamente dalla norma di conflitto del foro e dal sistema giuridico straniero.

Non deve essere fatta in una forma selettiva che sconvolge il senso del diritto applicato.

Il criterio dell'applicazione globale dell'ordinamento straniero esclude che si debba tener conto delle qualificazioni praticate in esso che possono trasferire la competenza regolatrice ad un altro sistema giuridico.

#### **La questione preliminare**

La questione preliminare si pone all'atto di applicare il diritto straniero, quando occorre determinare il senso dei concetti giuridici che sono necessari per l'applicazione. La legge straniera di regola deve essere applicata nella sua globalità e nello stesso modo in cui l'applicherebbe il giudice straniero.

C'è tuttavia un'eccezione: spesso si preferisce applicare alla questione preliminare i criteri di collegamento propri del foro senza preoccuparsi di quanto stabilisce la legge competente per la questione principale. Le eccezioni sono giustificate da ragioni di opportunità pratica o di coerenza interna.

#### • **Downgrading**

*I matrimoni contratti all'estero da un cittadino italiano e uno straniero non possono essere trascritti e riconosciuti come matrimoni, ma come unioni civili ai sensi della **legge 76/2016**.*

*L'art. **32 bis della legge 218/1995**, introdotto dalla legge 76/2016, esprime chiaramente la scelta legislativa verso il modello dell'unione civile, in quanto norma diretta a regolare la circolazione ed il riconoscimento degli effetti degli atti di matrimonio celebrati all'estero da coppie omoaffettive.*

La Corte di Cassazione – sentenza 14 maggio 2018 n. 11696 – compie un'interpretazione della recente **Legge n. 76/2016** sulle Unioni civili, e sui decreti attuativi a essa collegati.

#### Vai alla Sentenza

La legge ha previsto, come modello per le unioni omoaffettive, l'unione civile, alla quale sono ricollegabili una serie di effetti previsti dal legislatore.

La *questio iuris* riguarda l'ipotesi in cui la coppia formata da un cittadino italiano e un cittadino straniero, contragga matrimonio all'estero e intenda far riconoscere l'atto come matrimonio e non come unione civile ai sensi della **Legge 76/2016**.

• **modalità di interpretazione del diritto straniero richiamato (art. 14. L. 218/1995)**

**Art. 14.**

**Conoscenza della legge straniera applicabile.**

1. L'accertamento della legge straniera è compiuto d'ufficio dal giudice. A tal fine questi può avvalersi, oltre che degli strumenti indicati dalle convenzioni internazionali, di informazioni acquisite per il tramite del Ministero di grazia e giustizia; può altresì interpellare esperti o istituzioni specializzate.
2. Qualora il giudice non riesca ad accertare la legge straniera indicata, neanche con l'aiuto delle parti, applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa. In mancanza si applica la legge italiana.

• **convenzione di diritto internazionale privato uniforme**

L'insieme delle regole e dei principi volti a disciplinare i rapporti giuridici tra privati che presentano elementi di estraneità rispetto a un determinato ordinamento statale, mediante rinvio all'ordinamento di un altro Stato. Il diritto internazionale privato è quindi una parte dell'ordinamento interno e va tenuto distinto dal diritto internazionale pubblico, che regola, invece, i rapporti tra Stati e altri enti sovrani.

**Il sistema italiano di diritto internazionale privato.** - Nell'ordinamento giuridico italiano, le norme fondamentali di diritto internazionale privato sono racchiuse nella l. 218/1995, che ha riformato il sistema stabilito dalle disposizioni preliminari al codice civile. La l. 218/1995 determina l'ambito della giurisdizione italiana, pone i criteri per l'individuazione del diritto applicabile a fatti e rapporti che presentano elementi di estraneità rispetto all'ordinamento italiano, e disciplina l'efficacia delle sentenze e degli atti stranieri (art. 1). La struttura tipica della norma di diritto internazionale privato si articola in due elementi: la norma, che descrive in maniera astratta, cioè per categorie, i fatti che intende disciplinare; e il criterio di collegamento, volto a identificare l'ordinamento competente a regolare un rapporto che presenta carattere di estraneità rispetto all'ordinamento interno e che il legislatore prende in considerazione ai fini dell'individuazione dell'ordinamento straniero da richiamare.

**Le convenzioni di diritto internazionale privato.** - Come altre parti del diritto interno dei singoli Stati, anche il diritto internazionale privato può essere oggetto di norme internazionali. Sono tali le convenzioni internazionali che fanno obbligo agli Stati di introdurre nel proprio ordinamento alcune particolari norme di diritto internazionale privato, in modo da raggiungere la maggiore uniformità possibile delle varie legislazioni. Rientrano in questa categoria le Convenzioni dell'Aia del 12 giugno 1902 sui conflitti di legge in materia di matrimonio, di divorzio e separazione personale, di tutela dei minori; quella del 17 luglio 1905 sugli effetti del matrimonio relativamente ai diritti e doveri dei coniugi nei rapporti personali e patrimoniali; le due Convenzioni di Ginevra del 7 giugno 1930 e del 19 marzo 1931 concernenti la cambiale e il vaglia cambiario, l'assegno bancario.

Norme internazionali relative al diritto internazionale privato possono essere contenute anche in convenzioni che, in linea principale, concernono materie diverse dal diritto internazionale privato, qual è, per esempio, con i suoi art. 4 e 5, la Convenzione di Ginevra del 23 ottobre 1933 sullo statuto dei profughi. Alcune convenzioni in materia sono state elaborate in seno a varie organizzazioni internazionali competenti, come la Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato e l'Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato.

- La Convenzione di Vienna è convenzione di diritto materiale uniforme e prevale sulle norme di diritto internazionale privato rispetto alle quali è norma speciale: le norme di diritto materiale sono speciali perché risolvono "direttamente" le questioni sostanziali, ossia evitando il doppio passaggio, consistente nell'individuazione del diritto applicabile prima e nell'applicazione poi dello stesso, che sempre si rende necessario quando si fa ricorso al diritto internazionale privato.

Il rapporto contrattuale internazionale che nella prospettiva del diritto italiano verrebbe qualificato di somministrazione, rientra nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della Convenzione di Vienna giacché scopo della Convenzione è disciplinare tutti i contratti internazionali in cui vi è consegna di beni mobili e trasferimento della loro proprietà contro il pagamento di un prezzo, a prescindere dalla qualificazione giuridica che, secondo gli ordinamenti nazionali, tale operazione economica può assumere.

Il diritto internazionale privato non ammette la possibilità di scegliere un insieme di regole non statali, il riferimento alle quali è quindi inidoneo a determinare la prevalenza della disciplina richiamata rispetto alle norme imperative del diritto altrimenti applicabile, mentre è idoneo a derogare alle norme dispositive del diritto applicabile, e dunque anche alle disposizioni della Convenzione di Vienna.

E' quanto stabilito dal Tribunale di Padova, sezione distaccata di Este, con la sentenza 11 gennaio 2005.

Nel caso concreto il Giudice ha ritenuto che la scelta operata dalle parti non permettesse d'individuare le regole esatte del loro rapporto negoziale, in quanto il riferimento alle "leggi e regolamentazioni" delle Camera di Commercio di Parigi è estremamente vago ed impreciso

• **ordine pubblico + esempi di principi inderogabili (applicazione norme di diritto islamico come il ripudio, in contrasto con la parità dei coniugi) O valutazione concreta e sostanziale**

**Il caso.** Una coppia di due uomini, che aveva avuto due figli all'estero nati con la maternità surrogata, chiedeva la trascrizione all'anagrafe in Italia dell'atto di filiazione, riconosciuta nel paese straniero.

**Riconoscimento dell'efficacia del provvedimento del giudice straniero.** Le Sezioni Unite hanno rigettato la domanda di riconoscimento dell'efficacia del provvedimento del giudice straniero, riguardante due minori concepiti da uno dei componenti di una coppia omoaffettiva mediante il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, con la collaborazione di due donne, una delle quali aveva messo a disposizione gli ovociti, mentre l'altra aveva provveduto alla gestazione.

La Corte ha ritenuto che il riconoscimento del rapporto di filiazione con l'altro componente della coppia si ponga in contrasto con il divieto della surrogazione di maternità, previsto dall'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004, ravvisando in tale disposizione un principio di ordine pubblico, posto a tutela della dignità della gestante e dell'istituto dell'adozione.

**Ordine pubblico internazionale.** In riferimento, poi, a cosa si debba intendere per ordine pubblico internazionale, i Supremi Giudici hanno pronunciato il seguente principio di diritto: «In tema di riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero, la compatibilità con l'ordine pubblico, richiesta dagli artt. 64 e ss. della legge n. 218/1995, dev'essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindere nella ricostruzione delle nozioni di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico».

- Con sentenza n. 16804/2020, la Corte di cassazione ha avuto modo di esprimersi in ordine alla compatibilità con l'ordine pubblico di una decisione resa da un tribunale islamico che dichiara lo scioglimento del matrimonio per effetto del ripudio maritale.

**I fatti**

Una cittadina palestinese si opponeva, ai sensi dell'art. 67 della legge n. 218/1995, alla richiesta dell'ex marito di iscrizione al registro dello stato civile della sentenza resa dal Tribunale sciaraitico del Nablus occidentale che aveva attestato lo scioglimento del loro matrimonio per effetto di dichiarazione unilaterale di ripudio del marito (*talaaq*). Nel dettaglio, la ricorrente deduceva che la decisione si poneva in contrasto con l'ordine pubblico, nella misura in cui il diritto applicato dall'autorità religiosa non garantirebbe parità di diritti genere ai membri dell'unione (violando l'ordine pubblico c.d. sostanziale), nonché in quanto il procedimento che aveva condotto alla decisione non le avrebbe garantito alcuno spazio difensivo (in collisione con l'ordine pubblico c.d. procedurale). L'ex coniuge resistente, dal canto suo, sosteneva che il ripudio non avesse carattere definitivo, in quanto revocabile, e che l'autorità religiosa avrebbe comunque tentato di riconciliare la coppia.

**La pronuncia**

La Suprema Corte rileva che il Tribunale sciaraitico ha emesso la decisione all'esito di una procedura che non ha visto la partecipazione della moglie ed è consistita, in sostanza, nel ricevimento, da parte dell'autorità giudiziaria, della formula di dichiarazione di ripudio resa dal marito. La donna, infatti, ha avuto notizia del procedimento solo a seguito del provvedimento del Tribunale, peraltro al solo fine di consentirle di comparire dinanzi ad esso per verificare l'eventuale riconciliazione della coppia.

Tanto basta, a parere del giudice di legittimità, per sancire l'incompatibilità della decisione con il principio del contraddittorio, sancito all'art. 111 Cost., quale canone dell'ordine pubblico italiano.

La Corte di cassazione riconosce poi che la decisione è del pari lesiva dell'ordine pubblico nella sua dimensione sostanziale, giacché il diritto islamico nella sua declinazione palestinese assicura solo al marito la facoltà di sciogliere liberamente il rapporto di coniugio, confinando per la moglie tale facoltà ad un numero di casi tassativi. Per la Corte, tale soluzione normativa è in contrasto con il principio di uguaglianza dei coniugi sancito tanto in Costituzione, all'art. 29, quanto a livello internazionale, nel settimo protocollo addizionale alla Convenzione EDU, all'art. 5.

La pronuncia conferma l'orientamento della giurisprudenza di merito, ma lascia aperti alcuni interrogativi. Per un verso, la Corte non qualifica puntualmente il provvedimento straniero che attesta il *talaaq*. Sebbene rilevi che il giudice straniero si è limitato a subordinare l'emissione del provvedimento alla dichiarazione maritale di ripudio, la Corte esamina la recepibilità del mutato status coniugale nell'ottica della disciplina del riconoscimento delle decisioni straniere. Tale approccio, tuttavia, è percorribile qualora lo scioglimento del

rapporto sia il frutto di un apprezzamento delle circostanze del caso concreto. Per contro, se, come nella specie, il rapporto coniugale termina per effetto della semplice manifestazione di volontà di uno dei coniugi, relegando l'autorità giudiziaria straniera ad assumere un mero ruolo certificativo di tale volontà, allora l'apertura dell'ordinamento italiano al nuovo status dovrebbe avvenire valutando, piuttosto, se lo scioglimento sia avvenuto in conformità alla legge applicabile al rapporto matrimoniale, ferma anche in tal caso la possibilità di rilevare la contrarietà della legge straniera (non più del provvedimento) all'ordine pubblico.

Infine, solleva dubbi l'affermazione della Cassazione per cui il giudice italiano, nell'esaminare la conformità della decisione straniera all'ordine pubblico, debba verificare se il giudice straniero abbia dichiarato lo scioglimento del matrimonio all'esito di un accertamento della cessazione del rapporto affettivo tra i coniugi. Si tratta di un requisito singolare, giacché le stesse corti italiane, in relazione a casi puramente interni, assegnano a tale verifica un ruolo formale, per molti versi soddisfatta presuntivamente con la domanda giudiziale di scioglimento del rapporto.

#### • **critério di collegamento**

Le norme di diritto internazionale privato individuano l'ordinamento straniero al quale rinviare per la disciplina di fatti e rapporti che presentano elementi di estraneità rispetto all'ordinamento nazionale, attraverso l'indicazione di una o più circostanze inerenti al fatto da regolare. Tali circostanze sono definite criteri di collegamento (tra il fatto o rapporto da regolare e un dato ordinamento straniero).

Le norme contenute nella l. 218/1995, che ha riformato il sistema italiano di diritto internazionale privato, utilizzano vari criteri di collegamento. Tra questi: la cittadinanza; il domicilio e la residenza, in relazione ad apolidi e rifugiati, forma del matrimonio, forma del testamento (Successione a causa di morte. Diritto internazionale privato), responsabilità extracontrattuale per danno da prodotto; il luogo di situazione della cosa (Diritti reali. Diritto internazionale privato); la volontà manifestata dalle parti circa l'individuazione della legge applicabile ai contratti.

Altre norme di diritto internazionale privato, contenute nel codice della navigazione, prevedono il criterio di collegamento della nazionalità della nave o dell'aeromobile. Gli atti e i fatti compiuti a bordo di una nave o di un aeromobile nel corso della navigazione in luogo o spazio soggetto alla sovranità di uno Stato estero sono regolati dalla legge nazionale della nave o dell'aeromobile. Alla nazionalità della nave si ricollegano anche: i diritti reali e di garanzia su navi e aeromobili, la responsabilità dell'armatore e dell'esercente, i poteri e i doveri del comandante, il contratto di lavoro (salva diversa volontà delle parti), i contratti di utilizzazione di navi e aeromobili, la contribuzione alle avarie comuni, le obbligazioni derivanti da urto di navi o di aeromobili, da assistenza, salvataggio e recupero, la competenza giurisdizionale.

#### • **art. 18 legge 218/1995**

##### **Art. 18 Ordinamenti plurilegislativi**

1. Se nell'ordinamento dello Stato richiamato dalle disposizioni della presente legge coesistono più sistemi normativi a base territoriale o personale, la legge applicabile si determina secondo i criteri utilizzati da quell'ordinamento.

#### • **norme di applicazione necessaria + esempi (art. 17 legge 218/1995)**

##### **Art. 17 Norme di applicazione necessaria**

1. E' fatta salva la prevalenza sulle disposizioni che seguono delle norme italiane che, in considerazione del loro oggetto e del loro scopo, debbono essere applicate nonostante il richiamo alla legge straniera.

#### • **che cosa è la qualificazione? A cosa serve? (esiste una prima e una seconda qualificazione)**

**Una tipica norma di d.i.p. si articola in due elementi distinti:**

- **i fatti che intende disciplinare** descrivendoli in maniera astratta, sussumibile in categoria giuridica ( es. l'art.56 L.218/1995 è dedicato alla fattispecie delle donazioni);
- **Uno o più elementi di estraneità**, la norma di d.i.p. disciplina i rapporti connotati da elementi di estraneità.

#### **Le qualificazioni**

L'analisi del primo dei due elementi della tipica struttura della norma di d.i.p. ovvero **l'indicazione per categorie dei rapporti che si intendono disciplinare**, introduce il tema delle **c.d. qualificazioni**.

Il problema delle qualificazioni scaturisce dalla **difficoltà di individuare la norma applicabile con riferimento alle categorie tecnico-giuridiche che le norme di d.i.p. utilizzano nel descrivere le fattispecie che intendono regolare** ( es. obbligazioni, successioni, diritti reali ).

Data la **concezione bilaterale della norma di d.i.p.** ci si domanda **se il significato e la comprensività di tali categorie** debbano essere **individuati alla luce dell'ordinamento interno**, cui appartengono le norme di d.i.p., o alla stregua **degli ordinamenti stranieri cui si fa rinvio**.

Il problema della qualificazione viene **risolto in dottrina in modo diverso**.

**La tesi maggiormente seguita** è quella della **Lex fori (legge nazionale)** per la quale **le norme di conflitto in quanto norme interne devono essere interpretate sulla base dei canoni ermeneutici propri dell'ordinamento che le comprende alla stregua di ogni altra norma dello stesso sistema**.

Appare preferibile poiché **le norme del d.i.p. sono norme interne** dello Stato, sembra, pertanto, naturale concludere che **tali disposizioni debbano essere interpretate in base ai criteri ermeneutici propri dell'ordinamento cui appartengono.**

Inoltre è logico supporre che **al momento di emanarle anche il legislatore abbia inteso fare riferimento al significato che tali categorie comunemente avevano all'interno del sistema giuridico nazionale in cui operava.**

Tale teoria, tuttavia, **non risolve il problema della qualificazione di istituti giuridici propri di alcuni ordinamenti ma sconosciuti ad altri** quali, ad esempio, la bigamia, il trust o il ripudio islamico.

- Per superare tali inconvenienti sono stati suggeriti **due correttivi**:
- In primo luogo è stato chiarito che, allorché **le norme di d.i.p. utilizzano parole come << obbligazioni>>, << fatti illeciti>> ecc...**, non intendono fare riferimento agli istituti dell'ordinamento interno così come disciplinati e regolati dalla *lex fori*, ma **a concetti e categorie giuridiche che sono patrimonio comune di moltissimi sistemi normativi**, sia pure con sfumature diverse, e che, quindi, **vanno interpretati con una certa larghezza ed elasticità**;
- In secondo luogo **è stato osservato** che anche se la **teoria della qualificazione secondo la *lex fori*** è sicuramente la più adeguata, **è necessario operare delle correzioni per due ordini di ragioni**: preliminarmente perché **ordinamenti diversi potrebbero qualificare diversamente i medesimi fatti**, in secondo luogo perché **resta sempre il problema di istituti sconosciuti in uno degli ordinamenti** (es. il trust). Al fine di superare i suddetti inconvenienti nasce **la teoria della doppia qualificazione** per la quale:
  - dopo la prima qualificazione secondo **la *lex fori*** e conseguente **individuazione del diritto applicabile**,
  - si deve procedere ad una **seconda qualificazione dell'istituto** sulla base della ***lex causae***, ovvero ai **principi che appartengono all'ordinamento richiamato**, per reinterpretarlo correttamente secondo le categorie proprie dell'ordinamento richiamato appunto.

**La c.d. teoria della doppia qualificazione** è stata normatizzata ad opera della **L.128/1995 all'art.15**, per il quale: **il richiamo all'ordinamento straniero non deve essere inteso quale richiamo alla singola norma da applicare, ma all'ordinamento stesso nella sua globalità**: leggi, dottrina e giurisprudenza (comprese le norme di d.i.p. sue proprie, che potrebbero rinviare ad un ulteriore ordinamento).

Alla luce di tale patrimonio giuridico **si procede ad una nuova interpretazione**, ovvero **il giudice italiano si comporta esattamente come se fosse il giudice straniero e applica la legge (straniera) secondo i propri criteri di interpretazione e di applicazione nel tempo.**

**La doppia qualificazione** è un principio di maturità giuridica che **consente di evitare ogni supremazia o preferenza per le categorie ermeneutiche dell'ordinamento di appartenenza, nel rispetto della parità tra ordinamenti.**

#### **I criteri di collegamento**

**Il criterio di collegamento è un elemento tipico della norma di d.i.p..**

Tale criterio **consente di collegare la fattispecie concreta ad un ordinamento** (o più, in via successiva o alternativa) **per poterla regolare**. Così, i rapporti personali tra coniugi saranno regolati dalla legge dello Stato di cui sono cittadini (legge nazionale), se è la stessa per entrambi ( legge cinese). L'elemento di estraneità (la cittadinanza) diventa il criterio che richiama l'ordinamento, perché lo collega alla fattispecie. Si tratta, pertanto, **di una qualche circostanza** ( nazionalità delle parti, luogo ove si sono svolti i fatti) **che pone in collegamento la vicenda**, rilevante per l'ordinamento nazionale, **con uno o più Stati esteri**. Il criterio del collegamento, dunque, **indica quell'aspetto del rapporto che il legislatore ritiene determinante ai fini dell'individuazione dell'ordinamento straniero da richiamare.**

**I più importanti criteri sono:**

- la **cittadinanza** di un soggetto,
- il **domicilio**, usato nei paesi di common law al posto del precedente,
- la **residenza**,
- il **luogo in cui si trova un bene**,
- il **luogo in cui è commesso un fatto**,
- **La volontà delle parti**, utilizzato, a determinate condizioni e in particolari ipotesi, quando lo Stato consente alle parti coinvolte negli interessi da regolare di scegliere l'ordinamento che preferiscono.

#### **Concorso di criteri di collegamento**

Una norma di d.i.p. **può contenere un solo criterio** (es.art. 52), **o più criteri contemporaneamente**, in tal caso si parla di **compresenza o concorso dei criteri di collegamento.**

**Il concorso di criteri può essere:**

- **successivo**, se c'è **un ordine da seguire nel loro utilizzo** (es.art. 29), il rapporto tra i diversi criteri indicati nella norma è di sussidiarietà di modo che **soltanto quando quello indicato per primo non è, per un qualsiasi motivo, in grado di funzionare, ci si rivolge al secondo e così via**;
- **alternativo**, se è **indifferente il ricorso all'uno o all'altro**, non viene stabilito tra i diversi criterio di collegamento indicati dalla norma di d.i.p. un rigoroso ordine di preferenza, **avvenendo la scelta tra di essi in funzione dei risultati pratici cui essa conduce**. Il concorso alternativo è **utilizzato soprattutto nella disciplina della forma**: il richiamo a più ordinamenti ha lo scopo di conservazione dell'atto, perché

è sufficiente che sia stimato valido da uno soltanto degli ordinamenti richiamati. Ad es., per la validità del testamento (trattandosi della validità di un atto irripetibile), i criteri di collegamento richiamano contemporaneamente sette diversi ordinamenti (art. 48);

- **Concorso cumulativo**, si tratta in realtà di un **unico criterio di collegamento che contemporaneamente richiama più ordinamenti** (es. doppia cittadinanza).

**Il criterio di collegamento non porta sempre all'applicazione di un ordinamento straniero.** La norma di d.i.p risponde ad una **concezione bilaterale**, potendo **richiamare tutti gli ordinamenti**, compreso quello di appartenenza, rispondendo in tal modo al principio di parità tra tutti gli ordinamenti. **È ormai superata, infatti, la concezione unilaterale** secondo cui **la norma di d.i.p. aveva la funzione di rimandare solo ad un ordinamento diverso da quello di appartenenza** (teoria unilaterale estroversa). All'interno di tale concezione c'era anche l'idea che la norma di d.i.p. in realtà non fosse che un limite all'applicazione del diritto in cui era inserita, lasciando spazio ad altri ordinamenti (teoria unilaterale introversa).

- **ci parli del limite dell'ordine pubblico? commenta l'art. 16, par.2 L'218/19952 Il concetto dell'ordine**

In riferimento, poi, a cosa si debba intendere per ordine pubblico internazionale, i Supremi Giudici hanno pronunciato il seguente principio di diritto: «In tema di riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero, la compatibilità con l'ordine pubblico, richiesta dagli artt. 64 e ss. della legge n. 218/1995, dev'essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindersi nella ricostruzione delle nozioni di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico».

#### **Art. 16 Ordine pubblico**

1. La legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico.
2. In tal caso si applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa. In mancanza si applica la legge italiana.

www.unidocs.it

www.unidocs.it

www.



www.unidocs.it

www.unidocs.it



www.unidocs.it

www.unidocs.it



www.unidocs.it

www.unidocs.it