16/5/1

ISTITUTO UNIVERSITARIO EUROPEO
Dipartimento di Scienze Giuridiche

Tesi per il conseguimento del dottorato di ricerca in Scienze Giuridiche
anno accademico 1996/97

I PROVVEDIMENTI CAUTELARI NEL PROCESSO INTERNAZIONALE

Direttore di tesi:
Prof. Antonio Cassese

Candidata:
Paola Gaeta

4/c → D

ISTITUTO UNIVERSITARIO EUROPEO
Dipartimento di Scienze Giuridiche

Tesi per il conseguimento del dottorato di ricerca in Scienze Giuridiche
anno accademico 1996/97

I PROVVEDIMENTI CAUTELARI NEL PROCESSO INTERNAZIONALE

Direttore di tesi:
Prof. Antonio Cassese

Candidata:
Paola Gaeta

INDICE

Capitolo 2
Competenza cautelare e giudizio principale

Capitolo 3
La questione della efficacia giuridica obbligatoria dei provvedimenti cautelari

Introduzione

1. La tutela cautelare nella teoria generale del processo interno

Come viene tradizionalmente notato, tra i pilastri di ogni moderno sistema processuale vi è il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale, il quale principio richiede che sia garantito all'attore che può avere ragione il conseguimento pratico del bene che gli è riconosciuto dalla legge[1]. Vi è però il pericolo che il tempo necessario allo svolgersi del processo ordinario faccia giungere troppo tardi il provvedimento definitivo, perché nel frattempo si sono verificate circostanza tali da rendere impossibile (o più gravosa) l'attuazione pratica della sentenza di accoglimento della domanda giudiziale. Si tratta quindi di risolvere quello che è stato definito "forse il più antico e più difficile problema pratico di ogni legislazione processuale": la necessità che il provvedimento definitivo, "per essere praticamente efficace, sia emanato senza ritardo e la inettitudine del processo ordinario a creare senza ritardo un provvedimento definitivo". Occorre in altri termini regolare "uno di quei casi in cui la necessità di far presto si urta contro la necessità di far bene: affinchè il provvedimento definitivo nasca colle migliori garanzie di giustizia, esso dev'essere preceduto dal regolare e meditato svolgimento di tutta una serie di attività, al compimento delle quali è necessario un periodo, spesso non breve, di attesa; ma questa mora indispensabile al compimento dell'ordinario *iter* processuale rischia di rendere praticamente inefficace il

---

[1]Si vedano in particolare, e limitatamente alla letteratura italiana, CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1956, p. 147, ove l'autorevole giurista afferma: "La necessità di servirsi del processo per ottenere ragione non deve tornara a danno di chi ha ragione"; v. anche REDENTI, *Diritto processuale civile*, vol. III, Milano, 1957, p. 51.

provvedimento definitivo, il quale pare essere destinato, per amor di perfezione, a giunger troppo tardi, come la medicina lungamente elaborata per un ammalato già morto"[2].

Per neutralizzare il rischio di inefficacia pratica della tutela giurisdizionale derivante dalla durata fisiologica del processo ordinario, normalmente i sistemi processuali degli ordinamenti interni prevedono che il giudice possa proteggere *medio tempore* la posizione giuridica sostanziale dedotta in giudizio, in attesa della decisione finale[3]. Per riferirsi all'insieme dei rimedi, di natura tipica o atipica, cui il giudice ricorre a tale scopo, nella terminologia italiana si ricorre all'espressione "provvedimenti cautelari", che può considerarsi equivalente a quelle correntemente utilizzate in ordinamenti stranieri (*mesures provisoires, medidas cautelares, provisional remedies, Vorsorglichte Rechtsschutz*)[4].

L'universale previsione di strumenti di tutela cautelare non presuppone naturalmente l'identità, in ciascuno ordinamento, delle denominazioni, del contenuto e della specifica disciplina degli stessi. Basti pensare che, già nell'ambito di ordinamenti di *civil law*, si

---

[2]CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, p. 19.

[3]Non esiste, in base alle nostre conoscenze, uno studio comparato di ampio respiro sulla tutela cautelare. Né è possibile rinviare alla dottrina e alla legislazione e prassi giudiziaria di ogni sistema giuridico nazionale. Uno studio comparatistico (dell'epoca) é stato comunque effettuato da DUMBAULD, *Interim Measures of Protection in International Controversies*, 's-Gravenhage, 1932, p. 33 ss. Nella letteratura italiana si veda l'esame comparato sulla protezione cautelare effettuato da DINI, MAMMONE, *I provvedimenti d'urgenza*, Milano, 1993, nonchè COMOGLIO, FERRI, *La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri compartivi*, in *Rivista di dirtto processuale*, 1990, p. 963 ss. Di utile consultazione risulta inoltre *Les mesures provisoires en procedure civile, Atti del Colloquio internazionale*, Milano, 12-13 ottobre 1984 (a cura di Tarzia) Milano, 1985, costituito da una raccolta di contributi sulla protezione cautelare nei principali ordinamenti nazionali. Da segnalare infine un recente studio sulla tutela cautelare in America-Latina: si tratta di BARBOSA MOREIRA, *Le misure cautelari nel processo latino-americano*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1993, p.1097 ss.

[4]In proposito v. specialmente COMOGLIO, FERRI, *op. cit.*, pp. 965-967.

adottano tendenzialmente due diversi modelli: l'uno totalmente atipico, l'altro tipico ma temperato da una misura cautelare atipica a carattere residuale[5]. Pur nelle inevitabili differenziazioni è però possibile riscontrare, negli ordinamenti sia di diritto civile che di *common law*, una sostanziale uniformità quanto ai profili essenziali della tutela cautelare.

Anzitutto deve sussistere il c.d. *periculum in mora*, e cioè il pericolo che - a causa del ritardo del provvedimento definitivo - si verifichi un pregiudizio grave e irreparabile alla pretesa che si fa valere in via giurisdizionale[6]. Tale pericolo in linea generale consiste, secondo una celebre distinzione, nella sopravvenienza di fatti che modificano la situazione su cui può poi operare la sentenza di accoglimento della domanda

---

[5]Nei sistemi di *common law* la scelta è per rimedi cautelari a contenuto atipico ed indeterminato: nell'ordinamento inglese le *Rules of Courts* hanno definitivamente consacrato tale scelta, mentre nell'ordinamneto federale nord-amercano rimane ferma ed indiscussa l'atipicità delle *preliminary injunctions* o dei *temporary restraining orders*. Nei sistemi giuridici di *civil law*, invece, accanto a sistemi che prevedono forme cautelari fortemente tipizzate, coesistono sistemi in cui prevalgono norme cautelari atipiche. Un esempio di tale ultimo sistema è senz'altro quello della Repubblica democratica tedesca, in cui il generale potere di cautela attribuito al giudice con l'*Einstweilige anordnung* veniva considerato la sola possibile fonte cautelare, mentre qualsiasi accenno di tipizzazione doveva ritenersi puramente indicativo (COMOGLIO, FERRI, *op. cit.*, p. 971). I sistemi fortemente tipizzati prevedono tuttavia una norma di chiusura, al fine di consentire al giudice di affrontare situazioni non tutelabili con gli strumenti cautelari preventivamente determinati dalla legge: v. ad esempio la disciplina dei provvedimenti d'urgenza prevista all'art. 700 del codice di procedura civile italiano.

[6]Sul requisito in argomento si veda, in relazione all'ordinamento polacco, BRONIEWICZ, *Les mesures provisoires en procedure polonaise*, in *Les mesures provisoires en procedure civile cit.*, p. 25; all'ordinamento greco, KERAMEUS, POLYZOGOPOULOS, *Les mesures provisoires en procedure civile hellenique*, *ibidem*, pp. 67-68; all'ordinamento austriaco, MATSCHER, *Les mesures provisoires en droit de procedure civile autrichien*, *ibidem*, p. 99; all'ordinamento brasiliano, PELLEGRINI GRINOVER, *La tutela cautelare atipica nel processo civile brasiliano*, nonché - anche per i sistemi latino-americani di lingua spagnola - BARBOSA MOREIRA, *op. cit.*, pp. 1098-1099; per l'ordinamento belga, VAN COMPERNOLLE, *Les mesures provisoires en droit belge*, in *Les mesures provisoires cit.*, p. 215; per l'ordinamento inglese, SHARPE, *Injunctions and Specific Performance*, Toronto, 1983, p. 166. Per il *periculum in mora* nell'ordinamento italiano si veda per tutti CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 15 ss. Da rilevare che non è sempre ben chiaro a quali parametri debba ancorarsi il giudice per valutare l'imminenza o l'irreparabilità del pregiudizio.

principale, oppure nel permanere stesso dello stato di insoddisfazione del diritto per tutta la durata del procedimento. Nella prima ipotesi, i provvedimenti cautelari hanno natura *conservativa*, e quindi contenuto *negativo*, nel senso che l'adempimento di tali provvedimenti si concreta in un comportamento di tipo *omissivo*. Nella seconda ipotesi, i provvedimenti hanno invece natura *innovativa*, quindi contenuto *positivo*, nel senso che essi richiedono al destinatario di tenere dei comportamenti di tipo *attivo*[7]. Si deve trattare di un pericolo attuale e non meramente astratto o ipotetico, tale da fondare l'urgenza di un intervento interinale cautelare.

L'altro requisito tradizionalmente posto a fondamento della tutela cautelare è il c.d. *fumus boni iuris*, il quale richiede l'accertamento della probabile esistenza del diritto che, affermato in via principale, si vuole proteggere dal *periculum in mora*[8]. La verifica di tale presupposto viene effettuata, all'interno degli ordinamenti nazionali, a seguito di un giudizio caratterizzato da diversi gradi di approfondimento. Più precisamente, in taluni sistemi processuali, l'accertamento del *fumus* richiede un giudizio positivo circa la rilevante possibilità di accoglimento della doglianza dell'attore, il che

---

[7] In questo senso v. per tutto Calamandrei, ove l'autore appunto osserva che i provvedimenti cautelari sono di due tipi, a seconda della natura del *periculum* che questi provvedimenti mirano a eliminare. I provvedimenti avranno contenuto *conservativo* quando vi è il pericolo di "infruttuosità" del provvedimento definitivo derivante dalla durata del processo, e cioè quando "ci si trova di fronte a uno stato di fatto che, se il provvedimento principale potesse essere eseguito immediatamente, sarebbe tale da rendere praticamente fruttuosa la sua efficacia pratica". I provvedimenti cautelari hanno invece contenuto innovativo quando occorre eliminare il pericolo di *tardività* del provvedimento definitivo, e cioè "quando si attende che il futuro provvedimento principale costituisca nuovi rapporti giuridici ovvero ordini misure innovative del mondo esterno". In queste ipotesi, "il provvedimento cautelare, per eliminare il danno che potrebbe derivare dal ritardo col quale il provvedimento principale potrà giungere a costituire tali effetti, deve tendere non già a conservare lo stato di fatto esistente, ma ad operare, in via provvisoria e anticipata, quegli effetti costitutivi e innovativi, che potrebbero diventare, se differiti, inefficaci o inattuabili" (*ibidem*, pp. 26-27).

[8] Nell'ordinamento francese si parla di *seuil d'evidence*, mentre nella dottrina anglosassone di *prima facie case*. Per tale requisito v. i diversi contributi in *Les mesures provisoires en procedure civile cit.*

necessariamente comporta un esame piuttosto approfondito del merito della controversia[9]. In altri sistemi, invece, l'accertamento del *fumus* richiede che il giudice si limiti a riscontrare la non manifesta infondatezza del ricorso principale, con ciò procedendo ad un esame molto sommario del merito della lite[10].

Certo è, e si tratta di altro profilo essenziale della tutela cautelare riscontrabile nel panorama comparativo, che la verifica di entrambi i presupposti ora menzionati avviene tramite cognizione sommaria. E invero non potrebbe essere diversamente, se si vuole consentire che il provvedimento cautelare venga emanato prima del provvedimento definitivo - dopo il quale risulterebbe evidentemente superfluo. Il giudizio in merito all'esistenza del *periculum in mora*, quando questo non sia preventivamente tipizzato dal legislatore, richiede dunque la verifica circa l'imminenza di un *possibile* danno marginale[11] causato dalla durata del processo ordinario. Parimenti l'accertamento del *fumus boni iuris* comporta un giudizio positivo in ordine al *possibile* accoglimento del ricorso principale. Sarà poi il provvedimento definitivo a confermare eventualmente la valutazione sommaria effettuata in sede cautelare.

Altro elemento connaturato ai provvedimenti cautelari è la loro natura provvisoria, e cioè la loro inidoneità a disciplinare in maniera definitiva il rapporto controverso. È

---

[9] È questa la soluzione seguita nel sistema processuale civile italiano.

[10] Nell'ordinamento inglese, prima della nota sentenza della *House of Lords* nella causa *American Cyanamid Co.* c. *Ethicon Ltd.*, l'accertamento del *prima facie case* richiedeva che il giudice si convincesse della fondatezza delle ragioni dell'istante, il che comportava un esame piuttosto approfondito del merito della controversia. Con la decisione relativa al caso dell'*American Cyanamid*, è stato invece enunciato un nuovo principio, per il quale il giudice deve unicamente convincersi che vi sia "a serious question to be tried", e cioè che la domanda non sia temeraria o vessatoria, tanto che si sottolineò che l'espressione "prima facie case" non risultava appropriata, suggerendosi invece che la Corte accertasse, ai fini della tutela interinale, che "the plaintiff ha[d] a case worthy of trial". Sul punto v. SHARPE, *op. cit.*, p. 67.

[11] L'espressione "danno marginale" è stata utilizzata da CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 18, richiamando FINZI (*ibidem*, nota n. 1).

questa una conseguenza inevitabile dello scopo cui è preordinata la tutela cautelare, scopo che, come si è già detto, è quello di proteggere la posizione giuridica che si vanta nella domanda principale in attesa che questa riconosciuta con la sentenza definitiva[12]. D'altronde la tutela cautelare è fondata su un accertamento sommario della fondatezza delle pretese vantate con l'atto introduttivo e, quindi, su un procedimento che non offre tutte quelle garanzie di contradditorio che caratterizzano la cognizione piena. Per dirla in altro modo, quelli cautelari non sono provvedimenti con attitudine al giudicato, in quanto non sono emanati sulla base di una valutazione ponderata circa l'oggetto della controversia. Si tratta cioè di provvedimenti che sono destinati ad essere sostituiti dal provvedimento definitivo, il quale potrebbe anche ribaltare il giudizio effettuato a livello di cognizione sommaria in sede cautelare. Con ciò risulta chiaro che la provvisorietà dei provvedimenti cautelari non va necessariamente intesa nel senso di provvisorietà dei loro effetti. Al contrario, tali effetti saranno consolidati dal provvedimento definitivo qualora questo riconosca il diritto a protezione del quale la tutela interinale è stata esercitata, mentre verranno meno nell'ipotesi opposta[13].

I provvedimenti in argomento, oltre ad essere provvisori, presentano generalmente un carattere di variabilità, essendo emanati - per così dire - *rebus sic stantibus*. Essi possono infatti essere modificati nel corso del procedimento principale qualora le circostanze lo esigano, e revocati qualora vengano a mancare i requisiti che ne hanno determinato l'emanazione.

---

[12] Ciò è vero anche quando il provvedimento cautelare sia già satisfattivo delle richieste dell'attore, garantendogli quelle stesse utilità che egli si promette di ottenere con il provvedimento definitivo.

[13] Sul punto, v. ancora lo studio di CALAMANDREI, p. 9 ss.

Infine, ed è un aspetto particolarmente evidenziato dalla dottrina italiana, la tutela cautelare risulta strumentale rispetto al giudizio principale. Questa strumentalità si sostanzia nell'asservimento di tale tutela al procedimento principale, per cui essa viene meno quando il secondo si estingue ovvero (in caso di tutela cautelare *ante causam*) non venga instaurato entro un termine perentorio. Siffatta caratteristica non deve però essere intesa nel senso che la tutela cautelare sia configurabile solo quando vi sia certezza del completo svolgimento del procedimento principale, con relativa pronuncia finale. Del resto, tale certezza preventiva non potrebbe mai esservi, ben potendo l'attore desistere dal ricorso principale, o in altro modo verificarsi l'estinzione del procedimento principale.

2. La tutela cautelare nel processo internazionale e sue problematiche peculiari

Sia sotto il profilo delle previsioni normative, sia sotto quello della concreta utilizzazione giudiziale, la tutela cautelare è stata introdotta nell'ordinamento internazionale da nemmeno un secolo, e cioè nel 1907, quando è stato istituito il primo tribunale a carattere permanente[14]. L'istituto si è in seguito largamente diffuso di pari

---

[14]La Convenzione di Washington, conclusa il 20 dicembre 1907 tra Costarica, Guatemala, Honduras, Nicaragua e El Salvador, istituiva il primo tribunale internazionale di natura permanente (la Corte di giustizia centro-americana) e, all'art 18, attribuiva a tale organo il potere di decidere provvedimenti cautelari. Questa norma prevedeva: "From the moment in which any suit is instituted against any one or more Governments up to that in which a final decision has been pronounced, the Court may at the solicitation of any one of the parties fix the situation in which the contending parties must remain, to the end that the difficulty shall not be aggravated and that things shall be conserved in statu quo pending a final decision". Si tratta di una disposizione che ha avuto una rilevante applicazione, forse anche un po' ardita, da parte della Corte. Sul punto v. GUGGENHEIM, *Les mesures conservatoires dans la procedure internationale et leur influence sur le developpement du Droit des gens*, Paris, 1931, p. 662 ss. e DUMBAULD, *op. cit.*, p. 92.

passo con la costituzione di organi arbitrali e giudiziali di variegata natura, figurando in un numero crescente di strumenti statutari o regolamentari[15]. Tra questi spiccano lo Statuto e il Regolamento di procedura della Corte internazionale di giustizia, in quanto questo costituisce l'unico organo di carattere permanente a competenza generale, che esercita la propria giurisdizione solo con riguardo a controversie tra Stati.

La diffusione dell'istituto, se da un lato testimonia l'avvertita esigenza di proteggere anche nel processo internazionale i diritti delle parti in pendenza di giudizio, dall'altro ha portato ad una profonda ed inevitabile diversificazione nella sua disciplina di dettaglio. Questa diversificazione, anche se necessariamente dà origine ad una certa difficoltà nella ricostruzione di un modello comune a tutti questi organi, non è tuttavia tale da impedire l'individuazione di un nucleo essenziale concernente la finalità, i presupposti e la struttura della tutela cautelare, nucleo che coincide con quello derivante dall'analisi comparatistica dei sistemi processuali nazionali.

Invero, la prima ordinanza in tema di protezione interinale è stata adottata non dalla Corte di giustizia centro-americana, bensì il 1 febbraio 1907 da un tribunale arbitrale istituito in virtù della Convenzione di Corinto del 20 gennaio 1902 conclusa dagli stessi Stati successivamente parti della Convenzione di Washington. Istituito in occasione di un conflitto tra Honduras e Nicaragua, questo tribunale arbitrale, pur non essendo a ciò espressamente deputato, adottò taluni provvedimenti cautelari. Il Tribunale giustificò tali provvedimenti facendo riferimento all'art. 11 della Convenzione di Corinto, per il quale: "Los Gobiernos de los Estatos en disputa se comprometen solemnemente a no ejecutar acto alguno de hostilidades, aprestos belicos o movilacion de fuerzas, a fin de no impedir el arreglo de la difficuldade o cuestion, por los medios establcidos en el presente convenio". È noto che il rifiuto del Nicaragua di dare seguito all'ordinanza cautelare (a differenza dell'Honduras) determinò lo scioglimento del Tribunale arbitrale l'8 febbraio del 1907. Tale episodio fu probabilmente alla base dell'inserimento, nella Convenzione di Washington tra le cinque repubbliche centro-americane, della disposizione sulla tutela cautelare giudiziaria, in luogo della previsione della funzione cautelare sotto forma degli obblighi delle parti di tenere un determinato comportamento, come previsto dall'art. 11 della Convenzione del 1902 (sul punto v. GUGGENHEIM, *op. cit.*, pp. 33-35).

[15] Per un panorama relativo a queste norme, e anche per le norme sulla tutela cautelare inserite negli strumenti istitutivi e nelle regole di procedura di organi internazionali che esercitano funzioni di controllo o di conciliazione, v. SZUTCKI, *Interim Measures in the Hague Court*, Deventer, 1983, pp. 1-22.

A parte queste affinità, ciò che risalta da una prima indagine è che nell'ordinamento internazionale la protezione cautelare dà luogo a problematiche che non è dato riscontrare negli ordinamenti interni. Il primo punto problematico concerne la *fonte* del potere cautelare, dovendosi essenzialmente indagare se un tribunale internazionale possa esercitare legittimamente questo potere in assenza di un'espressa previsione del trattato istitutivo. Ciò in ragione della circostanza che, in linea di principio, un organo di giustizia internazionale può esercitare solo quei poteri che gli Stati hanno ad esso attribuito nel sottoporsi volontariamente alla sua giurisdizione. Nei sistemi interni (e occorre principalmente fare riferimento ai sistemi di diritto civile) la questione ovviamente non si pone - o meglio, non si pone in questi termini[16] - in ragione del fatto che i poteri del giudice sono attribuiti dalla legge, la quale normalmente prevede e disciplina compiutamente l'istituto processuale in esame.

In secondo luogo, aspetti problematici coinvolgono il rapporto tra *esercizio del potere cautelare* e *giudizio principale*. In proposito, occorre stabilire se sia possibile esercitare il potere cautelare *in limine litis*, e specialmente prima che siano state respinte le eccezioni di difetto di giurisdizione. Spesso, nell'ordinamento internazionale, è infatti necessario un periodo lungo di tempo per il raggiungimento di una decisione sul punto. Il tribunale che sia investito di un'istanza cautelare in una situazione in cui venga contestata la sussistenza della giurisdizione è, infatti, posto nella difficile situazione di scegliere per l'emanazione del provvedimento cautelare senza risolvere positivamente le questioni di giurisdizione, e per il previo accertamento della sussistenza di un titolo di

---

[16] Prima dell'introduzione del codice di procedura civile italiano nel 1942, la dottrina italiana discuteva, ad esempio, sulla possibilità per il giudice di adottare provvedimenti cautelari diversi da quelli preventivamente tipizzati dal legislatore.

giurisdizione, così ritardando pericolosamente l'intervento cautelare. Più precisamente, nella prima ipotesi il tribunale assume il rischio di dichiarare in seguito il proprio difetto di giurisdizione, e quindi di emanare un provvedimento che si concreti in un'inammissibile limitazione della sfera di libertà degli Stati; nell'altra, l'organo internazionale rischia di emanare un provvedimento inutile, perchè , nel tempo necessario per l'accertamento della sussistenza di giurisdizione, il diritto di cui si è chiesta la protezione può essere stato irrimediabilmente pregiudicato. Si tratta di un dilemma che non assume un rilievo significativo nei sistemi nazionali e che invece è cruciale nell'ordinamento internazionale. In quest'ultimo, la sottoposizione alla giustizia internazionale è volontaria e costutituisce un'eccezione alla libertà degli Stati di risolvere in altro modo, o di non risolvere affatto, le controversie internazionali. Il problema in questione è cioè un problema di giurisdizione, consistendo nel verificare se il giudice abbia il potere di pronunciarsi sulla lite, o se invece questo potere non sussiste e non è dunque possibile intaccare la sfera di libertà degli Stati parti della controversia. Negli ordinamenti interni, invece, la sottoposizione obbligatoria alla giurisdizione fa sì che il problema in questione, in linea di principio, non si ponga, esistendo sempre un giudice munito di giurisdizione.

Vi e', infine, la questione dell'*obbligatorietà* dei provvedimenti cautelari nel caso in cui tale forza giuridica non sia esplicitamente prevista dal trattato istitutivo dell'organo di giustizia internazionale. Al riguardo, si è sostenuto che le misure cautelari dovrebbero *ex definitione* essere obbligatorie, e ciò perchè si tratta di misure adottate da un organo giudiziario e perchè sono emanate al fine di proteggere la sentenza di merito che deve

essere emanata[17]. Questa osservazione, che può apparire ovvia se si prendono le mosse dai sistemi processuali interni, risulta invece discutibile con riferimento al processo internazionale, proprio per il fondamento consensualistico e volontario della giustizia internazionale. L'organo di giustizia internazionale deriva la propria competenza e i propri poteri (e talvolta anche la propria istituzione) dalle stesse parti del processo, che appaiono innanzi a tale organo nella loro qualifica di enti *sovrani*. Non è quindi assiomatico che un tribunale internazionale possa imporre, se pure in via interinale, agli Stati parti di una controversia comportamenti extra-giudiziali senza che questo stesso tribunale sia stato a ciò specificamente autorizzato. Ciò in quanto, almeno secondo un'impostazione tradizionale, la libertà di cui in principio godono gli Stati implica che gli obblighi che questi ultimi assumono convenzionalmente debbano essere interpretati restrittivamente (*in dubio mitius*). Con riferimento ai trattati che attribuiscono ad un organo internazionale il potere di risolvere una controversia, quanto detto pare tanto più vero se si considera che l'esercizio, non convenzionalmente autorizzato, del potere cautelare potrebbe in seguito risultare "ingiusto", perchè si verifica la non sussistenza del diritto a protezione del quale il provvedimento interinale fu emanato, oppure perchè il tribunale dichiari di non essere competente a conoscere nel merito la lite per il difetto di giurisdizione[18].

---

[17] V. PESCATORE, *Les mesures conservatoires et les référés*, in *La juridictione internationale permanente. Actes du Colloque de Lyon*, Paris, 1986, p. 349, per il quale, il fatto che occorre domandarsi se le misure cautelari abbiano o meno natura vincolante "peut étonner: ne faut'il pas dire qu'une décision judiciare est, par essence, contraignante pour les parties?". Inoltre, l'autore osserva che: "les mesures provisoires doivent se comprendre comm une étape intermédiaire qui pr'epare la décision sur le fond; en vue de cet objectif, leur effet, momentané, n'est donc rien qu'une anticipation de l'autorité que revêtira la décision finale".

[18] V. BARILE, *Osservazioni sulla indicazione di misure cautelari nei procedimenti davanti la Corte internazionale di giustizia*, in *Comunicazioni e studi*, vol. IV, p. 146, ove l'autore osserva che "*la giustizia* di un provvedimento che indichi misure cautelari presuppone la

Risulta chiaro da questa prima delineazione sommaria che la peculiarietà delle problematiche relative alla tutela cautelare nell'ambito dell'ordinamento internazionale costituisce l'inevitabile riflesso delle caratteristiche proprie di quest'ultimo, in cui non è possibile riscontrare la medesima forma di organizzazione della giustizia affermatasi storicamente nei sistemi giuridici interni[19]. Nell'ordinamento internazionale, la soluzione giudiziale delle controversie è infatti volontaria. Il processo internazionale presenta questa ineliminabile e sostanziale differenza con il processo interno: l'attività processuale non costituisce espressione di un *potere giurisdizionale*, esercitato all'interno di un ordinamento giuridico da un'autorità superiore ai soggetti di quell'ordinamento. Nell'ordinamento internazionale, non si può cioè parlare di

---

competenza della Corte a giudicare del merito della lite principale" (corsivo aggiunto). Nella nota al testo n. 2, Barile ricorda che "l'espressione *giustizia di un provvedimento* sta ad indicare l'assenza di vizi nel giudizio logico che porta ad una decisione (vizi di giudizio od *errores in iudicando*)", così evidentemente presupponendo che il difetto di competenza della Corte internazionale di giustizia a conoscere la lite nel merito costituisce appunto un vizio di giudizio. Sempre secondo questo autore, il provvedimento cautelare può risultare "ingiusto" anche quando si accerti la non sussistenza del dirittoa protezione del quale il provvedimento cautelare era stato emanato. A p. 150, Barile osserva infatti che: "La riscontrata esigenza pratica di far procedere un provvedimento cautelare da una *cognitio* soltanto sommaria [delle situazioni giuridiche sostanziali] porta alla conseguenza che la giustizia del contenuto di un tale provvedimento potrà risultare soltanto dalla decisione definitiva. Non può escludersi, prima di un esame a fondo della lite, che esso sia sostanzialmente ingiusto". Con ciò l'autore presuppone che, almeno nell'ordinamento internazionale, "l'accertata difformità del provvedimento cautelare dalla decisione definitiva implichi l'esistenza di un 'errore' nel primo giudizio che può portare a delle conseguenze" (*ibidem*, nota n. 10).

[19] Le uniche eccezioni sono rappresentate dai tribunali penali internazionali *ad hoc* per i crimini commessi nella ex-Iugoslavia e nel Rwanda, istituiti dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite nell'esercizio dei poteri a quest'ultimo conferiti dal Cap. VII della Carta delle Nazioni Unite. Questi due organi internazionali sembrano in effetti presentare, in maniera piuttosto accentuata, tutti i caratteri propri della giurisdizione in senso tecnico. Anzitutto, è evidente il fondamento non consensuale della istituzione dei due tribunali, elemento quest'ultimo finora non riscontrabile nell'ordinamento internazionale. In secondo luogo, è da rilevare che i due tribunali in argomento esercitano una funzione che può essere definita "pubblicistica", nel senso che questi tribunali hanno il compito di perseguire penalmente attività criminali in nome della comunità internazionale. I due Tribunali *ad hoc* si configurano, in sostanza, non già come organi internazionali *extra-partes*, bensì *super-partes*. Essi esercitano la propria attività nei confronti di individui, ponendo obblighi a carico di tutti gli Stati, anche di quelli che non sono membri delle Nazioni Unite.

giurisdizione in senso tecnico, in quanto l'attuazione giudiziale del diritto non è una funzione istituzionale organizzata, ma è rimessa alle stesse parti alla lite[20]. Ciò comporta che, almeno in linea di principio, gli Stati possano "organizzare" a proprio piacimento la giustizia internazionale: in altri termini, essi possono liberamente decidere quali funzioni l'organo di giustizia è autorizzato a esercitare, le condizioni a cui subordinare l'esercizio di tali funzioni, nonchè quale efficacia giuridica deve essere attribuita ai provvedimenti emanati nell'esercizio delle funzioni in questione. Per quanto concerne la funzione cautelare, risulta pertanto chiaro che, sempre in linea di principio, gli Stati sono del tutto liberi di non attribuire affatto al giudice il potere di apprestare una tutela interinale, di apprestare tale potere, ma nei limiti in cui esso si eserciti con l'adozione di provvedimenti sprovvisti di efficacia obbligatoria e, infine, di consentire l'esercizio del potere cautelare solo a condizione che l'organo abbia effettuato un giudizio positivo circa la sussistenza dei presupposti del valido instaurarsi del processo principale.

Conviene infine effettuare due osservazioni. Anzitutto, si può rilevare che - almeno per quanto è dato di conoscere e con la dubbia eccezione del Tribunale arbitrale per la soluzione della controversia sulla *Fonderia di Trail*[21]- non si registrano casi di tutela cautelare apprestata nel corso di procedimenti arbitrali *ad hoc*; nè risulta che la protezione cautelare sia stata inserita in un numero considerevole di compromessi arbitrali[22]. In secondo luogo, si può sostenere che non è forse un caso che l'istituto in

---

[20] Secondo MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*, Padova, 1955, nell'ordinamento internazionale si deve parlare di giurisdizione nel senso di produzione di attività da parte di un istituto collettivo, il giudice internazionale, attività quest'ultima che consiste nel potere di risolvere la controversia internazionale e a cui viene riconosciuta tale efficacia da una norma giuridica internazionale posta mediante accordo delle stesse parti della controversia.

[21] V. *infra*, cap. 1.

[22] *Ibidem*.

argomento sia stato introdotto nell'ordinamento internazionale con l'istituzione del primo tribunale di natura permanente, e si sia diffuso contestualmente alla diffusione di forme marcatamente istituzionalizzate di arbitrato o di regolamento giudiziale, le quali prevedano la possibilità del ricorso unilaterale all'arbitro o al giudice internazionale. Infatti, in queste ipotesi, spesso non vi è l'interesse attuale dello Stato convenuto di risolvere giudizialmente la controversia. In tali circostanze è certamente più probabile (e di norma accade) che tale Stato tenga comportamenti atti a pregiudicare gli effetti pratici della sentenza definitiva, con ciò rendendo necessario un intervento interinale da parte dell'organo internazionale. Nel caso di tribunali non pre-costituiti, gli Stati che decidano di deferire ad un organo *ad hoc* la soluzione di una determinata controversia, di solito concordano su un *modus vivendi* provvisorio da tenere per la durata del procedimento arbitrale. Certo, una delle parti potrebbe, in pendenza di giudizio, tentare di modificare la situazione a proprio vantaggio e rendere priva di oggetto la futura sentenza; si tratta però di una possibilità remota: lo Stato in questione, per sottrarsi agli effetti della sentenza, potrebbe semplicemente non concludere affatto il compromesso arbitrale, piuttosto che concluderlo e poi cercare di privare di efficacia pratica il lodo arbitrale. Con ciò non si intende negare che anche per i tribunali non pre-costituiti sussista la necessità (o l'opportunità) del potere cautelare. Non vi è però dubbio che l'esigenza della protezione interinale è maggiormente avvertita in procedimenti innanzi ad organi di giustizia internazionali più istituzionalizzati, che siano attivabili unilateralmente da una delle parti alla lite[23].

---

[23] Di recente, uno studioso ha giustamente osservato che: "La necessità di prevedere poteri cautelari non si poneva quando l'unica forma diffusa era quella *dell'arbitrato isolato*. In questa forma, il fatto che entrambe le Parti avessero concordato di sottoporre la controversia alla decisione di un arbitro rileva l'esistenza di un elemento del consenso tale da far presumere che

3. Finalità e delimitazione dell'indagine

Si può riscontrare un certo scetticismo della dottrina circa la possibilità di svolgere uno studio proficuo sui provvedimenti cautelari nel processo internazionale, e ciò in quanto l'esame della disciplina di dettaglio dell'istituto dei diversi organi di giustizia internazionale evidenzia delle disomogeneità che rendono difficile, da un lato, trarre conclusioni di portata generale sui diversi aspetti del procedimento cautelare; dall'altro, effettuare un'utile comparazione, stante la difficoltà di analizzare in modo approfondito ciascuna specifica disciplina relativa ai provvedimenti in argomento[24].

---

nessuna di esse avrebbe inteso pregiudicare l'esito dell'arbitrato con il proprio comportamento *pendente lite*. Anche nella formula della *clausola compromissoria incompleta* e in quella del *trattato generale d'arbitrato incompleto*, il consenso espresso dalle Parti dopo che la controversia eta già insorta, attraverso la conclusione dell'ulteriore accordo necessario per dar vita all'arbitrato vero e proprio poteva apparire come una garanzia sufficiente contro attività incompatibili con lo svolgimento dell'arbitrato stesso. Le cose si sono poste in maniera diversia a partire da quando si è passati a quelle forme più evolute che consentono il ricorso all'arbitro o, se del caso, al giudice internazionale, su iniziativa di una sola parte. In questi casi l'assenza di un consenso espresso dall'altra parte a che quella specifica controversia sia sottoposta al giudizio dell'arbitro o del giudice implica un rischio molto più grave che questa parte possa assumere, nelle more del procedimento, comportamenti tali da pregiudicare la possibilit'a di esecuzione della decisione finale" (DANIELE, *Le misure cautelari nel processo dinanzi alla Corte internazionale di giustizia*, Milano, 1993, pp. 7-8). In senso analogo, COCATRE-ZILGIEN, *Les mesures conservatoires décidées par le juge ou par l'arbitre international*, in *Revue générale de droit international public*, 1966, p. 12, ove l'autore osserva che: "...dans le cas d'un arbitrage par tribunal *ad hoc* constitué spécialment pour résoudre un litige déterminé, la question des mesures conservatoires n'aura pas toujours ce caractère d'acuité que nous venons de lui prêter. L'accord des Parties pour soummetre à l'arbitrage un différend isolé prouve en effet un t'el désir de conciliation de part ed d'autre qu'un *modus vivendi* provisoire est normalment prévisible".

[24]In questo senso SZTUCKI, che, dopo aver presentato sommariamente le molteplici differenze riscontrabili nella disciplina normativa ed utilizzazione pratica della protezione cautelare apprestata dagli organi di giustizia internazionale (oltre che da organi che, pur esercitando funzioni di tipo giudiziale, non hanno il potere di decidere la controversia con l'emanazione di una decisione vincolante), rileva: "...while comparisons between interim measures in different tribunals may be interesting and instructive, one should be cautious in drawing generally applicable conclusion from the law and jurisprudence of a particular tribunal" (*op. cit.*, p. 15). Nella prefazione, nello spiegare i motivi che lo avevano indotto a studiare le misure cautelari delle Corte internazionale di giustizia, l'autore tra l'altro precisa che l'esame del "concept of provisional measures as a whole" avrebbe offerto "an obvious

È però vero che le tre problematiche che si sono evidenziate nel paragrafo precedente coinvolgono, con maggiore o minore intensità, qualsiasi organo di giustizia internazionale, e che perciò si prestano ad essere affrontate sotto un profilo generale. Si tratta di questioni peculiari della tutela cautelare apprestata nel processo internazionale, in quanto esse traggono origine dalla specificità dell'organizzazione della giustizia nell'ordinamento internazionale.

In questo studio, si intende esaminare tali specifiche problematiche. Si affronterà quindi il problema della fonte del potere cautelare, la questione del rapporto tra esercizio della tutela cautelare e accertamento della competenza principale e, infine, il problema dell'efficacia giuridica dei provvedimenti cautelari, dedicando un capitolo all'esame di ciascuna di queste problematiche. Non si studieranno invece le questioni relative ai diversi aspetti del procedimento cautelare, quali la forma e i tempi di presentazione della domanda di tutela cautelare, i presupposti per l'esercizio di tale tutela, i limiti, il

---

adavantage: broader perspective and the possibility of attempting a synthesis", ma che la scelta di orientarsi unicamente verso lo studio delle misure cautelari della Corte internazionale di giustzia era stata guidata dalla "awareness that provisional measures in various international instances differ considerably in shape from one another, so that separate examination by instances might anyway turn out to be unavoidable, if details were to be taken into account" (*ibidem*, p. IX- X).

Da notare che, per quanto è dato di sapere, vi sono solo due opere monografiche, entrambe non molto recenti, che affrontano lo studio della tutela cautelare da un punto di vista generale. Si tratta di OELLERS-FRAHM, *Die Einstweilige Anordnung in der internationalen Gerichtsbarkeit*, Berlin, 1975, e di TORALDO SERRA, *Le misure provvisiorie internazionali. Ricerca storica-giuridica*, Roma, 1973. Altri studi di profilo generale sulla tutela cautelare si riscontrano nella letteratura del primo dopoguerra, quando (come si dirà in seguito) i provvedimenti cautelari erano di recente previsione normativa nell'ordinamento internazionale. Si vedano le opere di GUGGENHEIM, *op. cit.*; DUMBAULD, *op. cit.*; NIEMEYER, *Einstweilige Verfügungen des Weltgerichtshofs, ihr Wesen und ihre Grenzen*, Leipzig, 1932. Non vi è invece uno studio comparatistico sulla tutela cautelare apprestata dai diversi organi di giustizia internazionali. Infine, si può osservare che esistoni opere monografiche dedicate allo studio della tutela cautelare apprestata dalla Corte internazionale di giustizia: si tratta di ELKIND, *Interim Measures. A Functional Approach*, The Hague, 1981: SZTUCKI, *op. cit.*; DANIELE, *op. cit.*, mentre non risulta che siano state dedicate opere monografiche allo studio della tutela cautelare apprestata da altri organi di giustizia internazionale.

contenuto dei provvedimenti e così via. Su tali questioni si rimanda agli studi effettuati in relazione a specifici organi di giustizia internazionale, nonchè - ovviamente - alle regole di procedura e alla giurisprudenza dell'organo che si intende prendere in considerazione.

Lo studio delle problematiche della tutela cautelare peculiari al processo internazionale viene affrontato allo scopo di individuare dei principi uniformatori in materia. Ciò tuttavia non implica necessariamente che sia *sempre possibile* individuare, in relazione a ciascuna problematica, la medesima soluzione per qualsiasi tribunale internazionale. Il motivo è chiaro. Nell'ordinamento internazionale, procedimenti giudiziari di soluzione delle controversie molto sofisticati e con spiccate caratteristiche giurisdizionali coesistono con procedimenti di tipo più rudimentale, come è il caso dei tribunali arbitrali costituiti sulla base di un compromesso arbitrale *ad hoc*, operanti con regole di procedura "essenziali", e magari deputati a decidere la controversia *ex aequo et bono*. Il modo in cui è articolata la giustizia internazionale, in altri termini, non sempre consente di effettuare una *reductio ad unitatem* e comporta che, in relazione a problematiche di fondo sulla tutela cautelare, quali sono quelle che si vengono ad affrontare, possano individuarsi soluzioni differenziate.

Conviene subito precisare che, in questo studio, l'espressione "organo giurisdizionale" viene utilizzata, per ragioni di comodità espositiva, in senso atecnico. Si è cioè consapevoli del fatto che, come si è già avuto occasione di osservare, nell'ordinamento internazionale non è possibile rinvenire degli organi giurisdizionali veri e propri, ma solo delle forme più o meno evolute di arbitrato[25].

---

[25] V. però *supra*, nota n. 19.

In secondo luogo, è opportuno puntualizzare che oggetto di studio è la tutela cautelare come *fenomeno processuale*. Si è consapevoli che, in tal modo, si viene a escludere una parte importante del fenomeno cautelare particolarmente vivo nell'ordinamento internazionale, e cioè la protezione cautelare di natura extra-giudiziale apprestata da organi politici (primo fra tutti il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite) o che esercitano funzioni giudiziali(ad esempio organi quali il Comitato dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite)[26]. E tuttavia si è profondamente convinti che, malgrado le affinità con la tutela cautelare giudiziaria, vi siano elementi atti a differenziare notevolmente i due tipi di tutela, in modo da delimitare chiaramente il campo dell'indagine. Il principale elemento atto a discriminare i due tipi di tutela va infatti individuato nel fatto che, in ambito processuale, la protezione interinale mira a garantire l'efficacia pratica della decisione finale di un organo deputato a risolvere giuridicamente una controversia. È l'assenza di questa principale funzione a differenziare la tutela cautelare di tipo processuale da tutti gli altri fenomeni cautelari pur presenti nell'ordinamento internazionale[27].

---

[26] Sulle misure provvisorie di cui all'art. 40 della Carta delle Nazioni Unite si veda FABBRI, *Le misure provvisorie nel sistema di sicurezza delle Nazioni Unite*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1964, p. 192 ss. Per le misure cautelari adottate dal Comitato delle Nazioni Unite per i diritti dell'uomo v. MOSE, OPSAHL, *The Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*, in *Santa Clara Law Review*, 1981, pp. 288-289; MCGOLDRICK, *The Human Rights Committee. Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford, 1994, pp. 131-132.

[27] Con ciò si intende condividere pienamente la posizione assunta da SZTUCKI, *op. cit.*, pp. 12-13, per il quale: " It is true that a dividing line between judicial and political provisional measures cannot be drawn categorically after the character of an organ which administers interim protection - for the simple reason that there exist organs of an intermediate character. It is also true that certain types of provisional measures are proper for both purely political and truly judicial organs....On the other hand, provisional measures decided by judicial organs have their distinctive features....conservatory measures in judicial proceedings can be related to two definable points of reference: the principal submission of a party on the one hand, and the final decision on the other hand. Such clearly definable points of reference are lacking in flexible procedure before a political organ. The initial standpoints are susceptible of continuous and

Infine, si deve precisare che questo studio si fonda su una determinata nozione di tribunale internazionale, e precisamente quella per cui deve considerarsi internazionale quel tribunale cui una norma internazionale ha conferito il potere di giudicare e di applicare il diritto internazionale in via principale, ovvero di decidere *ex aequo et bono,* contribuendo così alla crezione di norme giuridiche internazionali[28]. Si prende dunque in considerazione una gamma assai vasta di organi giudiziari, dai tribunali arbitrali istituiti sulla base di un compromesso arbitrale *ad hoc* ad organi giurisdizionali a competenza obbligatoria quali la Corte europea dei diritti dell'uomo, anche se - come si è detto - il "problema" della tutela cautelare sembra porsi in modo significativo solo innanzi ai tribunali internazionali a carattere permanente. Sarà tuttavia anche esaminata la "giurisprudenza" di quegli organi internazionali che svolgono una funzione ausiliaria e prodromica rispetto ad organi internazionali di sicura natura giudiziaria, quale è il caso della Commissione europea dei diritti dell'uomo e della Commissione inter-americana dei diritti dell'uomo. La nozione accolta di tribunale internazionale conduce invece a tralasciare la giurisprudenza di taluni tribunali che sono stati presi in considerazione in alcuni studi generali sulla tutela cautelare: si tratta dei tribunali amministrativi (o principalmente di natura amministrativa) e dei Tribunali arbitrali misti istituiti con i trattati di pace del primo dopoguerra[29].

---

unlimited modifications as the debate continue; a 'final' decision may never be forthcoming, and even if it is, the relationship between its contents and the initial claims can be fairly remote"

[28]Si tratta della nozione proposta da CASSESE, *Il diritto interno nel processo internazionale*, Padova, 1962, p. 20 e ss. Per altri criteri su cui la dottrina ha fondato la nozione di tribunale internazionale v. *ibidem*, p. 18-20.

[29]Questi tribunali sono stati presi in considerazione, ad esempio, da OELLERS-FRAHM, *op. cit.*

Capitolo 1
La fonte del potere cautelare

1. Introduzione

Nel suo studio su *The law and procedure of the International Court of Justice*[1], Fitzmaurice osservava che la questione della competenza dei tribunali ad adottare provvedimenti cautelari "is a matter on which there is little definite authority". Tale problematica, continuava l'autore, consiste nel verificare se un tribunale internazionale possa emanare tali provvedimenti anche in assenza di una previsione espressa del trattato istitutivo, e cioè se possegga una *inherent jurisdiction* in materia. Nel soppesare gli argomenti a favore e contro la tesi della competenza inerente, Fitzmaurice non riteneva tuttavia di poter fornire una risposta definitiva al quesito posto, pur rilevando che "the argument *against* are clearly weighty" e che "in the present state of international affairs they must probably prevail"[2].

[1] *The law and Procedure of the International Court of Justice 1951-54: Questions of Jurisdiction, Competence and Procedure*, in *British Yearbook of Int. Law*, 1958, vol. XXXIV, p. 1 ss.

[2] *Ibidem*, pp. 115-117. Occorre evidenziare che Fitzmaurice, in qualità di giudice della Corte internazionale di Giustizia, sembra avere assunto una posizione più decisa in proposito. Nella opinione separata relativa alla decisione della Corte del 2 dicembre 1963, nel caso *Northern Cameroons, Cameroon* c. *Regno Unito*, in relazione alle competenze incidentali dell'organo (tra cui tradizionalmente si ricomprende anche la tutela cautelare) egli ha infatti affermato che: "Although much (though not all) of this incidental jurisdiction is specifically provided for in the Court's Statute, or in Rules of Court which the Statute empowers the Court to make, it is really an inherent jurisdiction, the power to exercise which is a necessary condition of the Court - or of any Court of law - being able to function at all" (*ICJ Reports 1963*, p. 103).

La soluzione di questo problema, d'altro canto, non è di puro interesse teorico, poiché nella prassi è dato riscontrare molti casi in cui la tutela cautelare è stata apprestata da organi di giustizia privi di siffatta competenza in virtù del trattato istitutivo. Ciò significa che, sotto il profilo concreto, occorre accertare se in tali casi vi sia stato un *esercizio legittimo* del potere cautelare ovvero un *eccesso di potere* da parte degli organi in questione.

Risulta chiaro che la problematica in discorso richiede in sostanza di individuare quale sia la *fonte* del potere cautelare. Ciò che si deve appurare è se tale potere discenda unicamente dal diritto internazionale convenzionale (e quindi debba essere attribuito, direttamente o meno, con lo strumento istitutivo dell'organo di giustizia), oppure da una fonte generale, e sia pertanto esercitabile da qualsiasi organo di giustizia internazionale pure in assenza di una previsione convenzionale. In questo studio si affronterà la questione segnalata da Fitzmaurice secondo questa specifica prospettiva. Ciò anche perchè non sempre, tanto nella dottrina quanto nella giurisprudenza internazionale, l'espressione "inerente" pare essere stata utilizzata per esprimere un medesimo concetto[3].

---

[3] Più precisamente, la qualifica di un potere o di una competenza come *inerente* può essere intesa in due sensi. Secondo un primo indirizzo, un potere è inerente quando - pur non essendo espressamente conferito all'organo internazionale - la sua esistenza può presumersi in virtù della precipua natura dell'organo in questione, e cioè della sua natura di *organo di giustizia*. Gli Stati possono comunque privare l'organo in questione della competenza a esercitare un potere inerente, mediante un'espressa disposizione. Si potrebbe quindi osservare che la natura inerente di tali poteri equivale a sostenere la loro natura *implicita*, nel senso che un organo di giustizia internazionale è comunque autorizzato a esercitare le competenze "connaturate" alla propria natura giurisdizionale, a meno che gli Stati non dispongano contrariamente in via convenzionale. In proposito, v. SHIHATA, *The Power of International Court to Determine its Own Jurisdiction*, The Hague, 1965, p. 47, ove l'autore osserva che: "..it is generally accepted that the parties can deprive an *arbitral* tribunal of its power to determine its jurisdiction by reserving this power to themselves or by investing it in another organ. It is only with this reservation that the present Court had stated the general principle in international arbitration, and it is only with this being borne in mind that the *compétence de la compétence* could be termed 'inherent' in the arbitral function". In un altro senso, possono considerarsi inerenti quei poteri che risultano essere a tal punto intrinseci

Occorre precisare che, nell'analisi che segue, si intende individuare quale sia il fondamento giuridico di un potere cautelare che non ha di per sé natura vincolante. Ciò in quanto, come si è già segnalato nel capitolo precedente, si ritiene che la questione dell'efficacia obbligatoria o meno dei provvedimenti cautelari debba (e possa) essere scissa da quella del fondamento della competenza ad apprestare forme di tutela interinale. Questa impostazione trova la sua giustificazione nella struttura paritaria della comunità internazionale e nel carattere sovrano dei suoi principali soggetti o, più semplicemente, nel fondamento convenzionale della giustizia internazionale. In ragione di ciò, nell'ordinamento internazionale, i provvedimenti o le misure adottate da un organo di giustizia hanno - in linea di principio - efficacia vincolante solo se così è stato stabilito nel trattato istitutivo. Per converso, e ad esclusione della decisione finale, non varrebbe

---

all'esercizio di funzioni giurisdizionali che gli Stati non potrebbero espressamente privare l'organo internazionale di siffatti poteri, senza con ciò mutare la sua stessa natura giudiziale (in questo senso v. IACCARINO, *Della c.d. competenza sulla competenza dei tribunali internazionali*, in *Diritto internazionale*, 14, 1960, p. 357, citato da SHIHATA, *ibidem*, nota 2, nonché gli autori citati dallo stesso Shihata a p. 26, nota 1). Secondo questa impostazione, il fondamento giuridico dei poteri inerenti non andrebbe quindi individuato nella volontà, sia pure inespressa, degli Stati, bensì sarebbe connaturato all'esercizio stesso della funzione giurisdizionale.

Si deve infine evidenziare che, con specifico riferimento alla Corte internazionale di Giustizia, l'espressione "competenza inerente" non viene utilizzata con riferimento a poteri che non espressamente conferiti dal trattato istitutivo, bensì con riferimento a quelle competenze che sono contemplate dallo Statuto, ma che, per la loro natura *incidentale*, possono essere esercitate prima di un accertamento definitivo circa l'esistenza della competenza dell'organo a conoscere nel merito la controversia. In questo senso, si veda ARANGIO-RUIZ, *Notes on Non-Appearance before the International Court of Justice*, in *Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione, Studi in onore di Roberto Ago*, Milano, 1987, p. 20, ove l'autorevole studioso si riferisce alla competenza della Corte di accertare la propria competenza, di cui all'art. 36, par. 6, dello Statuto, e cioè ad una competenza tipicamente di natura incidentale, affermando: "Inherent is a more correct characterization of *a function directly attributed by the Statute*". Analogamemte, a proposito della competenza cautelare, a p. 21 l'autore sostiene che: "Inherent would again be a more accurate qualification of the Court's power under Article 41). In questo senso v. anche BENVENUTI, *Corte internazionale di Giustizia*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*[4], vol. IV, p. 263.

sostenere l'inutilità dell'adozione di provvedimenti di giustizia, compresi quelli cautelari, di natura meramente raccomandatoria. Non solo le raccomandazioni possono comunque produrre degli effetti giuridici[4], ma posseggono - e ciò è tanto più vero in relazione ai tribunali internazionali - una valenza politica di non scarso interesse nel campo delle relazioni internazionali. D'altronde, come si avrà occasione di evidenziare nelle pagine che seguono, nonchè nell'analisi che verrà effettuata nel capitolo terzo, la giurisprudenza e la prassi internazionale evidenziano che ai provvedimenti cautelari adottati da taluni organi di giustizia viene riconosciuta efficacia di *raccomandazioni*, mentre in altri casi a tali provvedimenti viene riconosciuta natura vincolante. Ciò comporta che, in assenza di una norma di origine pattizia espressamente attribuitiva, è necessario individuare la fonte che giustifichi l'adozione di provvedimenti almeno di natura non vincolante, o comunque di natura non necessariamente vincolante.

2. La tutela cautelare nei testi normativi

[4] Per quanto riguarda le raccomandazioni adottate dagli organi delle Nazioni Unite, ad esempio, si è affermato che tali atti producono il c.d. "effetto di liceità": lo Stato che si conformi a una raccomandazione adottata da un organo delle Nazioni Unite adotta un comportamento lecito, anche se questo comportamento consiste, in effetti, in una violazione di una norma di diritto consuetudinari o di diritto pattizio (v. CONFORTI, *Le Nazioni Unite*, Napoli, 1994, p. 276 ss.). Per quanto concerne le misure cautelari adottate dai tribunali internazionali, si può notare che, in giurisprudenza e in dottrina, si è affermato che siffatte misure, quando hanno carattere di raccomandazioni, producono comunque determinati effetti giuridici. Sul punto v. *infra*, capitolo terzo, p. 203 ss.

Se si esamina la vasta gamma di trattati istitutivi e di regolamenti di procedura di organi di giustizia internazionale, ci si avvede che, con riferimento ai provvedimenti cautelari, è possibile individuare tre differenti situazioni.

La prima concerne il caso in cui la possibilità di apprestare forme di tutela interinale viene contemplata espressamente da disposizioni pattizie e, conseguentemente, disciplinata nel dettaglio dalle regole di procedura del tribunale internazionale. Si tratta della situazione più frequente per quanto concerne gli organi a carattere permanente. Per riferirsi a quelli più noti di sicura natura internazionale[5], oltre alla Corte di Giustizia delle Comunità europee[6], si possono citare la Corte internazionale di Giustizia[7], la Corte inter-americana dei diritti

---

[5] Numerosi tribunali a carattere permanente, di cui è tuttavia dubbia la natura internazionale secondo la nozione che si è accolta di tribunale internazionale, sono autorizzati (o erano autorizzati) ad apprestare una tutela interinale sulla base del trattato istitutivo. Tra questi, e senza la pretesa di essere esaustivi, si può ricordare la Corte mista franco-tedesca (art. 1, par. 6, e art. 14 dello Statuto, in *Internationale Gerichte und Schiedsgerichte* (a cura di Hallier), Köln, 1961, rispettivamente p. 461 e p. 463); il Collegio arbitrale dell'Unione economica del Benelux (art. 21 dello Statuto del Collegio); il Tribunale del mercato comune africano (art. 39 del trattato per la cooperazione africana orientale del 6 maggio 1967); il Tribunale istituito dall'Allegato C all'accordo del 20 agosto 1971, che istituisce l'INTELSAT (International Telecommunications Satellite Organisation) (art. 12). Il testo delle norme da ultimo citate si trova in *Dispute Settlement in Public International Law, Text and Materials*, (a cura di Oellers-Frahm e Norbert Wühler), Berlin, 1984. A tale opera si rinvia anche per le norme sulla tutela cautelare contenute nel trattato istitutivo di altri organi di giustizia internazionale.

[6] L'art. 185 del trattato istitutivo della Cee recita: "Les recours formés devant la Cour de justice n'ont pas d'effet suspensif. Toutefois, la Cour de justice peut, si elle estime que les circostances l'exigent, ordonner le sursis à l'exécution de l'acte attaqué". L'art. 186 dello stesso trattato recita: "Dans les affaires dont elle est saisie,, la Cour de justice peut prescrire les mesures provisoires nécessaires".

[7] L'art. 41 dello Statuto della Corte internazionale di Giustizia recita: "(1) The Court shall have the power to indicate, if it considers that circumstances so require, any provisional measures which ought to be taken to preserve the respective rights of either party. (2) Pending the final decision, notice of the measure suggested shall forthwith be given to the parties and to the Security Council". L'art. 41 della Corte riproduce quasi esattamente il corrispondente articolo dello Statuto della Corte permanente di Giustizia internazionale.

Conviene osservare che dalla formulazione della norma, ed in specie dal paragrafo 1, si evincono essenzialmente due elementi. Da un lato, l'esercizio del potere cautelare è di natura discrezionale, nel senso che spetta alla Corte valutare se le circostanze sono tali da richiedere un

dell'uomo[8] e il Tribunale dei Reclami Iran-Stati Uniti[9], gli organi di giustizia previsti dall'art. 290 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare[10], per quanto

---

intervento interinale; dall'altro lato, risulta discrezionale anche la determinazione del contenuto dei provvedimenti cautelari, dal che discende che alla Corte è attribuito un generico potere di cautela, atto a fronteggiare l'estrema varietà delle situazioni astrattamente meritevoli di tutela interinale. Per questi aspetti, può dirsi che l'art. 41, par. 1, dello Statuto della Corte internazionale di giustizia esemplifica l'attribuzione in via convenzionale del potere cautelare. Se si esaminano gli strumenti istitutivi di altri tribunali internazionali, a carattere permanente e non, si riscontrano inevitabilmente delle differenziazioni nelle rispettive formulazioni, differenziazioni che discendono anche dalla diversità circa la natura e la specifica competenza di ciascuno di questi tribunali. Nondimeno, *la discrezionalità nell'esercizio del potere cautelare e l'atipicità dei provvedimenti internali sono elementi che si riscontrano in tutte le previsioni convenzionali che attribuiscono ad un organo di giustizia internazionale la funzione cautelare.*

La disciplina di dettaglio relativa alla funzione cautelare della Corte internazionale di Giustizia è contenuta negli articoli da 73 a 78 del Regolamento di procedura del 1978.

[8] L'art. 63, par. 2, della Convenzione inter-americana dei diritti dell'uomo recita: "In case of extreme gravity and urgency, and when necessary to avoid irreparable damage to persons, the Court shall adopt such provisional measures as it deems pertinent in matters it has under considerations. With respect to a case not yet submitted to the Court, it may act at the request of the Commission". La Corte ha ulteriormente disciplinato la tutela cautelare nel Regolamento di procedura, e cioè nell'art. 23 del Regolamento di procedura del 1980 e, da ultimo, nell'art. 24 del Regolamento di procedura del gennaio 1991.

[9] L'art. III(2) della *Claims Settlement Declaration* recita: "The Tribunal shall conduct its business in accordance with the arbitration rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) except to the extent modified by the parties or by the Tribunal". L'art. 26 delle UNCITRAL Rules, concernente la tutela cautelare, non è stato modificato né dalle parti né dal tribunale. Tale norma dispone che: "(1) At the request of either party, the Arbitral Tribunal may take any interim measures it deems necessary in respect of the subject matter of the dispute, including measures for the conservation of the goods forming the subject-matter in dispute, such ordering their deposit with a third person or the sale of perishable goods. (2) Such interim measures may be established in the form of an interim award. The arbitral tribunal shall be entitled to require security for the costs of such measures. (3) A request for interim measures addressed by any party to a judicial authority shall not be deemed incompatible with the agreement to arbitrate, or as waiver of that agreement".

[10] Questa norma stabilisce che: "(1) If a dispute has been duly submitted to a Court or tribunal which considers that *prima facie* it has jurisdiction under this Part or Part XI, section 5, the Court or tribunal may prescribe any provisional measures which it considers appropriate under the circumstances to preserve the respective rights of the parties to the dispute or to prevent serious harm to the marine environment, pending the final decision. (2) Provisional measure may be modified or revoked as soon as the circumstances justifying them have changed or ceased to exist. (3) Provisional measures may be prescribed, modified or revoked under this article only at the request of a party to the dispute and after the parties have been given an opportunity to be heard. (4) The court or tribunal shall forthwith give notice to the parties to the dispute, and to such other states Parties as it considers appropriate, of the prescription, modification or revocation of

concerne tribunali permanenti in via di costituzione; la Corte centro-americana di giustizia[11], la Commissione arbitrale sulla proprietà, i diritti e gli interessi in Germania[12] e il Tribunale Arbitrale istituito con l'annesso *B* alla Convenzione tra le tre potenze e la Repubblica federale tedesca[13], per quanto riguarda tribunali che hanno cessato le loro

---

provisional measures. (5) Pending the constitution of an arbitral tribunal to which a dispute is submitted under this section, any court or tribunal agreed upon by the parties or, failing such agreement within two weeks from the date of the request of provisional measures, the International Tribunal for the Law of the Sea or, with respect to activities in the Area, the Sea-Bed Dispute Chamber, may prescribe, modify or revoke provisional measures in accordance with this article if it considers that prima facie the tribunal which is to be constituted would have jurisdiction and that the urgency of the situation so requires. Once constituted, the tribunal to which the dispute has been submitted may modify, revoke or affirm those provisional measures, acting in conformity with paragraphs 1 to 4. (6) The parties to the dispute shall comply promptly with any provisional measures prescribed under this article".

[11] V. *supra*, Introduzione, nota 14. La disciplina di dettaglio è contenuta all'art. 17, par. 3, del Regolamento di procedura adottato dalla Corte il 2 dicembre 1911. Da notare che anche alla "nuova" Corte di Giustizia centro-americana è stato attribuito il potere cautelare: l'art. 31 dello Statuto della Corte di Giustizia centro-americana del 10.12.1992, riprodotto in *Int. Legal Materials*, 1995, vol. 34, p. 921, recita: "The Court shall be authorised to prescribe pre-trial or protective measures which it considers advisable to safeguard the rights of the parties from the moment that a claim is made against one or more States, organs or organisms of the Central American Integration System until a definitive verdict is issued. This authority shall permit the Court to stabilise the situation in which the contending parties are to remain, so as not to aggravate the harm and so as to maintain matters in the same state pending resolution".

[12] Ai sensi dell'art. 7 della Carta istitutiva della Commissione: "(1) The Commission or, in a case of urgency, the President shall have the power to issue such orders as may be necessary to conserve the respective rights of the parties pending the judgement of the Commission. Any orders issued by the President under this Article may be confirmed, amended or annulled by the Commission within seventy-two hours after the notification thereof after the notification thereof to the parties. (2) Any party affected by such an order of the Commission or of the President who shall not have been heard prior the making thereof may apply to the Commission for the amendment or annulment of the order at such time and in such manner as may be prescribed in the rules of procedure envisaged in article 14 of the present Charter". La Commissione ha ulteriormente disciplinato la propria competenza cautelare negli articoli 53 e 54 del regolamento di procedura. Il testo di questi articoli si trova in *Internationale Gerichte und Schiedsgerichte* (a cura di HALLIER) Köln, 1961, p.284 e p. 307.

[13] L'art. 12 dello Statuto di questo Tribunale Arbitrale prevedeva: "(1) The Tribunal or, in case of urgency, the President shall have the power, by the issue of directives, to take such measures as may be necessary to conserve the respective rights of the parties pending the judgement of the Tribunal. Any directive issued by the President under this article may be confirmed, amended or annulled by the Tribunal within seventy-two hours after the notification thereof to the Parties; (2) The Parties shall be afforded an opportunity to be heard prior to the issue of any directive by the

attività. La funzione cautelare è poi prevista in alcuni compromessi arbitrali istitutivi di tribunali *ad hoc*[14], in trattati generali per la soluzione delle controversie, quali l'Atto generale di Ginevra per la soluzione pacifica delle controversie internazionali del 26 settembre 1928 e del 28 aprile 1949[15], la Convenzione europea per la soluzione pacifica

---

Tribunal or by the President under this Article. (3) In the absence of the President, his powers under this Article shall be exercised by one of the Vice-Presidents to be designated by the President for this purpose".

[14] La formulazione della disposizione sulla tutela cautelare contenuta in questi strumenti convenzionali risulta essere sempre molto semplice, limitandosi ad attribuire all'organo internazionale il potere di indicare (o di prescrivere) tutte le misure cautelari necessarie per proteggere i diritti delle parti. Si vedano al riguardo l'art. 18, par. 4, della Convenzione generale tra la Francia e la Tunisia del 3 giugno 1955, secondo il quale: "Le Conseil peut dans tous le cas, à la requête d'une parties, inviter l'autre partie à prendre les mesures conservatoires que le Conseil jugera utiles" (in *United Nations Reports of Int. Arbitral Awards*, vol. XII, p. 274); l'art. 5, par. 3, del Regolamento di arbitrato annesso all'Accordo franco-algerino di arbitrato per il rispetto dei diritti acquisiti nel Sahara del 26 giugno 1963, per il quale: "Le Président du Tribunal peut de même ordonner aux parties de prendre toute mesure conservatoire qu'il juge nécessaire. De telles sentences ont la même force obligatoire que la sentence sur le fond du litige"; l'art. 11, par. 3, del Compromesso arbitrale tra Francia e Regno Unito per la delimitazione della piattaforma continentale del 10 luglio 1975, che recita: "Le Tribunal...pourra prendre toute mesure conservatoires qu'il estimera utile pour protéger les intérêts de chacune des Parties" (*Revue général de droit int. public*, 1976, p. 677); l'art. 3, par. 2, del Compromesso arbitrale tra Stati Uniti e Francia in relazione al caso dell'*Air Service* dell'11 luglio 1978, secondo il quale: " The Tribunal shall be competent, in any event, at the request of either party, to prescribe all other provisional measures necessary to safeguard the rights of the parties. A party may make such request in its written pleadings, at horal hearings, or subsequent to the oral hearings, as appropriate" (in *Int. Law Reports*, vol. 54, p. 313); l'art. 12, par. 2, del Compromesso arbitrale tra Guinea e Guinea-Bissau per la delimitazione della frontiera marittima del 18 novembre 1983, secondo il quale: "Le Tribunal à le pouvoir de prescrire à la demande de l'une des parties et si les circonstances l'exigent, toutes les mesures provisoires à prendre pour sauvegarder les droits des Parties" (in *Int. Legal Materials*, 1986, p. 254); l'art. 11, par. 2, del Compromesso arbitrale tra Senegal e Guinea-Bissau del 12 marzo 1985, che riproduce letteralmente il testo della norma da ultima citata (in *Revue générale de droit int. public*, 1988, p. 455).

[15] L'art. 33, par.1, dell'Atto generale stabilisce: "In all cases where a dispute forms the object of arbitration or judicial proceedings, and particularly if the question on which the parties differ arises out of acts already committed or on the point to be committed, the Permanent Court of International Justice (International Court of Justice, nella versione del 1949), acting in accordance with Article 41 of its Statute, or the Arbitral Tribunal, shall lay down within the shortest possible time the provisional measures to be adopted. The parties to the dispute shall be bound to accept such measures". Da rilevare che, ai sensi del par. 2 di questo stesso articolo, "If the dispute is brought before a Conciliation Commission, the latter may recommend to the parties the adoption of such provisional measures as it considers suitable".

delle controversie del 29 aprile 1957[16] e la Convenzione per la conciliazione e l'arbitrato nell'ambito della CSCE del 15 dicembre 1992[17].

La seconda situazione concerne il caso in cui né il trattato istitutivo, né il regolamento di procedura dell'organo di giustizia contengono norme sulla tutela interinale. Si tratta di una situazione agli antipodi rispetto a quella appena delineata, e che è di solito riferibile ai tribunali arbitrali costituiti sulla base di compromessi arbitrali *ad hoc*. Ciò non deve sorprendere, in quanto - come si è già puntualizzato[18] - la previsione di rimedi interinali non assume per questi tribunali l'importanza che è dato riscontrare per i tribunali a carattere permanente[19].

---

[16] Ai sensi dell'art. 31, par. 1: "In all cases where a dispute forms the subjects of arbitration or judicial proceedings, and particularly if the question on which the parties differ arises out of acts already committed or on the point of being committed, the International Court of Justice, acting in accordance with Article 41 of its Statute, or the arbitral tribunal, shall lay down within the shortest possible time the provisional measures to be adopted. The parties to the dispute shall be bound to accept such measures".

[17] Il testo della Convenzione può leggersi in *Int. Legal Materials*, 1993, vol. 32, p. 551. Ai sensi dell'art. 16, par. 3, : "The Arbitral Tribunal constituted for a dispute may indicate the interim measures that ought to be taken by the parties to the dispute in accordance with the provisions of art. 26, par. 4". Tale ultima disposizione recita: "When a dispute is submitted to an Arbitral Tribunal in accordance with this article, the Tribunal may, on its own authority or at request of one or all the parties to the dispute, indicate interim measures that ought to be taken to avoid an aggravation of the dispute, greater difficulty in reaching a solution, or the possibility of a future award of the Tribunal becoming enforceable owing to the conduct of one or more of the parties to the dispute".

Si deve altresì rilevare che l'art. 16, par. 2, stabilisce: "If the dispute is brought before a Conciliation Commission the latter may recommend to the parties the adoption of such provisional measures as it considers suitable".

[18] V. *supra*, Introduzione.

[19] Ammettendone la natura di tribunale internazionale, costituisce un'eccezione a quanto ora rilevato il caso della Commissione di conciliazione franco-italiana, istituita dal trattato di pace con l'Italia del 1947, e cioè di un organo che ha cessato da tempo la propria attività: tribunale permanente cui né lo strumento istitutivo, né il regolamento di procedura attribuivano competenza ad emanare provvedimenti cautelari. Questo organo, come si è evidenziato nella dottrina, ha potuto svolgere la propria attività "quite satisfactorily without provisions on interim protection and without facing a need to grant it" (V. SZTUCKI, *op. cit.*, p. 64. L'autore ricorda che anche la

La terza situazione si colloca tra le due situazioni estreme. Ci si riferisce all'ipotesi in cui la possibilità di emanare provvedimenti cautelari è contemplata dal regolamento di procedura adottato dall'organo di giustizia, ma non dal trattato istitutivo di questo stesso organo[20]. Gli esempi più noti al riguardo sono senz'altro costituiti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo[21]e, nel passato, dal Tribunale delle Nazioni Unite per la Libia[22]. Inoltre, nell'ambito sia del sistema europeo che inter-americano dei diritti dell'uomo, si riscontra che anche i regolamenti di procedura della Commissione europea e della Commissione inter-americana (vale a dire dei due organi che svolgono un'attività prodromica a quella propriamente giudiziaria) contengono disposizioni sulla tutela cautelare, senza che gli strumenti istitutivi attribuiscano a tali organi una competenza in materia.[23] Per fare

---

Commissione messicana dei Reclami ha operato soddisfacentemente malgrado l'assenza di disposizioni sulla tutela cautelare e senza essere stata mai richiesta di apprestare siffatta tutela).

[20] Anche in questo caso si citeranno nelle note al testo solo le disposizioni degli organi di giustizia che, secondo la nozione che si è accolta di tribunale internazionale, rientrano in questa categoria. Per le norme regolamentari sulla tutela cautelare di altri organi internazionali, v. comunque *Dispute Settlement cit.*

[21] La Convenzione non attribuisce alla Corte il potere di adottare provvedimenti cautelari. Nel primo Regolamento di procedura (adottato nel 1959), la Corte ha inserito una disposizione sulla tutela cautelare (art. 34), successivamente modoficata con il Regolamento del novembre 1982 e con il regolamento del 1991. Attualmente la disposizione sulla protezione cautelare è costituita dall'art. 36, il quale recita: "Before the constitution of a Chamber, the President of the Court may, at the request of a Party, of the Commission, or the applicant or of any other person concerned, or *proprio motu*, indicate to any Party and, where appropriate, the applicant, any interim measure which it is advisable for them to adopt. The Chamber, when constituted or, if the Chamber is not in session, its President shall have the same power.

Where the Commission, pursuant to Rule 36 of its Rules of procedure, has indicated an interim measures as desirable, its adoption or maintenance shall remain recommended to the Parties and, where appropriate, the applicant after the case has been brought before the Court, unless and until the President or the Chamber otherwise decides or until paragraph 1 of this Rule is applied".

Da notare che il Protocollo n. 11 per la riforma del sistema di garanzia dei diritti dell'uomo non ha conferito alla futura Corte un potere in materia cautelare.

[22] Articoli 25 e 26 delle Regole di procedura del Tribunale, menzionate nella decisione del Tribunale riportata in *United Nations Reports of International Arbitral Awards*, vol. XII, p. 360.

[23] L'art. 76 del Regolamento di procedura della Commissione inter-americana dei dirtti dell'uomo, nella versione adottata il 29 giugno 1979, stabilisce: "(1) In cases of extreme gravity

riferimento a un importante organo di controllo del rispetto dei diritti dell'uomo operante in ambito "universale", occorre ricordare che una norma sulla tutela cautelare è stata inserita anche nel Regolamento di procedura del Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite[24]. Anche la situazione di cui si tratta, al pari della prima che si è evidenziata, concerne

---

and urgency, and when it becomes necessary to avoid irreparable damage to persons in a matter that has not yet been submitted to the Court for consideration, the Commission may request it to adopt any provisional measures it deems pertinent. (2) When the Commission is not in session, that request may be made the Chairman, or in his absence by one of the Vice-Chairmen, in order of precedence".

L'art. 36 Regolamento di procedura della Commissione europea dei diritti dell'uomo, nella versione del 15 dicembre 1977, prevede che : "The Commission, or where it is not in session, the President may indicate to the parties any interim measure the adoption of which seems desirable in the interst of the parties or the proper conduct of the proceedings before it". Fino all'adozione del Regolamento del 1977 la Commissione aveva comunque apprestato una tutela interinale, adottando quella che è stata definita una "soluzione empirica" alle esigenze di cautela in pendenza di giudizio, manifestatesi fin dai primi anni di funzionamento del sistema di garanzia di Strasburgo (EISSEN, *Les mesures provisoires dans la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue des droits de l'homme*, 1969, II, p. 253).

[24] L'art. 86 del Regolamento di procedura del Comitato delle Nazioni Unite per i diritti dell'uomo, adottato il 2 febbraio 1978, recita: "The Committee may, prior to forwarding its final views on the communication to the State party concerned, inform the State of its view whether interim measures may be desirable to avoid irreparable damage to the victim of the alleged violation. In doing so, the Committee shall inform the State Party concerned that such expression of its views on interim measures does not imply a determination on the merits of the communication". Per le discussioni svoltesi in seno al Comitato in ordine alla possibilità o meno di prevedere una norma regolamentare sulla tutela cautelare in assenza di un'espressa autorizzazione del Patto sui diritti civili e politici v. *Annuaire du Comité des Droits de l'homme*, 1977-78, vol. I, pp. 45-47 e p. 55.

Pare interessante notare che, in ambito africano, anche la Commissione Africana per i diti dell'uomo e dei popoli ha previsto nel Regolamento di procedura una norma sulla tutela cautelare (art. 109), in virtù della quale la Commissione può informare lo Stato coinvolto nel procedimento circa "its views regarding the appropriateness of interim measures to avoid irreparable harm pending the examination of a complaint" (sul punto v. ANKUMAH, *Towards an Effective Implementation of the African Charter*, in *Interights Bulletin*, 1994, 8.3, p. 61). Conviene infine osservare che l'art. 5 del Progetto di Protocollo alla Convenzione per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne attribuisce al Comitato istituito da tale Convenzione il potere di adottare provvedimenti cautelari. Tale norma prevede infatti che: "(1) At any time after the receipt of a communication, the Committee may request the State party concerned to make such interim measures as may be necessary to preserve the status quo or to avoid irreparable harm (2) The State party concerned shall take all necessary steps to comply with a request made by the Committee under paragraph 1. (3) Where the Committee exercises its powers under paragraph 1, it shall

principalmente (se non esclusivamente) organi di giustizia a carattere permanente. Questi ultimi hanno sviluppato una prassi tesa a colmare una lacuna del trattato istitutivo tramite il regolamento di procedura[25].

Alla luce dell'assetto normativo sopra descritto, risulta chiaro che, se si muove dall'assunto del fondamento *necessariamente convenzionale* della competenza cautelare, si potrebbe pervenire alle seguenti conclusioni. In relazione alla prima situazione, quando vi è una previsione pattizia, è evidente che il potere cautelare sarebbe legittimamente esercitato ove ne ricorrano i presupposti. Circa la seconda, l'assenza di qualsiasi disposizione normativa scritta (convenzionale e regolamentare) determinerebbe l'illegittimità di qualsiasi provvedimento interinale a finalità cautelare. Infine, quanto alla terza situazione, risulterebbe dubbio che, nel silenzio del trattato istitutivo, l'organo di giustizia internazionale possa apprestare la tutela cautelare sulla base di una norma regolamentare, per la ragione evidente che il regolamento di procedura non dovrebbe essere *ultra vires*, e

---

inform the State party concerned that its request does not imply a determination of the merits of the communication" (v. *NQHR*, 1995, p. 88).

[25] Ciò è avvenuto, significativamente, anche quando in fase di elaborazione dello strumento istitutivo è stata presa in considerazione la possibilità di includere una norma sulla tutela cautelare, e nondimeno si è deciso di non attribuire all'organo di giustizia siffatta competenza. È questo il caso della Corte europea dei diritti dell'uomo. Si può infatti ricordare che, in sede di redazione della Convenzione di Roma, non venne accolta la proposta del Movimento europeo di inserire nel progetto di Statuto della Corte una norma concernente i provvedimenti cautelari del tenore letterale dell'art. 41 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia. L'art. 35 del Progetto di Statuto, presentato al Comitato dei ministri nel 1949, recitava: "*a*) La Cour sera habilitée à prescrire, si elle considère que les circostances l'exigent, toute mesure provisionelle nécessaire pour préserver les droits respectifs de chaque partie; *b*) dans l'attente de la sentence finale, l'indication des mesures proposées sera données sans délai aux parties, à la Commission européenne des droits de l'homme et au Secrétaire Général" (v. *Recueil des travaux préparatoires*, The Hague, 1975, vol. I, pp. 314-315). Sui motivi per i quali tale proposta non è stata accolta non vi è tuttavia alcuna traccia nei lavori preparatori.

cioè non dovrebbe contenere norme contrarie all'atto istitutivo o norme attributive all'organo giudicante di poteri non previsti da quell'atto.

3. L'esercizio del potere cautelare in assenza di una norma espressa di origine pattizia nella giurisprudenza e nella prassi giudiziaria: l'affermazione della natura "inerente" del potere cautelare

L'esame della giurisprudenza e della pratica giudiziaria sulla tutela cautelare rivela principalmente due circostanze che si pongono in contrasto con le conclusioni a cui si potrebbe pervenire muovendo dall'assunto del fondamento giuridico convenzionale dell'esercizio del potere cautelare. Anzitutto, nella giurisprudenza di taluni tribunali si afferma la natura *inerente* del potere di emanare provvedimenti provvisori; inoltre, non mancano casi in cui si verifica la significativa utilizzazione di rimedi cautelari da parte di organi di giustizia privi di tale potere ai sensi del trattato istitutivo.

Circa il primo aspetto, occorre anzitutto fare riferimento a un *dictum* della Commissione arbitrale sulle proprietà, beni e interessi in Germania contenuto nella prima ordinanza dell'organo in materia di tutela cautelare. La Commissione, nel confutare l'eccezione del convenuto (la Repubblica federale tedesca) circa la sua incompetenza a concedere lo specifico rimedio provvisorio richiesto dall'attore, ebbe a precisare:

"We have *no doubt of our inherent power* to issue such orders as may be necessary to conserve the respective rights of the parties...and thereby *to assure that this tribunal's jurisdiction and authority are made fully effective*"[26] (corsivo aggiunto).

Con questa precisazione, l'organo ha chiaramente affermato che il potere di adottare provvedimenti cautelari aveva natura *inerente*. Si può osservare che il riferimento alla finalità perseguita tramite l'esercizio di siffatto potere inerente, e precisamente quello di assicurare *piena effettività* alla giurisdizione e all'autorità dell'organo, lascia intendere che la Commissione presupponeva la natura vincolante di questo potere. Solo provvedimenti cautelari ad efficacia obbligatoria possono infatti garantire il risultato della "piena effettività". Ad ogni modo, l'affermazione della natura inerente del potere cautelare ha senza dubbio una notevole importanza, e ciò perché la Commissione non avrebbe in realtà avuto alcuna necessità di effettuare tale affermazioni. Essa era infatti comunque autorizzata ad emanare provvedimenti cautelari in virtù dell'art. 7 della propria Carta istitutiva [27].

Sulla scia della Commissione sulla proprietà, diritti e interessi in Germania si è inoltre posto il Tribunale dei Reclami Iran-Stati Uniti. Anche questo tribunale è deputato ad esercitare la tutela cautelare per volontà degli Stati che lo hanno istituito: l'art. III, par. 2, della *Claims Settlement Declarations* autorizza il Tribunale ad adottare, salvo modifiche stabilite dalle parti, le *UNCITRAL Rules*. E queste regole prevedono, all'art. 26 (non

---

[26] Ordinanza 28 ottobre 1957, affare *Veerman c. Repubblica federale tedesca*, in *Decisions of the Arbitral Commission on Property, Rights and Interests in Germany*, vol. I, Koblenz, 1958, p. 120.

[27] Per il testo dell'art. 7 della Carta istitutiva della Commissione v. *supra*, nota 12.

Nel caso di specie la Commissione rifiutò la concessione di rimedi cautelari. Ciò, unitamente al fatto che la Commissione era comunque autorizzata in via convenzionale ad adottare provevdimenti cautelari, ha indotto la dottrina a rilevare che il *dictum* in questione "acquires the value of a statement of principles" (SZTUCKI, *op. cit.*, p. 63).

modificato dalle parti), la competenza ad emanare provvedimenti cautelari. Ebbene, pur in presenza di questa norma, il tribunale ha sviluppato una giurisprudenza consolidata circa il carattere *inerente* del proprio potere di adottare provvedimenti provvisori[28].

Siffatta giurisprudenza ha preso avvio sin dai primi anni di operatività del tribunale, e precisamente con l'*interim award* 4 febbraio 1983 in relazione al caso *E-Systems, inc. c. Iran*, ove si è precisato che:

"This Tribunal *has an inherent power* to issue such orders as may be necessary to conserve the respective rights of the parties and *to ensure that this Tribunal's jurisdiction and authority are made fully effective*"[29](corsivo aggiunto).

La medesima precisazione si ritrova poi in gran parte delle ordinanze e decisioni interlocutorie che il tribunale ha emanato a seguito di una richiesta di intervento interinale. Si tratta senza dubbio di una giurisprudenza significativa, poichè nell'apprestare una tutela interinale il tribunale ha individuato il fondamento del proprio intervento non già nell'art. 26 delle regole di procedura (o perlomeno, non eslusivamente nell'art. 26 delle regole di procedura) bensì nella propria competenza *inerente* in materia[30]. In un caso recente, il

[28] Per il testo dell'art. III della *Claims Settlement Declaration* v. *supra*, nota 9.

[29] Decisione 4 febbraio 1983, ITM 13-388-FT, *Iran-United States Claims Tribunal R.eports*, vol. 2, p. 57.

[30] Decisione 1 marzo 1983, ITM 15-59-1, *Questec, Inc. c. Iran, ibidem*, p. 98; decisione 5 maggio 1983, ITM 17-430-1, *Rockwell International System Inc. c. Iran, ibidem*, p. 311; ordinanza 2 giugno 1983, *RCA Global communication Inc. c. Iran, ibidem*, vol. 3, p. 9; ordinanza 8 settembre 1983, caso *n. 10812, United States* c. *Iran, ibidem*, p. 337; decisione 20 ottobre 1983, ITM 28-159-3, *Ford Aerospace* c. *The Air Force of Iran, ibidem*, p. 386; decision 31 ottobre 1983, ITM 29-160-1 e ITM 30-160-1, *RCA Global Communications* c. *Iran, ibidem*, vol. 4, p. 7 e p. 12; decisione 11 novembre 1985, ITM 56-12118-3, *United States (on behalf of Tadjer-Cohen)* c. *Iran, ibidem*, vol.

Tribunale ha inoltre esplicitato i motivi e il significato dell'indirizzo giurisprudenziale in discorso, affermando che l'art. 26 delle regole di procedura:

"embodies the *generally accepted rule* that an international tribunal is allowed to take interim measures"[31] (corsivo aggiunto).

9, p. 304; decisione 4 dicembre 1986, ITM 64-498-1, *Panacaviar S.A.* c. *Iran*, *ibidem*, vol. 13, p. 196.

Conviene notare che, in taluni casi, il Tribunale (di solito ricordando che nel caso *E-System Inc.* il Tribunale ha affermato la natura inerente del potere cautelare) ha fondato il proprio intervento interinale sulla base dell'art. 26 del Regolamento di procedura. In proposito, v. decisione 9 giugno 1983, ITM 21-28-1,*Reading and Bates Corporation* c. *Iran*, *ibidem*, vol. 2, p. 402; decisione 13 giugno 1983, ITM 22-480-1, *Touche Ross* c. *Iran*, *ibidem*, vol. 3, p. 60; decisione 10 agosto 1983, ITM 25-382-3, *Behring International Inc.* c. *Iranian Air Force*, *ibidem*, p. 174.

[31] Decisione 10 dicembre 1986, n. 53-114-3, *United Technologies International Inc. c. Iran et al.*, in *13 Iran-U.S.C.T.R.*, p. 257. Il Tribunale ha altresì precisato che: "According to the practice followed by international arbitral tribunals, this particular form of relief or remedy, *pendente lite*, may be granted when the rights and/or property which the issuance of such measures is designated to protect are deteriorating in such a manner that irreparable harm might be done to the said rights and/or property of the applicant before a final award is rendered".

Sullla circostanza che il Tribunale abbia fondato l'esercizio del potere cautelare non già esclusivamente sull'art. 26, ma anche facendo riferimento alla natura inerente di tale potere v. CARON, *Interim Measures of protection: Theory and Practice in Light of the Iran-United States Claims Tribunal*, in *Zeitschrift für Ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 46, pp. 475-480. L'autore osserva che "the reason for this reliance on inherent powers is unclear", individuando tuttavia una spiegazione nella "past experience of members of the Tribunal with other tribunals where *inherent powers provided the only basis for the granting of interim measures*, a past practice which once adopted by the Tribunal came to be repeated in subsequent interim measures awards" (nella nota al brano richiamato, l'autore in questione cita la decisione della Commissione arbitrale sulle proprietà, i beni e interessi in Germania, nel caso *Veerman* - cit. *supra*, nota ... - per fornire un esempio di una "past experience", tuttavia probabilmente ignorando che la Commissione era espressamente autorizzata dall'art. 7 della Carta istitutiva ad apprestare una tutela interinale; tutela quest'ultima che quindi non aveva nella teoria degli *inherent powers* l'unico possibile fondamento). L'autore ritiene osserva inoltre che "reliance on inherent powers by the Tribunal was not necessary", e ciò perchè "inherent powers exist to the extent that they are not expressly denied by the parties and to the extent that they are necessary to preserve the judicial character of the institution"; egli pertanto conclude che "the difficullty in ascertaining the scope of inherent powers...requires that they be used sparingly and only when necessary in order that their legality be maintained", così evidentemente criticando l'orientamento seguito dal Tribunale in discorso.

Vale anche la pena di osservare che, analogamente all'orientamento seguito dalla Commissione arbitrale sulle proprietà, diritti e interessi in Germania, anche il Tribunale dei Reclami Iran-Stati Uniti presuppone che il potere cautelare non solo ha natura inerente, ma altresì che tale potere si esercita tramite l'emanazione di provvedimenti di natura vincolante. Questa conclusione si trae dal riferimento, effettuato nel primo brano richiamato, alla necessità di assicurare piena effettività alla giurisdizione e all'autorità del Tribunale. D'altro canto, chiare indicazioni nel senso dell'obbligatorietà dei provvedimenti cautelari emergono da numerose decisioni del Tribunale, come si avrà occasione di evidenziare nel capitolo terzo.

Infine, si deve osservare che nella giurisprudenza in materia cautelare della Corte inter-americana dei diritti dell'uomo è possibile rintracciare un caso in cui l'organo sembra aver presupposto la natura "inerente" del potere di apprestare una tutela interinale. Più precisamente, in relazione al primo affare in cui la Corte è stata richiesta di adottare provvedimenti cautelari (e cioè l'affare *Rodriguez et als.* c. *Honduras*), l'organo ha accolto l'istanza cautelare della Commissione inter-americana dei diritti dell'uomo fondando la propria ordinanza non solo sull'art. 63, par. 2, della Convenzione, ma anche in considerazione del "judicial character of the Court and the powers derived therefrom"[32]. Con ciò, la Corte sembra aver presupposto che la competenza cautelare contemplata dall'art. 63, par. 2, della Convenzione costituiva una competenza comunque derivante dal proprio *judicial character*.

[32] V. Ordinanza 19 gennaio 1988, in *Organization of American States, Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights*, 1988, OAS/SER. L/V/III.19, p. 27.

In definitiva, la giurisprudenza che si è richiamata evidenzia che, pur in presenza di una norma di origine pattizia attributiva del potere cautelare, tale norma non viene considerata come il diretto fondamento giuridico di siffatto potere. La competenza ad apprestare una tutela interinale viene invece considerata "inerente", il che naturalmente induce a ritenere che gli organi in questione pressuppongono che la fonte di tale competenza non debba essere individuata nello strumento giuridico pattizio.

4. (Segue) Casi in cui la tutela cautelare è stata apprestata nell'assenza di qualsiasi disciplina o in applicazione di una norma del regolamento di procedura

Dall'analisi della prassi giudiziaria emergono significativi elementi nel senso del fondamento giuridico non convenzionale del potere cautelare. Più precisamente, risulta che non sono rari i casi in cui organi di giustizia internazionale hanno adottato provvedimenti cautelari senza essere a ciò autorizzati dai rispettivi strumenti istitutivi. Si tratta di un fenomeno non circoscritto a pochi e saltuari casi, bensì consolidato e concernente tribunali di varia natura (peraltro comprendente anche organi non giudiziari operanti nel campo della protezione dei diritti dell'uomo, quali il Comitato per i diritti dell'uomo delle Nazioni Unite).

A tal proposito, è anzitutto possibile segnalare l'adozione di provvedimenti cautelari nell'assenza di disposizioni normative, anche solo di natura procedurale[33].

[33] Si può osservare che, avendo dal principio escluso i Tribunali Arbitrali Misti del primo dopoguerra dalla presente indagine, in quanto essi non rientrano nella nozione accolta di tribunale internazionale, all'orientamento seguito dal Tribunale anglo-tedesco nel caso *Grammophone Ltd. c.*

Il primo caso della prassi che è dato di conoscere concerne il tribunale arbitrale costituito nel 1907 - in virtù di un trattato di arbitrato obbligatorio tra le cinque repubbliche del centro-America - in occasione di un conflitto sorto tra Honduras e Nicaragua. Il Tribunale, cui non era attribuito il potere di adottare provvedimenti cautelari, in occasione della sua prima sessione precisò tuttavia che:

"its principal duty was to see to it that the award to be pronounced *should be made effective*", (corsivo aggiunto)

e a tal fine richiese:

"...that the armed forces which both countries maintain should return to normal condition"[34] .

Conviene osservare che il riferimento effettuato alla necessità di assicurare *effettività* alla sentenza arbitrale evidenzia il convincimento del Tribunale circa la natura vincolante dell'ordinanza in questione.

Deutsche Grammophon AG and the polyphonwerke AG, in occasione del quale il tribunale adottò provvedimenti cautelari in assenza di qualsiasi norma (di origine pattizia e regolamentare) sulla tutela cautelare (per il riferimento bibliografico di tale decisione v. SZTUCKI, *op. cit.*, p. 63, nota n. 16).

[34] Questi brani della richiesta cautelare del Tribunale in questione sono riportati da OELLERS-FRAHM, *Die einstweilige cit.*, p. 123.

Il Tribunale giustificò l'adozione di tale misura cautelare sulla base dell'art. XI del Trattato di Corinto. Tale norma tuttavia non attribuiva al Tribunale il potere di adottare provvedimenti cautelari, bensì *imponeva alle parti* l'obbligo di "no ejecutar acto alguno de hostilidades, aprestos bélicos ó movilización de fuerzas, a fin de no impedir el arreglo de la dificultad ó cuestion, por los medios establecidos en el presente convenio". In proposito v. *ibidem*, p. 123 ss., nonchè GUGGENHEIM, *Les mesures provisoires de procédure internationale cit.*, p. 33 ss., e

Il secondo caso concernente l'adozione di provvedimenti provvisori in assenza di un'autorizzazione (sia convenzionale che regolamentare) concerne il Tribunale arbitrale costituito per decidere il caso della *Fonderia di Trail*, tra Stati Uniti d'America e Canada. Con la decisione 16 aprile 1938, il Tribunale decise solo la prima delle quattro questioni che le parti avevano sottoposto alla sua giurisdizione, pronunciandosi in via interlocutoria in relazione alle altre tre questioni. In particolare, circa la seconda questione, il Tribunale stabilì che:

"..until the date of the final decision...the Trail Smelter shall refrain from causing damage in the State of Washington"[35].

Infine, veniamo all'ultimo - per quanto è dato di sapere - organo di giustizia che ha apprestato all'occorrenza una tutela interinale nell'assenza di qualsiasi previsione normativa. Si tratta della Commissione europea dei diritti dell'uomo, vale a dire dell'organo che - per le funzioni svolte all'interno del sistema di garanzia istituito con la Convenzione di Roma - per primo verifica la necessità di apprestare una tutela interinale. Ebbene, la Convenzione

[35] La decisione si può leggere in *United Nations Reports of Int. Arbitral Awards*, vol. 3, p. 1907 ss. Il brano citato si trova a p. 1950.

Occorre segnalare che in dottrina vi è chi non ritiene che, in relazione a tale parte della decisione, si possa parlare di una vera e propria misura cautelare, bensì di una *Zwischenurteil* (sentenza interinale): così ad esempio OELLERS-FRAHM, *Die einstweilige cit.*, pp. 124-126. Ritiene invece che mediante questa decisione il Tribunale abbia indicato una misura cautelare vera e propria COCATRE-ZILGIEN, *Les mesures conservatoires en droit international*, in *Revue Egyptienne de droit int.*, 1955, vol. 11, p. 96, nonché *Les mesures conservatoires décidéed par le juge ou par l'arbitre international*, in *Revue générale de droit int. public.*, 1966, vol. LXX, p. 30.

Si deve tuttavia osservare che uno studioso ha osservato che "having in mind Article IV of the terms of the submission, it is likewise debatable whether the tribunal really lacked authorisation - be it an indirect one - to order provisional measures" (SZTUCKI, *op. cit.*, p. 66, che alla nota 39 ricorda che l'art. IV stabiliva: "The Tribunal shall apply the law and practice followed in dealing with cognate questions in the United States of America as well as International Law and Practice").

non contiene norme sulla tutela cautelare e, fino al 1974, la Commissione non ha adottato una norma regolamentare in materia. Nondimeno, essa non ha mancato di rispondere alle esigenze di tutela provvisoria manifestatesi sin dai primi anni di operatività del meccanismo di garanzia e, verificatane la necessità, ha adottato provvedimenti provvisori pur nell'assenza di una previsione normativa [36].

Si deve precisare che, a differenza degli organi finora considerati, la Commissione ha avuto occasione di rilevare che i provvedimenti cautelari avevano natura di *raccomandazioni*. Si deve tuttavia anche ricordare che, di recente, la Commissione ha invece cercato di affermare la natura vincolante dei provvedimenti cautelari, ma che in ciò essa è stata contraddetta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo[37].

---

[36] Si vedano le misure provvisorie adottate in relazione ai seguenti i ricorsi: 297/57, affare *X.* c. *Repubblica federale tedesca*, decisione sulla ricevibilità 22 marzo 1958, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 1958-59, vol. II, p. 205 ss.; 858/60, affare *X.* c. *Belgio*, decisione sulla ricevibilità 13 aprile 1961, *ibidem*, 1961, vol. IV, p. 225; affare *X.* c. *Repubblica federale tedesca*, decisione sulla ricevibilità 6 ottobre 1962, *ibidem*, 1962, vol. V, p. 257 ss.; n. 1420/62, 1477/62 e 1478/62, affare *X. et Y.* c. *Belgio*, decisione sulla ricevibilità del 18 dicembre 1964, *ibidem*, 1963, vol. VI, p. 591 ss.; n. 2136/64, affare *X.* c. *Repubblica federale tedesca*, decisione sulla ricevibilità 18 aprile 1964, *ibidem*, 1964, vol. VII, p. 299 ss.; n. 2143/64, affare *X.* c. *Austria e Iugoslavia*, decisione sulla ricevibilità 30 giugno 1964, *ibidem*, p. 315 ss; n. 2122/64, affare *Wehmoff* c. *Repubblica federale tedesca*, decisione sulla ricevibilità 28 settembre 1964, *ibidem*, p. 289 ss.; n. 2707/66, affare *Kurtz et als.* c. *Repubblica federale tedesca*, decisione sulla ricevibilità 4 aprile 1967, *ibidem*, 1967, vol. 10, p. 321 ss.; n. 5207/71, affare *X.* c. *Repubblica federale tedesca*, decisione sulla ricevibilità 13 dicembre 1971, in *European Commission of Human Rights - Collection of Decisions*, vol. 39, p. 99 ss.; n. 6242/73, affare *Bauckmann* c. *Repubblica federale tedesca*, decisione sulla ricevibilità 27 maggio 1974, *ibidem*, p. 202 ss.

Tra l'altro, sempre per rimanere nell'ambito del sistema europeo di protezione dei diritti dell'uomo, pare significativo che il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa abbia di recente precisato, da un lato, di essere competente ad adottare (all'occorrenza) provvedimenti cautelari, e ciò anche nell'assenza di una norma regolamentare in materia; dall'altro, che non vi è necessità alcuna di prevedere disposizioni sulla tutela cautelare nel Regolamento di procedura dell'organo, per l'esercizio delle funzioni di cui all'art. 32 della Convenzione (v. *Council of Europe, Committee of Experts for the Inprovement of Procedures for the Protection of Human Rights, DH-PR(89)8*, p. 7).

[37] V. *infra*, capitolo 3, par. 3, p. 141 ss.

Numerosi sono, infine, i casi in cui la funzione cautelare è stata esercitata in applicazione di una norma regolamentare adottata nel silenzio del trattato istitutivo.

Si può anzitutto segnalare la decisione 18 febbraio 1952 del Tribunale delle Nazioni Unite in Libia, nel caso concernente *The Administration of certain properties of the State in Lybia*, mediante la quale l'organo ebbe modo di precisare che le disposizioni procedurali sui provvedimenti cautelari:

"...were adopted in order to empower the Tribunal to protect jeopardized rights of the parties. The Tribunal's thoughts on the subject were that a possibility existed that the parties would legitimately fear that, unless certain of their rights were afforded judicial protection within a reasonably short period of time, the ultimate recognition by the Tribunal of such rights would lose, in practice, part if not all of its value"[38].

In secondo luogo, si può richiamare la prassi della Commissione europea dei diritti dell'uomo. Con l'adozione del regolamento di procedura del 1974, l'organo ha inserito una norma sulla tutela cautelare (l'art. 36), che di fatto codificava la prassi in materia cautelare seguita fino ad allora dalla Commissione. Ebbene, a partire da tale data, l'organo ha

[38] Decisione 18 febbraio 1952, in *United Nations Reports of International Arbitral Awards*, vol. XII, pp. 359-362, a p. 360.

sviluppato una significativa prassi applicativa della norma regolamentare sulla tutela cautelare[39].

[39] Si vedano, ad esempio, le misure provvsiorie predisposte in relazione ai seguenti i ricorsi: n. 7011/75, affare *Becker* c. *Danimarca*, decisione sulla ricevibilità 3 ottobre 1975, in *European Commission of Human Rights, Decisions and Reports*, vol. 4, p. 222 ss.; n. 7317/75, affare *Lynasc. Svizzera*, decisione 6 ottobre 1976 sulla ricevibilità, in *European Commission of Human Rights, Decisions and Reports*, vol. 6, p. 141 ss; n. 7572/76, 7586/76 e 7587/76, affare *Ensslin et als.* c. *Refubblica federale tedesca*, decisione sulla ricevibilità 8 luglio 1978, *ibidem*, vol. 14, p. 64 ss.; n. 8244/78, affare *Uppal et als.* c. *Regno Unito*, rapporto 9 luglio 1980, *ibidem*, vol. 20, p. 29 ss.; n. 10308/83, affare *Altun* c. *Repubblica federale tedesca*, decisione sulla ricevibilità 3 maggio 1983, *ibidem*, vol. 36, p. 209 ss.; n. 10479/83, affare *Kirkwood* c. *Regno Unito*, decisione sulla ricevibilità 12 marzo 1984, *ibidem*, vol. 37, p. 158 ss.; n. 11488/85, affare *Patanè* c. *Italia*, decisione sulla ricevibilità 3 dicembre 1986 (non pubblicata); n. 15658/89, affare *Mansi* c. *Svezia*, rapporto 9 marzo 1990, in *Human Rights Law Journal*, vol. 12, p. 170 ss.; n. 15576/89, affare *Cruz Varas* c. *Svezia*, rapporto 7 giugno 1990, pubblicato, non interamente, in *Publications of the European Court of Human Rights*, Series A, vol. 201, p. 42 ss.; n. 17550/90 e 17825/91, affare *V. e P.* c. *Francia*, decisione sulla ricevibilità 4 giugno 1991, in *Revue universelle des droits de l'homme*, 1991, p. 253 ss.; n. 18560/91, affare *D.S. et als.* c. *Francia*, decisione sulla ricevibilità 16 ottobre 1992 (non pubblicata); n. 19350/92, affare *A.* c. *Francia*, decisione sulla ricevibilità 7 luglio 1992 (non pubblicata); 19794/92, affare *M.* c. *Francia*, decisione sull'ammissibilità 7 luglio 1992 (non pubblicata); n. 20347/92, affare *B. et als.* c. *Spagna*, decisione sulla ricevibilità 11 settembre 1992 (non pubblicata); n. 19796, affare *Vakalis* c. *Grecia*, decisione sulla ricevibilità 15 gennaio 1993 (non pubblicata); n. 20547/92, affare *D. et als.* c. *Svezia*, decisione sulla ricevibilità 15 febbraio 1993 (non pubblicata); n. 22152/93, affare *S. et als.* c. *Francia*, decisione sulla ricevibilità 9 luglio 1993 (non pubblicata); n. 21649/93, affare *D. et als. (n. 2)* c. *Svezia*, rapporto 8 settembre 1993 (non pubblicato); n. 22742/93, affare *Aylor-Davis* c. *Francia*, decisione sulla ricevibilità 20 gennaio 1994, *ibidem*, vol. 76-B, p. 164 ss. n. 22182/93, affare *A.N.* c. *Francia*, decisione sulla ricevibilità 20 gennaio 1994, *ibidem*, vol. 79-A, p. 76 ss.; n. 22093/93, affare *D.R.* c. *Francia*, decisione sulla ricevibilità 10 marzo 1994, *ibidem*, p. 174 ss.; n. 23065, affare *K.D.* c. *Finlandia*, decisione sulla ricevibilità 10 marzo 1994 (non pubblicata); n. 23634/94, affare *Tanko* c. *Finlandia*, decisione sulla ricevibilità 19 maggio 1994, *ibidem*, vol. 77-A, p. 133 ss.; n. 24015/94, affare *E.G.M.* c. *Lussemburgo*, decisione sulla ricevibilità 20 maggio 1994, *ibidem*, vol. 77-B, p. 144 ss.; n. 22414/93, affare *Chahal* c. *Regno Unito*, decisione sulla ricevibilità 1 settembre 1994 (non pubblicata); n. 19776/92, *Amuur* c. *Francia*, rapporto 10 gennaio 1995 (non pubblicato); n. 25439/94, affare *El Maziani* c. *Francia*, decisione sulla ricevibilità 5 aprile 1995, *ibidem*, vol. 81-B, p. 142 ss., n. 27276/95, affare *Azzouza* c. *Belgio*, decisione sulla ricevibilità del 6 luglio 1995, *ibidem*, vol. 82-B, p. 154 ss.; n. 27249/95, affare *Lwanga et als.* c. *Svezia*, decisione sulla ricevibilità 14 settembre 1995, *ibidem*, vol. 83-B, p. 91 ss.; n. 27776/95, affare *A.G.* c. *Svezia*, decisione sulla ricevibilità 26 ottobre 1995, *ibidem*, p. 101 ss. A quest'ultimo proposito, sembra tra l'altro necessario sottolineare che, al momento della sua adozione, l'art. 36 del regolamento di procedura della Commissione ha di fatto "formalizzato" la prassi fino ad allora seguita dall'organo in questione in materia cautelare (in proposito v. NORGAARD, KRÜGER, *Interim and Conservatory Measures Under the European System of protection of Human Rights*, in *progress in the Spirit of Human Rights. Festschrift für Felix Ermacora*, Kehl - Strasbourg -

Infine, si può ricordare l' intervento cautelare apprestato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione all'affare *Soering c. Regno Unito*[40], con cui la Corte ha richiesto al Governo convenuto la sospensione del provvedimento di estradizione di Soering verso gli Stati Uniti fino alla conclusione del procedimento[41].

La cospicua prassi giudiziaria di adozione di provvedimenti cautelari in assenza di un'espressa autorizzazione convenzionale evidenzia che la giurisprudenza non ritiene che la

---

Arlington, 1988, p. 111; NØRGAARD, *Interim Measures under the European System for the Protection of Human Rights*, in *festskrift til Ole Due*, Stockholm, 1995, p. 280). In ragione di ciò, tale norma non può evidentemente costituire l'unico fondamento giuridico dei provvedimenti cautelari che vengono adottati dalla Commissione (a meno che non si sostenga l'illegittimità della prassi in materia cautelare sviluppata nel periodo antecedente l'adozione del Regolamento di procedura del 1974). Conviene infine evidenziare che dall'esame della prassi in materia cautelare risulta che i settori privilegiati di intervento sono stati circoscritti alle presunte violazioni degli articoli 2 (diritto alla vita) e 3 (divieto di tortura e di trattatamenti o pene inumani o degradanti), e cioè ai casi di espulsione o estradizione verso paesi nei quali l'individuo correva il rischio di subire trattamenti contrari alle norme in questione.

[40] V. sentenza 7 luglio 1989, in *Publications of the European Court of Human Rights*, Series A, vol. 161, p. 9 (l'affare *Soering* costituisce l'unico caso giunto innanzi alla Corte in relazione al quale sia la Commissione che la Corte stessa hanno apprestato una tutela interinale).

Occorre notare che, nel caso *Vijayanathan e Pusparajah* c. *Francia*, la Corte ha avuto occasione di applicare il par. 2 dell'art. 36 del Regolamento di procedura, ricordando al Governo interessato che l'indicazione cautelare della Commissione era da considerarsi operativa fino alla decisione della Corte sul punto (v. sentenza 27 agosto 1990, in *ibidem*, vol. 241-B, p. 73). Si può infine osservare che la Corte ha respinto un'istanza cautelare nel caso *Bönisch* c. *Austria*, istanza mediante la quale il ricorrente richiedeva al Presidente la sospensione dell'attuazione di una pena pecuniara. Il Presidente non ritenne di dover soddisfare tale richiesta motivando che: "(l)e recouvrement des deux amendes infligées au requ'erant ne constituerait assur'ement point .... une mesure grave et irréparable, de sorte que la renunciation provisoire à y procéder ne correspond sans doute pas à une nécessité véritable". Tuttavia, il Presidente chiese al Governo austriaco di valutare la possibilitá di sospendere l'attuazione della misura in questione (v. sentenza 6 maggio 1985, *ibidem*, vol. 92, pp. 6-7, nonché Series B, vol. 75, p. 57 ss. e p. 68).

[41] Merita forse ricordare che una cospicua prassi in materia cautelare è stata sviluppata anche da organi quasi-giurisdizionali, quali il Comitato per i diritti dell'uomo delle Nazioni Unite La prassi in materia cautelare sviluppata dal Comitato concerne principalmente casi in cui era minacciato il diritto alla vita o l'integrità fisica dell'individuo. Sul punto, anche per i necessari riferimenti bibliografici relativi ai casi in questione v. ZWART, *The admissibility of Human Rights Petition. The Case Law of the European Commission of Human Rights and the Human Rights Committe*, Leiden, 1994, pp. 14-16.

presenza di una norma di origine pattizia costituisca il presupposto necessario dell'adozione di provvedimenti cautelari. D'altra parte, e si tratta di un dato significativo, non risulta che un organo richiesto di apprestare una tutela interinale abbia mai rifiutato di soddisfare una siffatta istanza a causa dell'assenza di una autorizzazione convenzionale in materia.

In definitiva, dall'analisi della giurisprudenza di taluni tribunali nonchè della prassi giudiziaria di organi non autorizzati ad emanare provvedimenti cautelari dal trattato istitutivo emergono numerosi elementi i quali concordemente indicano che la competenza in materia cautelare può essere esercitata anche in assenza di una norma di origine pattizia attributiva.

5. La legittimità dell'esercizio non convenzionalmente autorizzato del potere cautelare nella prassi degli Stati

Dall'esame della prassi degli Stati emergono numerosi elementi dai quali è possibile desumere il convincimento degli stessi circa la legittimità del potere cautelare esercitato nell'assenza di un'autorizzazione convenzionale.

Il primo elemento consiste nella circostanza che non è stata mai contestato l'esercizio del potere in assenza di un'esplicita previsione pattizia. Occorre tuttavia precisare che tale affermazione è vera nei limiti in cui l'organo internazionale non pretendeva di esercitare un potere cautelare di natura vincolante. Nelle ipotesi in cui ciò è accaduto, infatti, gli Stati interessati hanno escluso che, nel silenzio del trattato istutivo, l'organo potesse imporre alle

parti (sia pure in via interinale) l'adozione comportamenti a finalità cautelare. In proposito, si può ricordare la posizione assunta dal Governo del Nicaragua nei confronti dell'ordinanza cautelare adottata dal Tribunale arbitrale istituito sulla base della Convenzione di Corinto[42], nonchè la posizione assunta dalla Svezia di fronte agli organi di garanzia dei diritti dell'uomo nell'affare *Cruz Varas*[43].

Con questa necessaria precisazione, si può osservare, da un lato, che i destinatari di provvedimenti cautelari adottati nell'assenza di qualsiasi disposizione normativa (convenzionale o regolamentare) non hanno mai contestato la legittimità di siffatti provvedimenti; dall'altro lato, non risulta che sia mai stato contestato l'esercizio di un potere cautelare basato sul regolamento di procedura adottato dallo stesso organo giudiziario; né, più in generale, è stato sostenuto che un organo di giustizia abbia abusato del proprio potere regolamentare adottando norme concernenti la tutela cautelare non prevista dal trattato istitutivo[44].

In secondo luogo, con particolare riferimento al sistema di garanzia dei diritti dell'uomo istituito dalla Convenzione di Roma, si può osservare che il Protocollo n. 11 sulla riforma

---

[42] Il Nicaragua rifiutò di adempiere all'ordinanza cautelare in questione, sostenendo tra l'altro che al Tribunale arbitrale non era stato attribuito il potere di *ordinare* l'adozione di misure provvisorie. Sul punto v. *supra*, Introduzione, nota 14, e l'autore *ivi* citato.

[43] In proposito, v. *infra*, capitolo 3, par. 5.2,p. 50.

[44] Questa osservazione è stata tra l'altro esplicitata dalla Commissione europea dei diritti dell'uomo nel caso *Cruz Varas* c. *Svezia*. La Commissione ha infatti rilevato che: "Article 36 of the Convention authorises the Commisison to draw up its rules of procedure. In the Rules of procedure which have been adopted on the basis of this article, a provision dealing with interim measures was included in Rule 36. It has not been alleged that the Commission, when including this provision, acted outside its competence under Article 36 of the Convention....In these circumstances, there is no doubt that the Commission has power to indicate interim measures under Rule 36" (rapporto 7 giugno 1990, in *Publications of the European Court of Human Rights*, Series A, vol. 201, paragrafi 107-108).

del sistema di garanzia istituito dalla Convenzione di Roma non contiene alcuna norma sulla tutela cautelare. Non pare quindi azzardato dedurre che gli Stati contraenti non abbiano ritenuto necessario fornire un fondamento giuridico convenzionale alla prassi sulla tutela cautelare finora adottata dalla Commissione e dalla Corte, e ciò perchè gli organi in questione sono comunque provvisti del potere di apprestare una tutela interinale.

Infine, pare significativo osservare che, in taluni casi sottoposti all'esame di tribunali espressamente autorizzati a esercitare il potere cautelare in virtù del trattato istitutivo, alcuni Stati hanno fatto riferimento al potere cautelare dell'organo come potere *inerente*, e ciò malgrado l'esistenza di una norma convenzionale attributiva. Più precisamente, si possono ricordare le posizione assunte da taluni Stati di fronte alla Corte permanente di Giustizia e alla Corte internazionale di Giustizia, posizioni dalle quali emerge si evince con chiarezza che l'art. 41 dello Statuto non veniva considerato quale fonte *diretta* della competenza cautelare della Corte.

In relazione al caso *South-Eastern Greenland*, a proposito della richiesta di adozione di provvedimenti cautelari, la Norvegia sostenne innanzi alla Corte permanente di giustizia internazionale che:

"...there is no doubt that the Court can comply with this request, *its jurisdiction not being limited by the Statute* or the Rules of Court" [45] (corsivo aggiunto).

[45] V *Permanent Court of International Justice*, Ser. A/B, no. 48, p. 281.

La circostanza che il Governo norvegese abbia affermato che la competenza della Corte (a indicare provvedimenti cautelari) non risultava "limitata" dallo Statuto lascia intendere che lo Stato in questione evidentemente presupponeva l'esistenza di una fonte del potere cautelare diversa da quella costituita dall'art. 41 dello Statuto.

Questa posizione è stata espressamente assunta dal Governo greco innanzi alla Corte internazionale di giustizia, nell'affare concernente l'*Agean Sea*. In particolare, soprattutto al fine di dimostrare che la Corte aveva il potere di adottare provvedimenti cautelari di natura vincolante, la Grecia sostenne che:

"With respect to interim measures there is a general position in international law and a special position under Article 41....Article 41, while it speaks of a power conferred upon the Court, must clearly be construed in the light of the *inherency of the authority to order interim measures*...the Court's *inherent power to indicate interim measures*, which gives it an alternative source of power to article 41, would seem to authorize the Court to make an order equivalent in context to an order under article 33 [dell'Atto generale di Ginevra], even if that Article is not treated as the source of that power[46]".

Ebbene, a prescindere dalla circostanza che il Governo greco intendeva dimostrare che la Corte poteva esercitare un potere cautelare di natura vincolante, risulta senza dubbio significativo che si sia affermato con decisione la natura *inerente* del potere cautelare, anche in presenza di una norma di origine pattizia espressamente attributiva[47].

Per concludere si può osservare che, dall'esame della prassi degli Stati, emerge una chiara tendenza a considerare legittimo l'esercizio del potere cautelare (di natura

[46] *Pleadings*, intervento del prof. O'Connel, pp. 95-104.

[47] Il Governo in questione sembra peraltro giustificare la natura inerente del potere cautelare per la presenza di una norma di diritto internazionale generale in materia (*ibidem*, p. 99).

raccomandatoria) in assenza di un'autorizzazione di origine pattizia. Vi sono inoltre elementi che indicano il convincimento degli Stati circa la legittimità dell'esercizio del potere cautelare (sempre di natura raccomandatoria) anche in assenza di una disciplina di origine regolamentare. Ciò, unitamente a talune esplicite prese di posizione, consente di delineare l'esistenza dell'*opinio* degli Stati in ordine alla natura "inerente" della competenza degli organi di giustizia ad apprestare una tutela interinale.

6. Le posizioni della dottrina: individuazione dei principali orientamenti

La questione della fonte del potere cautelare non pare aver suscitato particolare interesse in dottrina: sotto il profilo quantitativo, il compito di chi esamini gli studi in argomento non è dunque arduo. La scarsità della letteratura sul tema non deve tuttavia indurre a ritenere che quella del fondamento giuridico della competenza cautelare sia questione affatto pacifica. Al contrario, i pochi autori che hanno affrontato tale problema sono pervenuti a soluzioni sensibilmente differenziate, se non addirittura agli opposti, senza che peraltro nessuna delle tesi proposte sia riuscita ad imporsi come maggioritaria.

Per esemplificare, può dirsi che le opinioni dottrinali sul tema ruotano essenzialmente intorno a due poli. Secondo un primo indirizzo, la competenza cautelare avrebbe comunque fondamento convenzionale. Si tratterebbe cioè di un potere che gli Stati conferiscono a un tribunale tramite una manifestazione di volontà, che risulta in maniera *espressa* o *implicita*

nello strumento istitutivo. L'altro filone individua, invece, il fondamento della protezione cautelare in fonti normative diverse da quella convenzionale, e in specie in un *principio generale del diritto di origine interna*[48].

Gli autori che seguono il primo filone non pervengono tuttavia a conclusioni univoche circa il problema dell'adozione di provvedimenti interinale nel silenzio del trattato istitutivo. Da un lato, vi è infatti chi sostiene che tali provvedimenti possono essere emanati

[48]Non sempre è facile stabilire quale dei due indirizzi dottrinali che si sono delineati seguono alcuni autori. Ciò in quanto la questione del fondamento giuridico del potere cautelare viene di solito posta in termini diversi da quelli che si sono invece prescelti in questo studio. Invece di chiedersi *quale fonte* attribuisca a un organo di giustizia il potere di emanare provvedimenti interinali, una certa dottrina si chiede se - in assenza di una norma pattizia attributiva, questo potere possa comunque essere esercitato. Questa specifica angolazione fa sì che, nell'avanzare argomentazioni atte a giustificare l'esercizio di una tutela interinale non contemplata dal trattato istitutivo, alcuni studiosi individuino *più di una fonte* attributiva del potere cautelare. Vi è ad esempio un autore che ha affermato che, quando non è contemplata dal trattato istitutivo, la competenza ad emanare provvedimenti cautelari può comunque essere esercitata in virtù sia dell'esistenza di un principio generale di diritto di origine domestica, sia dell'interpretazione del trattato secondo il criterio dell'*effet utile* (v. PESCATORE, *Les mesures conservatoires et les référés*, in *Societé française pour le droit international. Colloque de Lyon. La juridiction internationale permanente*, Paris, 1986, p. 323, ove l'autore osserva che: "les procédures sommaires en vue de l'institution de mesures provisoires se retrouvent dans tous les grands systèmes juridiques et, tout comme les autres principes qui gouvernent le procès judiciaire, cetype particulier de mesures peut être légitimement transposé dans le droit international pour satisfaire à un besoin de protection et d'efficacité qui n'est pas, intrinsèquement, différent du besoin auquel il s'agit de satisfaire dans le cadre des règles du droit interne", nonché p. 324, ove lo stesso autore, a proposito della possibilità di adottare provvedimenti cautelari nel silenzio dei testi normativi, cita un brano della sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee nel caso *Camera Care*, in cui l'organo stabilì che la Commissione aveva il potere "de prendre les dispositions provisoires indispensables pour lui permettre d'exercer de manière efficace ses fonctions et en particulier, pour garantir l'effet utile (des ses) decision". A quest'ultimo proposito, l'autore afferma pertanto che: "Ce raisonnement, inspiré du principe de l'effet utile, se laisse transposer à l'hypothèse du poivoir judiciare. Cette réflexion nous paraît avoir un double intérêt: d'une part, elle permettrait de combler des lacunes, là où elles existent; d'autre part, elle devrait encourager les juges internationaux à interpréter dans l'esprit du principe de l'effet utile les dispositions du droit positif qui, on vient de le voir, ne sont pas toujous à l'hauteur du problème posé". Per questo studioso, in sostanza, parrebbero esistere *due fonti* della competenza in materia cautelare: una di "natura generale", individuata in un principio generale del diritto, l'altra di "origine convenzionale", potendosi comunque individuare nel trattato il fondamento del potere dell'organo di apprestare una tutela interinale).

solo qualora gli Stati abbiano espressamente previsto tale eventualità; dall'altro, vi sono studiosi che - ricorrendo a metodi estensivi di interpretazione - sono più possibilisti , se non decisamente convinti che quella cautelare sia una competenza implicitamente attribuita ad un tribunale internazionale insieme con la competenza principale sul merito. Tutti questi autori possono essere raggruppati in un unico filone per il fatto che la fonte del potere cautelare viene comunque individuata, più o meno direttamente, nello strumento convenzionale che istituisce l'organo di giustizia.

Gli autori che seguono invece il secondo filone di pensiero raggiungono le medesime conclusioni sul problema dell'adozione di provvedimenti cautelari in assenza di previsioni normative. Essi sostengono infatti che la competenza cautelare sarebbe propria di qualsiasi organo di giustizia, e che le eventuali norme convenzionali al riguardo sarebbero dichiarative di un potere comunque legittimamente esercitabile

6.1 La tesi secondo la quale il potere cautelare può essere esercitato solo in presenza di una norma di origine pattizia espressamente attributiva

L'opinione secondo la quale si avrebbe un esercizio legittimo del potere cautelare solo in presenza di un'autorizzazione convenzionale espressa è stata compiutamente sviluppata dal Venturini[49] e ha avuto un certo seguito in dottrina[50]. Le argomentazioni mosse a sostegno di

[49] VENTURINI, *Le misure cautelari nel diritto internazionale*, in *Archivio Giuridico "Filippo Serafini"*, vol. CXIX, pp. 152-161. Il primo studioso che ha affermato che la competenza cautelare deve essere attribuita esplicitamente da una norma di origine pattizia sembra essere GUGGENHEIM, *Les mesures conservatoires dans la procédure arbitrale et judiciare*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1932-II, p. 651, ove nella nota al testo n. 1,

questa tesi sono molto lineari. Si osserva in sostanza che, stante il fondamento consensuale della giustizia internazionale, un organo di giustizia è deputato ad esercitare solo quei poteri che gli Stati hanno conferito a tale organo con il trattato istitutivo o strumento a questo equivalente (*extra compromissum arbiter nihil facere potest*). Anche la competenza ad emanare provvedimenti provvisori, configurandosi come autonoma rispetto a quella di merito, deve pertanto - secondo questa dottrina - essere attribuita in via convenzionale.

Questa attribuzione deve essere effettuata *espressamente*: nel silenzio del testo pattizio il principio tradizionale in virtù del quale le limitazioni alla libertà delle parti a un trattato non possono mai presumersi (*in dubio mitius*) non consentirebbe di desumere in via ermeneutica un potere cautelare dell'arbitro o del giudice internazionale[51]. Ciò anche

---

chiedendosi se il potere cautelare può essere esercitato in assenza di una norma di origine convenzionale attributiva, osserva che: "l'opinion correspondant à l'état actuel de l'arbitrage et de la jurisdiction internationale est soutenue par Dumbauld", per il quale "Jurisdiction for purposes of interim protection, like every item in the jurisdiction of an internaticnal tribunal must be affirmatively established. There is no presumption that such jurisdiction exists. International tribunals do not have a general common law jurisdiction". Conviene rilevare che non è del tutto perspicua la posizione assunta da Dumbauld sul punto, se si tiene conto che in una nota al testo citato da Guggenheim lo stesso Dumbauld precisa che la competenza in materia cautelare: "need *not to be conferred in express and indubitable terms. It is a question of interpreting the texts to ascertain the intention of the parties*. The mere fact that weighty arguments may be adduced tending to show lack of jurisdiction is not sufficient to compel that conclusion, in the face of preponderant evidence to the contrary" (DUMBAULD, *op. cit.*, p. 181, nota 1, corsivo aggiunto).

[50] DELBEZ, *Les principes généraux du contentieux international*, Paris, p. 117; TORALDO-SERRA, *op. cit.*, pp. 23-24.

[51] V. VENTURINI, *op. cit.*, p. 158, il quale afferma: "..l'arbitrato riposa esclusivamente sul diritto internazionale convenzionale: bisogna dunque riferirsi al compromesso per sapere se il giudice abbia o meno il potere di ordinare misure cautelari e interpretare la volontà degli Stati contraenti in proposito. Nel silenzio del compromesso un potere cautelare del giudice deve assolutamente escludersi in base a quel principio generale che considera eccezionali tutte le disposizioni che importano una limitazione alla libertà delle parti". Nello stesso senso, v. gli autori citati *supra*, nota 50.

perché i provvedimenti provvisori costituirebbero, per la dottrina in esame "des intrusions particulièrement sensibles dans le domaine de la souveraineté des Etats"[52].

Questa tesi risulta opinabile per il fatto che essa utilizza argomentazioni che, invece di tendere a individuare *la fonte del potere cautelare*, risultano maggiormente idonee a escludere l'adozione di provvedimenti cautelari di *natura vincolante* in assenza di un'espressa autorizzazione del trattato istitutivo. Il criterio restrittivo di interpretazione dei trattati, almeno in linea di principio, può essere utilizzato al fine di negare al tribunale, nel silenzio del testo pattizio, il potere di *ordinare* provvedimenti cautelari, ma non anche il potere di *raccomandare* l'adozione di tali provvedimenti. È infatti opinabile sostenere che provvedimenti di natura esortativa possano comprimere la sfera di libertà delle parti, o che provvedimenti cautelari di siffatta natura possano qualificarsi come atti *intrusivi* nella sovranità degli Stati[53].

---

[52] VENTURINI, *ibidem*, nota 5, qualifica in tal modo i provvedimenti cautelari, citando al riguardo una frase di GUGGENHEIM, *op. ult. cit.*, p. 33.

[53] Ciò tanto più se si considera che l'importanza assunta dal fenomeno delle organizzazioni internazionali, il cui atto tipico è appunto la raccomandazione, ha indotto uno studioso a sostenere l'esistenza di una norma consuetudinaria attributiva ad ogni organo internazionale del potere di emanare raccomandazioni (MALINTOPPI, *Le raccomandazioni internazionali*, Milano, 1958).

Con ciò si intende pertanto dissentire dall'opinione espressa da COCATRE-ZILGIEN, *Les mesures conservatoires en droit international cit.*, p. 82, e *Les mesures conservatoires décidées par l'arbitre* cit., p. 12. L'autore, evidenzia anzitutto che, adottando provvedimenti cautelari non previsti dal trattato istitutivo, l'arbitro rischia "non seulement de voir la partie sur laquelle elles pèseront plus particulièrement les tenir pour nulles et non avenues, mais encore de constater ultérieurement un refus d'exécution de sa sentence sur le fond par ladite partie, s'il advient qu'elle lui soit défavorable". A sostegno di questa argomentazione, l'autore ricorda che: "Il est encore de règle, en droit international, que toute limitation de souveraineté s'interprete restrictivement. *Qu'on leur reconaisse force obligatoire ou non, les mesure conservatoires constituent, peu ou prou, des limitations auxquelles il est donc souhaitable que le juge ou l'arbitre, en l'absence d'indications suffisamment précises dans les traités et compromis, ne recoure qu'avec une extrême prudence*" (corsivo aggiunto).

In altri termini, sembra evidente che gli autori in questione, precisando che nell'assenza di norme pattizie il potere cautelare deve assolutamente escludersi perchè le limitazioni alla libertà degli Stati non si presumono, più o meno consapevolmente muovono dall'assunto che i provvedimenti cautelari siano di per sé obbligatori o debbano essere sempre tali. Nell'ordinamento internazionale i provvedimenti cautelari possono però avere anche efficacia giuridica di raccomandazioni, come peraltro evidenzia l'esame della prassi e della giurisprudenza. Ciò fa sì che, quando si deve individuare la fonte giuridica della competenza in materia interinale in assenza di una norma di origine pattizia, tale fonte deve essere idonea a giustificare l'adozione di provvedimenti cautelari non necessariamente di natura vincolante.

Sotto questo profilo, l'opinione in questione risulta inadeguata, e ciò essenzialmente perchè essa confonde due problematiche che vanno invece tenute distinti: da un lato, vi è la questione del fondamento guiridico della competenza a emanare provvedimenti cautelari (di natura non necessariamente vincolante); dall'altro, vi è il problema di sapere se, in assenza di una espressa previsione di origine pattizia, l'organo possa adottare provvedimenti cautelari di *natura vincolante*.

6.2 La tesi secondo la quale il potere cautelare si desume in via indiretta dal trattato istitutivo

Secondo taluni studiosi il potere cautelare può essere esercitato anche nel silenzio del trattato istitutivo, perchè siffatto potere può considerarsi come *indirettamente* conferito all'organo di giustizia internazionale. In sostanza, per questi autori il fondamento della competenza cautelare è bensì da ricercarsi nel consenso degli Stati, ma tale consenso può, se inespresso, essere desunto in via ermeneutica[54].

Vi è anzitutto l'opinione secondo la quale il potere cautelare sarebbe compreso nel potere dell'organo di giustizia di adottare il proprio regolamento di procedura. Si sostiene infatti che:

"si un traité portant création d'un tribunal international laisse à celui-ci le soin d'établir lui-même sa procédure et si ce tribunal adopte un règlement prévoyant des mesures conservatoires, les Etats contractants, bien que ne les ayant pas eux-mêmes direcetment stipulées, ne pourront s'insurger contres elles"[55].

---

[54] DUMBAULD, op. cit., p. 181, nota 1, riportata *supra*, nota n.49; COCATRE-ZILGIEN, *Les mesures conservatoires en droit international cit.*, p. 84, e in *Les mesures conservatoires décidées par le juge cit.*, p. 14; EISSEN, *Les mesures provisoires dans la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue des droits de* l'homme, 1969, p. 253; OELLERS-FRAHM, *Die einstweilige Anordnung cit.*, pp. 133-138; ID., *Interim Measures of Protection*, in *Encyclopedia of Public Int. Law*, vol. 7, p. 69; PESCATORE, *op. cit.*, p. 324.

[55] È questa l'opinione sostenuta da COCATRE-ZILGIEN, *Les mesures conservatoires en droit international* cit., p. 84, e *Les mesures conservatoires décidées par le juge* cit., p. 14, e condivisa da EISSEN, op. cit., p. 253. Quest'ultimo autore evidenzia tuttavia che, inserendo disposizioni sulla tutela cautelare nel proprio regolamento di procedura, l'organo di giustizia non può attribuirsi "un pouvoir de décision que son statut ne lui confére pas expressement". Pare inoltre condividere l'opinione in discorso SZTUSKI, *op. cit.*, pp. 64-65, il quale, dopo aver segnalato che "the appearance of provisions on interim protection only in the rules of procedure laid down by a tribunal itself gives rise to the question of the relationship between the rules of procedure and the underlying provisions of statutory character", osserva che "(w)hile it is true that the rules of procedure elaborated by tribunals themselves are *autonomous* act, this does not mean that they are *indipendent* of the intentions of the States setting up a tribunal". Ciò premesso, l'autore evidenzia che in molti casi lo strumento istitutivo conferisce al tribunale il potere di adottare le proprie regole di procedura e che questo è vero in relazione a tutti gli organi di giustizia che, nel silenzio del trattato istuttivo, hanno adottato una norma regolamentare sulla protezione interinale. Ebbene, secondo questo studioso, "(s)uch an authorization means that the States which establish a tribunal are apparently ready to accept in adavance any solution which the tribunal itself may give to certain questions not regulated or reserved in the constitutive instrument of the tribunal in question.

Questa tesi si ricollega, come è chiaro, alla questione più generale dell'estensione del potere regolamentare rispetto alla normativa primaria incorporata nel trattato istitutivo o strumento a questo equivalente[56]. Rispetto a questa problematica, è necessario tenere presente due aspetti. Anzitutto, il potere regolamentare trova la propria fonte nel trattato istitutivo: esso è un potere *derivato* che incontra necessariamente un limite in quanto disposto nella fonte primaria, il che comporta che le norme regolamentari non possono risultare *in contrasto* con la normativa contenuta nel trattato istitutivo. In secondo luogo, il potere regolamentare viene attribuito al precipuo fine di disciplinare lo svolgimento del processo e la vita interna del tribunale per il tramite di disposizioni *non soltanto attuative*, ma anche *integrative* delle competenze stabilite in via pattizia[57].

Per quanto concerne i provvedimenti cautelari, si deve segnalare che questi ultimi, pur connotandosi con aspetti procedimentali, hanno una natura del tutto peculiare, richiedendo

---

The concept of 'implied powers' as denoting implied consent fits most adequately these very situations".

[56] Da segnalare nondimento il recente contributo di THIRLWAY, *Procedural Law and the International Court of Justice*, in *Fifty Years of the International Court of Justice - Essays in honour of Sir Robert Jennings*, (a cura di Lowe e M. Fitzmaurice), Cambridge, 1996, pp. 389-405. L'autore non manca di segnalare con una bella immagine la scarsa attenzione della dottrina circa "the law governing international judicial procedure", osservando che: "Procedure, by definition, is no more than a way of getting somewhere; and in the sphere of international judicial action, the destination (the decision) is usually of more interest to jurists than the anfractuosities of the route (the procedural incidents)".

[57] Può ricordarsi in proposito, sia pure limitatamente al potere regolamentare della Corte internazionale di giustizia, l'opinione dissidente del giudice Shahabuddeen all'ordinanza 28 febbraio 1990 sull'affare *Land, Island and Frontier Dispute, El Salvador* c. *Honduras*. In tale opinione si precisa in particolare che: " ...the field of the rule-making power of the court, as defined by Article 30 of the Statute, is wide but not unlimited. The Court, it may be said, has a certain autonomy in the exercise of its rule-making competence; but autonomy is not omnipotence, and that competence is not unbounded. Rules of the Court could only be made in exercise of powers granted by the Statute, whether expressly or impliedly" (*ICJ Reports 1990*, p. 47).

ai destinatari un comportamento di natura *extra-processuale*. Il potere cautelare si estrinseca, cioè, in provvedimenti che non possono essere equiparati alle misure ordinatorie del procedimento, le quali richiedono, in quanto tali, comportamenti che esauriscono i propri effetti *all'interno del processo* e che - a condizione che non contravvengano alla normativa primaria - ben possono essere previste in via regolamentare.

L'opinione che individua il fondamento della competenza cautelare nella norma pattizia attributiva del potere regolamentare risulta, pertanto, discutibile. Ciò vale tanto più se si considera che l'opinione in questione non è accompagnata da alcuna argomentazione in relazione agli aspetti problematici che si sono appena individuati, e perciò si risolve in una mera petizione di principio.

D'altronde, si può anche osservare che, se si traggono tutte le implicazioni logiche della tesi in argomento, la tutela cautelare non potrebbe essere legittimamente apprestata in assenza di una qualsiasi disciplina normativa in materia. Ciò anche nell'ipotesi in cui il trattato istitutivo attribuisca all'organo il potere regolamentare, ma quest'ultimo non sia stato utilizzato per dettare una normativa sulla competenza cautelare. Ebbene, questo presupposto implicito non corrisponde al dato oggettivo della prassi, quale emerge dall'analisi che si è in precedenza effettuata, così rendendo ulteriormente inappagante la opinione in questione.

Per ragioni diverse può confutarsi anche l'altra opinione secondo la quale, in assenza di disposizioni normative espresse, la competenza ad emanare provvedimenti cautelari può essere desunta dal trattato istitutivo. Si tratta della tesi che ricorre al criterio interpretativo

c.d. dei *poteri impliciti*[59], in virtù del quale devono ritenersi implicitamente attribuiti ad un organo o a un'organizzazione internazionale tutti i poteri indispensabili all'esercizio efficace delle competenze espressamente attribuite. Applicando questo criterio ermeneutico ai trattati istitutivi di organi di giustizia internazionali[60], la dottrina in esame deduce che la competenza ad emanare provvedimenti cautelari deve considerarsi implicitamente attribuita per il fatto di conferire all'organo la competenza principale di merito. Ciò in quanto un tribunale internazionale non potrebbe adempiere efficacemente al compito che gli Stati hanno ad esso affidato, e cioè il diritto-dovere di risolvere una controversia, se non è in grado di apprestare una tutela interinale in presenza di un pericolo di pregiudizio grave e irreparabile alla situazione sostanziale dedotta in giudizio[61].

---

[59] L'opinione in discorso è stata soprattutto sostenuta da OELLERS-FRAHM in tutti i suoi scritti concernenti la tutela cautelare, e cioè *Die einsteweilige cit.*, pp. 133-138; *Interim Measures of Protection cit.*, p. 69; *Zur Verbindlichkeit einstweiliger Anordnungen der Europäischen Kommission für Menschenrechte*, in *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1991, p. 76.

[60] OELLERS-FRAHM, *Die einstweilige cit.*, la quale alle pp. 133-134 ricorda che: "In der Regel wird diese Lehre vorwiegend von internationalen Gerichten bezuglich der Befugnisse internationaler Organisationen und Organe gehandhabt", ma opportunamente puntualizza che "Verschiedentlich auch haben sich internationale Gerichte in Anwendung der *implied powers*-Lehre zu ihren eigenen Befugnissen geäußert. Somit kann nicht zweifelhaft sein, daß eine Anwendung dieser Lehre auf die Frage der Berechtigung zum Erlaß einstweiliger Verfügungen durch internationale Gerichte und Schiedsgerichte als zulässig angesehen werden muß".

[61] "Die Befugnis, zu deren wirksamen Durchsetzung die einstweiligen Maßnahmen notwendig sein könnten, ist das recht, aber auch die Pflicht des internationalen Gerichts, eine effektive Entscheidung in der Sache zu erlassen. Diese Befugnis der Entscheidung einer Streitigkeit beruht immer auf der freiwilligen Unterwerfung der Parteien unter die Gerichtsbarkeit des internationalen Streitentscheidungsorgans. Die Staaten übertragen also dem Gericht das Recht und die Pflicht, einen Sreit bzw. jeden zwischen ihnen entstehenden Streit - je nach Art der Unterwerfungserklärung - zu entscheiden. Wenn aber das Gericht dieser Aufgabe nachkommen soll, muß es auf Grund eben dieser Pflicht bzw. dieses Rechts zur Streitentscheidung auch alle die Maßnahmen treffen können, die zur Erfüllung dieser Aufgabe erforderlich sind.....Droht nun eine Präjudizierung des im Streit befindlichen Rechts, so ist die Befugnis des Gerichts, dieser zu wehren, als implizit mit der Befugnis zur Streitentscheidung mitübertragen anzusehen, denn sonst könnte der von den Staaten gewollte Zweck nicht erreicht werden, das Gericht könnte also die ihm übertragene Aufgabe nicht erfüllen" (*ibidem*, p. 134).

Per quanto suggestiva, a un approfondito esame questa tesi risulta inidonea a fornire il fondamento del potere cautelare (di natura raccomandatoria) nell'assenza di disposizioni pattizie, potendo al più giustificare l'attribuzione implicita di uno specifico potere cautelare di natura *vincolante*. Invero, solo assumendo che i provvedimenti cautelari abbiano, in quanto tali, efficacia giuridica vincolante può sostenersi che il giudice eserciti una competenza (implicita) *necessaria* ad assicurare l'efficace esercizio della competenza di merito[62]. Infatti, provvedimenti interinali di natura raccomandatoria potrebbero, come è ovvio, essere legittimamente disattesi dai destinatari: verificandosi tale ipotesi, la loro adozione da parte del giudice non riuscirebbe pertanto a garantire la concreta efficacia del provvedimento definitivo che accerti la sussistenza del diritto tutelato in via provvisoria. Il giudice verrebbe così ad esercitare un potere non espresso in sé inidoneo ad assicurare l'effettivo svolgimento delle competenze espresse.

In sostanza, l'opinione in esame non può essere accolta se con essa si intende dimostrare l'attribuzione implicita di un potere cautelare generale, a prescindere dal carattere vincolante o meno della misura cautelare. Tale opinione non è infatti in grado di giustificare il potere del giudice internazionale di emettere ordinanze cautelari di natura meramente raccomandatoria. Essa può assumere invece una sua rilevanza scientifica in ordine all'obbligatorietà o meno dei provvedimenti cautelari, questione quest'ultima che si affronterà successivamente.

---

[62] D'altronde lo stesso autore in esame puntualizza che deve trattarsi di competenze implicite "die zur wirksamen Ausübung der übertragenen Rechte und Pflichten kraft Sachzusammenhangs unerläßlich sind".

6.3La tesi secondo la quale il potere cautelare può essere esercitato in virtù di un principio generale di diritto riconosciuto dalle Nazioni civili

Vi sono alcuni studiosi che hanno sostenuto che l'esercizio del potere cautelare non trova il proprio fondamento giuridico nel trattato istitutivo, in quanto esiste una *fonte non pattizia* dalla quale *ogni* organo di giustizia internazionale deriverebbe la propria competenza ad apprestare una tutela interinale delle situazioni giuridiche sostanziali attive dedotte in giudizio. Si tratta dell'opinione secondo la quale, dalle legislazioni processuali degli ordinamenti interni, sarebbe possibile desumere un principio generale concernente il potere del giudice di emanare provvedimenti provvisori. Siffatto principio rientrebbe nella fattispecie prevista all'art. 38, par. 1, lett. *c*) dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, disposizione quest'ultima che la dottrina in esame ritiene dichiarativa di una fonte generale del diritto internazionale. Ciò significa che il giudice internazionale, al fine di rispondere a quelle stesse esigenze di effettività della tutela giurisdizionale che è dato riscontrare nei sistemi processuali interni, potrebbe in virtù di tale principio emanare provvedimenti cautelari, colmando le lacune al riguardo presenti nel trattato istitutivo o strumento a questo equivalente[62].

---

[62] Oltre a PESCATORE, *op. cit.*, p.323, si veda soprattutto ELKIND, che nel suo studio *Interim Protection: a Functional Approach*, The Hague, Boston, London, 1981, intende appunto dimostrare l'esistenza di un principio generale di diritto sulla tutela cautelare. Sostiene invece, in chiave dubitativa, che sulla base dell'esistenza di un principio generale di diritto si possa ritenere che ogni tribunale ha il potere di apprestare provvedimenti cautelari COLLINS, *Provisional and*

Per quanto risulti inconstestabile che i provvedimenti cautelari costituiscano un rimedio universalmente previsto dagli ordinamenti interni contro "i rimedi e i pericoli di una giustizia tardigrada"[64], alcuni autori non hanno mancato di segnalare gli aspetti opinabili della tesi in esame. Si è anzitutto osservato che è possibile trasporre legittimamente nell'ordinamento internazionale principi di diritto processuale di origine interna solo per fattispecie analoghe e a condizione che via sia una corrispondenza nella struttura dell'organo di giustizia. Ebbene, sembra opinabile che siffatta corrispondenza possa riscontrarsi con riferimento ai tribunali internazionali[65]. Si è in secondo luogo rilevato come non sia affatto acquisito che nei principi generali di diritto di cui all'art. 38, par.1, lett. c) dello Statuto della Corte internazionale di giustizia possano farsi rientrare, oltre che i principi generali di natura sostanziale, anche quelli di origine processuale, come quello sulla tutela interinale[66]. Infine, e si tratta di un aspetto su cui si è particolarmente insistito, è

Protective Measures in International Litigation, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1992-III, che a p. 215 osserva: "*it is possible, but not certain*, that the universality of the principle leads to the conclusion that an international tribunal has an inherent power to grant interim measures even if the instrument under which it is established does not expressly give it that power" (corsivo aggiunto).

[64] L'espressione è di REDENTI, *Diritto processuale civile*, vol. III, 1957, Milano, p. 52.

[65] OELLERS-FRAHM, *Die einstweilige Anordnung cit.*, che alle pp. 131-132 osserva: " Zwar ist der einstweilige Rechtsschutz ein allgemeines Prinzip des innerstaatlichen Prozeßrechts, jedoch ist eine Übertragung derartiger Prinzipien auf den internationalen Bereich nur für entsprechende Tatbestände und bei entsprechender Struktur des Entscheidungsorgans möglich. Eine solche Entsprechung fehlt jedoch meines Erachtens bei den echten internationalen Gerichten. Zwar ist auch hier, wie im nationalen Bereich, Sinn der einstweiligen Anordnung, die Effektivität des Endurteils zu wahren, insofern also eine entsprechende Konstellation für die Erforderlichkeit dieses Instituts :uberhaupt gegeben, dennoch aber gestattet meines Erachtens der Unterschied, der darin liegt, daß es sich bei echten internationalen Gerichten um Staatenstreitigkeiten handelt, grundsätzlich nicht, auf allgemeine Rechtsgrundsätze zurückzugreifen, ohne eine unzulässige Ausweitung des Instituts vorzunehmen. Es scheint daher, daß andere Wege gesucht werden müssen, um für diesen Fall die Kompetenz zum Erlaß einstweiliger Anordnungen zu begründen"

[66] COCATRE-ZILGIEN, *Les mesures conservatoires décidés par le juge cit.*, che a p. 13 nota che "...si l'art. 38 précité classe le sprincipes généraux de droit parmi les sources du droit

stata messa in discussione la stessa possibilità di ricostruire un principio generale sulla tutela cautelare comune agli ordinamenti interni. Ciò in quanto non sarebbe possibile riscontrare una disciplina unitaria riconducibile a fattispecie comuni, in ragione delle sensibili differenze, rilevabili a un esame comparato dei sistemi processuali interni, sia nel contenuto dei provvedimenti cautelari sia in ordine alle posizioni giuridiche sostanziali tutelabili in via interinale[67].

Tali obiezioni mettono chiaramente in luce come la tesi in esame non poggi su solide argomentazioni. Tuttavia, a nostro avviso, il fattore di debolezza principale è nello stesso presupposto da cui muove siffatta tesi, e cioè nell'assunto che i principi generali di diritto operanti *in foro domestico* costituiscano una fonte eteronoma di diritto internazionale. È

---

international, il n'est pas sûr que ces principes comprennent les règles de procédure (auxquelles, selon la plupart des auteurs, appartiennent les mesures conservatoires). Le doute est d'autant plus permis que l'art. 18, al. 2, de l'acte général de Gèneve (1928-1949) est ainsi rédigé: 'Dans le silence du compromis quant aux règles de fond à appliquer par les arbitres, le tribunal appliquera les règles de fond énumérées dans l'art. 38 du statut de la Cour internationale de justice" (l'autore aveva avanzata la medesima perplessità anche nel suo precedente studio sulle misure cautelari, *Les mesures conservatoires en droit international cit.*, p. 83).

[67] VENTURINI, *op. cit.*, p. 156-158. L'autore rileva a titolo esemplificativo le diversità "che corre tra la protezione cautelare del diritto italiano, limitata" - al tempo in cui scriveva l'autore - "a certi casi rigorosamente previsti da norme scritte, e quella accordata in base alla 'equity jurisdiction' del diritto anglo-americano". Secondo il Venturini "ciò che è comune alle misure cautelari nei vari ordinamenti è la funzione che esse esplicano, ma non le figure che assumono, i casi nei quali vengono applicate ecc.". Muovendo da tale osservazione l'autore rileva che ciò non "pare sufficiente per poter parlare di un principio generale di diritto applicabile come tale nel diritto internazionale". Simili osservazioni sono state effettuate da COCATRE-ZILGIEN, per il quale "si la plupart des législation internes admettent la possibilité de mesures conservatoires, celles-ci ne sont pas équivalent d'un pays à l'autre. Leur nature, leur portée, les formes qu'elles empruntent varient sensibiblement. elles vont du plus au moins. L'arbitre ou juge international - à supposer qu'il leur reconaisse le caractère de principe général de droit - ne peut donc prescrire, dans le silence des textes l'habilitat, que les plus bénignes d'entre elles. Celles-ci sont en effet seules susceptibles de constituer le dénominateur commun auquel il lui est loisible de recourir sans risquer de commetre un excès de pouvoir trop criant. mais que de difficultés ne va-t-il pas alors rencontrer dans la détermination d'un tel dénominateur!" (*Les mesures conservatoires en drit international* cit., p. 83, e *Les mesures conservatoires décidés par le juge* cit., p. 13). Condivide l'opinone di questi due autori appena richiamati TORALDO SERRA, *op. cit.*, pp. 25-26.

questa un'opinione che non può certamente definirsi pacifica in dottrina e che, tra l'altro, non è confermata dalla giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia[67]. Quest'ultima ha invero fatto ricorso a tali principi *ad adiuvandum*, e cioè solo al fine di confermare l'esistenza di norme o principi propri dell'ordinamento internazionale già in quest'ultimo operanti[68]. Le incertezze di non poco momento che a tutt'oggi sussistono circa la valenza da attribuire ai principi generali di diritto di origine interna rendono pertanto problematico l'accoglimento dell'opinione considerata.

7. La possibilità di ricostruire una norma generale di diritto internazionale attributiva del potere cautelare

[67] La letteratura sui principi generali di diritto è assai vasta. Sul problema della valenza dei principi generali di diritto operanti *in foro domestico* si rinvia al recente studio di SALERNO, *Principi generali di diritto (Diritto internazionale)*, in *Digesto pubblicistico*[4], vol. XI, p. 539 ss., nonché a VERDROSS, *Les principes généraux du droit comme source du droit des gens*, in *Recueild'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, vol. III, Paris, 1935, p. 388; CASSESE, *Il Diritto internazionale nel momdo contemporaneo*, Bologna, 1984, p. 192 ss.; ROSENNE, *The Law and Practice of the International Court*, Dordrecht, 1985, p. 611; GAJA, *Principi del diritto (diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, p. 539 e 541; SALMON, *Les principes généraux du droit. Une insaissable source du droit applicable aux contrats d'Etat*, in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, vol. II, Bruxelles, 1986, p. 746.

Da segnalare l'opinione di GIULIANO, SCOVAZZI, TREVES, *Diritto internazionale - Parte generale*[2], Milano, 1991, p. 230 ss, per i quali il giudice non potrebbe trasporre i principi genereli propri degli ordinamenti interni nell'ordinamento internazionale senza la previsione espressa di una norma convenzionale del tenore dell'art. 38, par. 1, lett. *c*), dello Statuto della Corte internazionale di giustizia.

[68] Sul punto v. per tutti l'analisi di CASSESE, *op. cit.*, e di GAJA, *op. cit.*, che a p. 540 rileva che nella giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia il riferimento ai principi generali di diritto è effettuato "essenzialmente in funzione di conferma dell'esistenza di un principio che può già essere considerato operante nella società internazionale".

L'analisi effettuata ha messo in luce come le opinioni dottrinali finora elaborate circa il fondamento giuridico della tutela cautelare non siano del tutto soddisfacenti. Alcune di queste opinioni non risultano infatti a individuare la fonte di un potere cautelare che non sia di natura necessariamente vincolante, ma anche di natura raccomandatoria. Si tratta dell'opinione secondo la quale il potere cautelare deve essere espressamente attribuito da una norma di origine pattizia e dell'opinione che invece afferma che il potere cautelare può desumersi in via ermeneutica ricorrendo alla teoria dei poteri impliciti. La tesi secondo la quale il potere cautelare può ritenersi compreso nel potere dell'organo di adottare il regolamento di procedura, oltre che non del tutto appagante sotto il profilo teorico, è apparsa non del tutto aderente con il dato della prassi, in quanto non riesce a individuare il fondamento giuridico dell'esercizio del potere cautelare in assenza di qualsiasi disciplina normativa, anche di origine regolamentare. Infine, non è risultata convincente la tesi che afferma l'esistenza in materia di un principio generale di diritto comune agli ordinamenti interni, come tale atto a integrare le lacune presenti nel trattato istitutivo. Ciò essenzialmente perchè non è affatto pacifico che i principi di diritto operanti *in foro domestico* costituiscano una fonte eteronoma di diritto internazionale.

Alla luce di quanto esposto, risulta chiaro che occorre orientarsi verso altre impostazioni teoriche alla problematica di cui si discute.

Una corretta soluzione circa il fondamento giuridico della competenza ad emanare provvedimenti cautelari non può prescindere, anzitutto, dalla constatazione che nell'ordinamento internazionale "coesistono" provvedimenti cautelari cui viene attribuita

sia efficacia raccomandatoria che efficacia vincolante. Poichè la fonte del potere cautelare deve necessariamente essere una sola, da ciò consegue che, in assenza di una previsione espressa del trattato istitutivo, occorre chiedersi se l'organo internazionale abbia quanto meno il potere di adottare provvedimenti cautelari che non producano effetti giuridici obbligatori. Inoltre, la corretta impostazione al problema in esame deve muovere da un attento esame della giurisprudenza di taluni tribunali, dalla pratica seguita dagli organi di giustizia internazionale non autorizzati dal trattato istitutivo ad esercitare il potere cautelare e dal connesso comportamento degli Stati coinvolti in tale prassi.

Si è avuto infatti occasione di osservare che taluni organi internazionali, pur essendo deputati ad apprestare rimedi interinali ai sensi dello strumento istitutivo, hanno affermato il carattere *inerente* del potere cautelare. Non pare invece significativa la circostanza che, nella giurisprudenza di altri tribunali autorizzati convenzionalmente ad adottare provvedimenti cautelari, siano rintracciabili affermazioni in cui si fa riferimento al potere cautelare come potere "conferito" dalla norma convenzionale. Può infatti risultare del tutto plausibile che un tribunale - in presenza di siffatta norma convenzionale attributiva - faccia riferimento ad essa ai fini dell'adozione di provvedimenti cautelari.

In effetti, è proprio perchè non vi sarebbe necessità alcuna di affermare la natura *inerente* della competenza cautelare nelle ipotesi in cui tale competenza è prevista dallo strumento istitutivo che risulta significativo l'orientamento contrario seguito da taluni tribunali. Tra questi, merita una menzione particolare il Tribunale dei Reclami Iran-Stati Uniti, dalla cui cospicua giurisprudenza in materia cautelare si evince con chiarezza che l'organo, nella

gran parte dei casi, ha adottato dei provvedimenti cautelari non già sulla base dell'art. 26 del Regolamento di procedura, bensì fondandosi sull'esistenza di un potere inerente al riguardo. Il Tribunale ha addirittura ritenuto di dover precisare che l'art. 26 è, appunto, da ritenersi dichiarativo di una norma generale di diritto internazionale, in virtù della quale ciascun tribunale è autorizzato ad apprestare una tutela interinale[69].

In secondo luogo, gli Stati non hanno mai contestato l'esercizio del potere cautelare da parte di organi a ciò non espressamente deputati dal trattato istitutivo. Per dirla in altro modo, non risulta che alcuno Stato abbia mai affermato che il potere di adottare provvedimenti cautelari (beninteso, nei limiti in cui questi provvedimenti abbiano natura di *raccomandazioni*) debba essere contemplato da una norma convenzionale. Certo, in proposito si potrebbe osservare che l'assenza di contestazioni da parte degli Stati, lungi dal significare che questi abbiano considerato implicitamente legittima l'esercizio della competenza cautelare, abbia semplicemente dato origine all'*acquiescenza* di quegli Stati rispetto ad una pratica in sé per sé illegittima. Nondimeno, tale chiave di lettura non pare corretta in considerazione dell'ampiezza e diffusione dei casi in cui è stata apprestata una tutela cautelare anche nell'assenza di una norma di origine pattizia. Tale prassi è stata in effetti sviluppata, nel corso di decenni, da una gamma assai vasta di organi internazionali, operanti in contesti e per finalità differenziate, di natura permanente e non. Il fenomeno dell'acquiescenza avrebbe quindi dovuto formarsi in ordine all'esercizio del potere cautelare da parte di ciascuno di questi organi, e inoltre coinvolgere di volta in volta Stati diversi (e cioè gli Stati direttamente sottoposti alla giurisdizione di ciascuno degli organi in

[69] V. *supra*, p.34.

questione); ciò fa quindi ritenere che l'interpretazione del fenomeno in esame come fenomeno di "acquiescenza" sia piuttosto artificiosa. D'altronde, dall'esame della prassi degli Stati emergono altri elementi che fanno ritenere che l'esercizio del potere cautelare non necessiti di un'espressa autorizzazione convenzionale. Si intende fare riferimento alla circostanza che, di fronte a un organo cui è stata fornita espressamente tale autorizzazione, quale la Corte internazionale di Giustizia, taluni Stati hanno affermato la natura *dichiarativa* dell'art. 41 dello Statuto.

Alla luce di queste osservazioni, non pare quindi azzardato sostenere che è ormai operante nell'ordinamento internazionale una norma generale secondo la quale ogni organo di giustizia (non solo, ogni organo che esercita funzioni di tipo giudiziale) ha il potere di indicare (*rectius*: raccomandare) provvedimenti provvisori a finalità cautelare[71]. Tale norma generale, proprio in quanto costituisce la fonte di un potere cautelare di natura raccomandatoria, risulta conforme al principio della sovranità degli Stati e alla natura consensuale della sottoposizione alla giustizia internazionale. Anzi, è proprio per tenere

[71] Si può notare che in dottrina vi è uno studioso che, dopo aver osservato che la tutela cautelare è contemplata in taluni strumenti istitutivi di organi di giustizia e nell'Atto generale di Ginevra per la soluzione delle controversie, ha affermato che l'istituto della tutela cautelare è divenuto parte del diritto internazionale (v.. HAMBRO, *The Binding Character of the Provisional Measures of Protection Indicated by the International Court of Justice*, in *Rechtsfragen der internationalen Organisation, Festschrift für Hans a Weheber zu seinem 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main, 1956, che alle pp. 166-167, a proposito delle misure cautelari, afferma: "This remedy is not an innovation in the Statute of the International Court of Justice. Interim measures figured in the Statute of the Permanent Court. But even there they were no innovation. They were inspired by the Bryan Treaties and by the Treaty establishing the Central American Court of Justice. They have later on been taken over by many other international treaties, not least importance among them the General Act for Pacific Settlement of Geneva in 1928...This treaty is still in force and is fully valid for the greater part of the members of the United Nations and has also been re-enacted in slightly modified form by the United Nations on April 28, 1949. One can, indeed, say that *the concept of provisional measures has become a part of general international law in the field of international adjudication*" (corsivo aggiunto).

conto di questi principi fondamentali dell'ordinamento internazionale che occorre attribuire alla norma generale in questione una portata limitata, e cioè il fatto che l'esercizio del potere cautelare previsto dalla norma in questione *non porta necessariamente* all' adozione di atti vincolanti.

L'esistenza di una norma generale in materia cautelare sembra in effetti confermata da due elementi. Anzitutto, il potere cautelare è stato previsto in taluni modelli di regole per la procedura arbitrale e giudiziale, modelli i quali perseguono lo scopo precipuo di esplicitare principi o norme procedurali già operanti nell'ordinamento internazionale. Più precisamente, in proposito si possono richiamare le regole di procedure predisposte dalla Corte permanente di arbitrato, e in specie l'art. 26 delle *Optional Rules for Arbitrating Disputes Between States* del 20 ottobre 1992[72], e l'art. 24 del Regolamento del 1962 relativo alle controversie internazionali tra due parti di cui una soltanto è uno Stato[73], nonchè l'art. 20 del Modello di regole della procedura arbitrale predisposto dalla Commissione del diritto internazionale[74].

---

[72] Tale articolo recita: "(1) Unless the Parties otherwise agree, the arbitral tribunal may, at the request of either party, take any interim measures it deems necessary to preserve the respective rights of either party. (2) Such interim measures may be established in the form of an interim award. The arbitral tribunal shall be entitled to require security for the costs of such measures. (3) A request for interim measures addressed by any party to a judicial authority shall not be deemed incompatible with the agreement to arbitrate, or as a waiver of that agreement". Il testo delle Regole opzionali è riportato in *Int. Legal Materials*, 1993, vol. 32, p. 572.

[73] Questa norma dispone: "Le Tribunal et en cas d'urgence son Président, ont le pouvoir d'ordonner, s'ils estiment que les circonstances l'exigent, des mesures provisoires ou conservatoires. Si l'une des parties ne peut accepter les mesures prescrites par le Président, elle peut demander une décision du Tribunal. En attendant cette décision, les mesures restent en vigueur". (v. *Annuaire Français de droit int.*, 1962, p. 384)

[74] Secondo tale norma: "Le Tribunal et en cas d'urgence son Président, sous réserve de confirmation par le tribunal, ont le pouvoir d'indiquer, s'ils estiment que les circonstances l'exigent, quelles mesures conservatoires du droit de chacun doivent être prises a titre provisoires".

quelli istituiti sulla base di un compromesso arbitrale *ad hoc*. Tale ambito di operatività può infatti desumersi dagli elementi atti a rilevare l'esistenza della norma stessa, non ultimo l'art. XI del compromesso arbitrale tra Egitto e Israele appena richiamato. D'altronde, per quanto non possa negarsi che il potere cautelare sia più connaturato a procedimenti svolti innanzi a organi a carattere *permanente*, non può escludersi l'eventualità che anche nel corso di un arbitrato si manifestino esigenze di tutela interinale della situazione oggetto della lite[75].

In conclusione, può osservarsi come non siano più attualmente rinvenibili talune condizioni che indussero uno dei primi autori che hanno studiato i provvedimenti cautelari ad escludere l'esistenza di una norma consuetudinaria attributiva del potere cautelare[76]. A tal proposito l'autore in questione rilevava, da un lato, che:

"nella pratica internazionale non si sono verificati casi in cui un giudice abbia preso misure cautelari senza che un tale potere non gli fosse espressamente conferito da norme di diritto internazionale particolare";

dall'altro, che:

"non si può far valere il fatto che il potere dei t.a.m. di ordinare misure cautelari non fu previsto da una norma espressa, ed esso fu tuttavia contenuto in quasi tutti i regolamenti di procedura adottati da questi tribunali",

[75] Con ciò si intende pertanto prendere le distanze da un'opinione avanzata a suo tempo da NIEMEYER, *op. cit.*, che a p. 27 sostiene "....wo ein Kompromiß die einstweilige Verfügung als Rechtsinstitut kein daseinberechtigung hat". L'opinione dell'autore è d'altro canto smentita dal fatto che in taluni compromessi arbitrali stipulati nel secondo dopoguerra è stata inserita una norma sul potere cautelare dell'organo arbitrale.

[76] VENTURINI, *op. cit.*, pp. 153-154.

In secondo luogo, in ragione del fatto che alla norma in questione può naturalmente derogarsi in via convenzionale con un'espressa clausola contraria contenuta nello strumento istitutivo del tribunale, si deve osservare che nel diritto convenzionale è rinvenibile almeno un caso in cui, nel compromesso arbitrale, gli Stati contraenti hanno ritenuto necessario *privare espressamente* il tribunale della competenza ad emanare provvedimenti cautelari. Si tratta dell'*Agreement to arbitrate the boundary dispute concerning the Tabe Beachfront* dell'11 settembre 1986, concluso tra Egitto e Israele, che all'art. XI, par. 2, dispone:

"The Tribunal *shall have no authority to issue provisional measures* concerning the Tabe area" (corsivo aggiunto)[75].

Tale accordo costituisce un ulteriore elemento a favore della tesi che qui si sostiene, per la circostanza che la norma citata deve necessariamente presupporre che, senza una disposizione contraria, il tribunale sarebbe stato competente ad emanare provvedimenti cautelari, pur nel silenzio del compromesso arbitrale.

Come si è gia avuto modo di puntualizzare, la norma di diritto internazionale generale in questione attribuisce il potere cautelare ad *ogni* organo di giustizia internazionale, compresi

---

Il Modello sulle regole di procedura arbitrale è stato predisposto dalla Commissione di diritto internazionale

Da segnalare inoltre che anche l'art. 27 dello *Swiss Model of a Treaty of Conciliation and Judicial Settlement and arbitration* del 1960 prevede, all'art. 27, par. 1, che : "Dans tous les cas ou le différend fait l'objet d'une procédure judiciaire ou arbitrale, notamment si la question au sujet de laquelle les Hautes Parties Contractants sont divisées résulte d'actes déjà effectues, ou sur le point de l'être, la Cour Internationale de justice, statuant conformément a l'art. 41 de son Statut, ou le Tribunal arbitral indiquera, dans le plus bref délai possible, quelles mesures provisoires doivent être prises. Les Parties en litige seront tenues de s'y conformer".

[75] Il testo dell'accordo può leggersi in *International Legal Materials*, 1987, p. 9 ss.

e ciò in ragione della natura non internazionale dei tribunali in questione[77].

In definitiva, ritornando alla questione segnalata da Fitzmaurice, può dirsi che senza dubbio un tribunale internazionale, ove ne sorga la necessità, abbia una competenza *inerente* ad apprestare una tutela interinale, e ciò in virtù di una norma generale dell'ordinamento internazionale. Altra è poi la questione, che si affronterà in seguito, se ogni tribunale internazionale, nell'esercizio del potere cautelare, abbia anche la competenza ad emanare provvedimenti ad *efficacia vincolante*.

[77] *Ibidem.*

Capitolo 2
Competenza cautelare e giudizio principale

1. Inquadramento del problema e critica della tradizionale impostazione dottrinale

Può accadere che l'adozione di provvedimenti cautelari venga richiesta in una situazione di incertezza circa l'effettivo svolgimento del procedimento principale, in quanto sia contestata l'esistenza di presupposti che consentono all'organo internazionale di conoscere nel merito la controversia portata in giudizio. Tali questioni, di solito eccepite dallo Stato convenuto[1], possono concernere sia l'esistenza della giurisdizione dell'organo rispetto a quella controversia[2], sia delle condizioni sostanziali di ricevibilità

---

[1] Le questioni in argomento possono anche essere rilevate d'ufficio dal giudice.

[2] In questa sede, si ritiene che l'utilizzazione del termine giurisdizione sia preferibile rispetto al termine competenza, e ciò anche se tradizionalmente si osserva che nell'ordinamento internazionale non vi sia in effetti una distinzione tra giurisdizione e competenza. Il termine giurisdizione pare preferibile in quanto, almeno secondo la terminologia italiana, esso risulta più idoneo a descrivere una situazione in cui l'organo è munito del potere di decidere una lite, mentre il termine competenza viene utilizzato per indicare quale organo è munito di siffatto potere. Sul punto v. ROSENNE, *The Law and Practice of the International Court*, Leyden, 1965, che a p. 300 osserva: "...the distinction sometimes encountered in municipal law between jurisdiction and competence, as independent concepts is, in itself, of little practical relevance to the working of the International Court"; in proposito v. anche FITZMAURICE, *The Law and Procedure cit.*, pp. 8-9; DUBISSON, *La Cour internationale de Justice*, Paris, 1964; pp. 131-133. Ritengono invece sia possibile e necessario effettuare una distinzione tra i due concetti BALASKO, *Causes de nullité de la sentence arbitrale en droit international public*, Paris, 1938, p. 139, per il quale il concetto di giurisdizione esprime: "l'aptitude juridique légale, attribuée par la volonté explicite commune de deux ou plusieurs Etats, d'une organe international d'ordre juridictionel, régulièrement constitué, pour instruire et pour juger des litiges né ou à naitre entre ces même Etats", mentre il concetto di competenza, o meglio, di incompetenza di un organo internazionale esprime: "son inaptitude à connaitre d'un litige concret dont il est saisi, encernant deux ou plusieurs de ces Etats, tel qu'il est formulé dans la requête introductive d'instance, et à le juger"; più recentemente, v. ABI-SAAB, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale*, Paris, 1967, p. 59, per il quale il concetto di giurisdizione indica: "une qualification de l'activité de l'organe juridictionnel, une description des ses pouvoirs en tant que tel. Cette activité et ces pouvoirs se rattachent au sens étymologique du terme 'juridiction', qui est 'dire le droit', l'activité de l'organe juridictionnel

del ricorso principale[3]. Mediante le prime, lo Stato convenuto nega di aver prestato il proprio consenso alla soluzione giurisdizionale della lite, così contestando il *potere* stesso dell'organo di decidere quella lite. Con le eccezioni di irricevibilità, si adduce

---

étant nécessaires ou utiles à son accomplissement", mentre il concetto di competenza "délimite le champ d'application de cette activité et de ces pouvoirs, soit d'une manière générale, soit par rapport à une affaire déterminée, en tant du point de vue des parties que de celui de la matière en litige".

[3] Le condizioni *materiali* di ricevibilità, come si dirà *infra* nel testo, si riferiscono al diritto d'azione dello Stato, e cioè il diritto di quest'ultimo di ottenere una decisione favorevole rispetto al merito della controversia. Le condizioni *formali* di ricevibilità sono invece quelle concernenti le formalità e i termini imposti dalla procedura per la presentazione del ricorso principale. Per tale motivo, di norma le eccezioni di irricevibilità formale sono di agevole soluzione e la circostanza che tali eccezioni vengano sollevate in presenza di un'istanza cautelare non pone particolari difficoltà, nel senso che l'organo potrà agevolmente prendere una decisione sul punto prima di effettuare una valutazione sulla richiesta cautelare (si può in proposito richiamare, a titolo esemplificativo, l'ordinanza del Presidente della Corte di Giustizia delle Comunità europee del 23 maggio 1984, affare 50/84, *Srl Bensider et als* c. *Commissione*, in *Recueil*, 1984, p. 2247, mediante la quale venne respinta una richiesta di misure cautelari per l'irricevibilità della domanda principale, la quale era stata presentata oltre il limite di tempo secondo quanto stabilito dall'art. 33 del Trattato della Ceca).

La distinzione tra ricevibilità formale e materiale che si è accolta è stata elaborata da ABI-SAAB, *op. cit.*, p. 91 ss. Secondo questa autore, le condizioni di ricevibilità formali sono constituite dall' "observation des formes et des délais prescrits pour les différents actes et pièces de procédure qui la constituent, notamment l'acte introductif d'instance". Le condizioni di ricevibilità materiale devono distinguersi a seconda che esse si riferiscono alla controversia o alle parti. Le prime comprendono "les conditions qui ont pour but d'assurer que le litige est mûr pour être tranché par la voie arbitrale ou judiciaire internationale; il s'agit essentiellement des conditions ayant trait aux négociations diplomatiques préalables, à l'existence d'un différend, à l'épuisement préalable des recours internes dans le cas de réclamations d'origine privée et enfin à l'absence de litispendance et de connexité" (p. 97); le seconde si riferiscono invece alle condizioni "qui ont pur but de s'assurer de l'appartenance de la prétention en cause à la partie qui la réclame directement ou en représentation; il s'agit essentiellement des conditions de la qualité et de la nationalité dans les cas de réclamations d'origine privée" (pp. 115-116).

Secondo altri studiosi, invece, costituscono motivi di irricevibilità formale della domanda principale quei motivi che sono previsti da una fonte giuridica ben determinata; i motivi di irricevibiltà materiali sarebbero quelli non previsti dalla fonte giuridica che contempla i motivi di irricevibilità, e che invece sono previsti da norme consuetudinarie o da principi generali del diritto (v. DELBEZ, *op. cit.*, pp. 160 ss.). Di recente, uno studioso ha criticato tale impostazione, osservando che: "la distinzione evidenziata tra le richiamate nozioni finisce per attribuire esclusiva rilevanza alla fonte normativa che è di volta in volta chiamata a disciplinare i requisiti soggettivi e oggettivi necessari per la ricevibilità della domanda....Ora...può avvenire che questi requisiti siano previsti da diverse fonti, ad esempio da una norma consuetudinaria e dallo stesso titolo che legittima la competenza, e ciò può ingenerare confusione sul criterio da seguire al fine di distinguere tra la ricevibilità materiale da quella formale" (GIUFFRIDA, *La*

invece il difetto di requisiti formali della domanda o di condizioni relative al *diritto d'azione*. Si tratta di eccezioni che, analogamente a quelle di difetto di giurisdizione, mirano ad impedire che l'organo esamini nel merito la controversia; a differenza di quelle, le eccezioni di irricevibilità non contestano però il potere del giudice di esercitare l'attività giurisdizionale per quella specifica controversia, bensì concernono requisiti attinenti alla posizione di una delle parti nel giudizio[4].

---

ricevibilità generale nella giurisprudenza della Corte internazionale di Giustizia, Milano, 1995, p. 14. Lo studioso in questione condivide invece l'opinione espressa da Abi-Saab).

[4] Si deve osservare che alcuni studiosi non ritengono che possa essere effettuata una distinzione tra eccezioni di incompetenza e eccezioni di irricevibilità della domanda principale. Per un'analisi critica di questa impostazione, e per i relativi riferimenti dottrinali, si rinvia a ABI-SAAB, *op. cit.*, p. 169 ss.

La dottrina che invece ritiene sussistente tale distinzione ha proposto diversi criteri di differenziazione. Secondo uno dei primi studiosi di tale problematica, tale criterio va individuato nella circostanza che, mediante l'eccezione di incompetenza, si contesta l'esercizio dell'attività giurisdizionale rispetto all'oggetto della controversia o rispetto a una delle parti della controversia, mentre l'eccezione di irricevibilità coinvolge circostanze esterne alla competenza dell'organo a conoscere la lite nel merito (WITENBERG, *La recevabilité des réclamations devant les jurisdictions internationales*, Paris, 1933, p. 85 ss.). Secondo un'altra opinione, il criterio di differenziazione va individuato nella fonte che disciplina i due tipi di eccezioni: l'eccezione di incompetenza è infatti regolamentata dallo strumento di accettazione della giurisdizione dell'organo, mentre quella di irricevibilità è regolata da norme consuetudinarie o da principi generali del diritto internazionale. Ad avviso di quest'ultima opinione, in defintiva, la competenza (giurisdizione) individua i limiti dell'esercizio della funzione giudiziale, mentre la ricevibilità descrive il modo in cui tale ultima funzione può essere esercitata (ABI-SAAB, *op. cit.*, p. 172 ss.). Quale che sia il criterio che si intende prediligere, sembra corretta l'opinione di quello studioso che ha rilevato che: "con le eccezione di incompetenza si contestano sempre la validità, gli effetti, o se si preferisce, la portata del consenso espresso dalle parti all'esercizio dei poteri della Corte, mentre con l'eccezione di ricevibilit'a si adduce il non rispetto di altre regole processuali che tuttavia non riguardano la manifestazione di quel consenso" (GIUFFRIDA, *op. cit.*, p. 12).

Si deve precisare che gli strumenti istitutivi di taluni organi di giustizia internazionali a carattere permanente, tra i motivi di ricevibilità della domanda, includono anche le questioni attinenti alla giurisdizione; in altre ipotesi accade invece che è lo stesso organo a dichiarare irricevibile una domanda qualora venga rilevato il difetto di giurisdizione. In questo studio, anche rispetto a questi organi, il termine ricevibilità verrà sempre utilizzato come espressione distinta da quello di incompetenza o di difetto di giurisdizione. Per essere più chiari, se per esempio si farà riferimento a un caso di fronte alla Commissione europea dei diritti dell'uomo, le questioni concernenti la ricevibilità del ricorso principale non devono intendersi come comprensive delle questioni concernenti la giurisdizione, anche se di norma l'organo è solito includere tali questioni tra i motivi di ricevibilità del ricorso, e cioè tra i motivi elencati all'art. 26 della Convenzione (almeno per quanto concerne i ricorsi individuali).

In questo capitolo, si intende accertare se, e in quale misura, l'incertezza circa i presupposti che condizionano il valido instaurarsi del giudizio principale si riflette sul potere del giudice di apprestare una tutela cautelare[5]. L'analisi verrà effettuata cercando sempre di distinguere a seconda che l'incertezza circa l'effettivo svolgimento del procedimento principale discenda dall'incertezza circa la giurisdizione dell'organo oppure dall'incertezza circa la ricevibilità materiale della domanda principale.

Conviene sin da ora osservare che la dottrina che ha avuto occasione di occuparsi della problematica in argomento tende invece a non distinguere nettamente tra contestazioni sulla giurisdizione e contestazioni sulla ricevibilità materiale del ricorso principale ai fini dell'adozione di provvedimenti cautelari[6]. Quando tale distinzione viene effettuata, essa non si traduce comunque in una differenziazione quanto alla soluzione proposta[7].

La spiegazione di questo stato di cose può essere individuata nella circostanza che, più o meno consapevolmente, gran parte della dottrina presuppone che, ai fini dell'esercizio del potere cautelare, l'organo deve effettuare una qualche valutazione preliminare circa l'esistenza dei presupposti per l'instaurazione del giudizio principale

---

[5]La problematica in esame, come è evidente, concerne esclusivamente gli organi internazionali a carattere permamente (o semi-permanente).

[6]Nel suo studio sulla tutela cautelare apprestata dalla Corte internazionale di Giustizia, e precisamente nella parte dedicata alla questione dell'adozione di provvedimenti cautelari in una situazione di incertezza sulla competenza a conoscere la lite nel merito, SZTUCKI ha precisato che: "For the sake of simplicity the term 'jurisdiction' will be used throughout the present section, regardless of whether the actual point at stake is that of 'jurisdiction', of 'competence' or of 'admissibility'. In the present context *it is immaterial on what particular ground it is uncertain whether the Court will be in a position to entertain the merits of a dispute. The problem is whether, to what extent or in what sense this uncertainty - whatever its ground - reflects upon the exercise of the Court's power under Article 41*"(*op. cit.*, p. 221, corsivo aggiunto).

[7] V. *infra*, par. 4.

in ragione della *strumentalità* della tutela cautelare rispetto alla sentenza definitiva. Si afferma infatti che, essendo la tutela cautelare predisposta in funzione dell'emanazione della sentenza definitiva, in principio dovrebbe esservi certezza sul fatto che tale sentenza verrà effettivamente emanata[8]. Non potendo di norma aversi questa certezza in breve arco di tempo, perchè l'accertamento definitivo sulle questioni di giurisdizione e ricevibilità materiale della domanda principale spesso non si presenta agevole, l'urgenza

---

[8] V. BARILE, *Osservazioni sulla indicazione di misure cautelari nei prodecimenti davanti alla Corte internazionale di Giustizia*, in *Comunicazioni e Studi*, vol. IV, che a p. 146 osserva: "È evidente che la giustizia di un provvedimento che indichi misure cautelari presuppone la competenza della Corte a giudicare nel merito della lite principale. Infatti lo scopo di un tale provvedimento è precisamente quello di garantire l'efficacia della sentenza definitiva della stessa Corte, evitando i pericoli del ritardo che potrebbe subire detta decisione. Ora è indubbio che la Corte, se vuole raggiungere tale fine, ancor prima di scendere ad esaminare l'esistenza dle *fumus boni iuris* con riferimento alle situazioni giuridiche sostanziali che si vogliono assicurare mediante le misure cautelari, deve accertare, in via preliminare, se potrà esservi una sua decisione di merito. Prima cioè di passare a giudicare se potrà darsi una decisione favorevole, dovrà esaminare se in futuro vi sarà una qualsiasi sua decisione sul merito. Le misure cautelari, si ripete, non hanno, infatti, lo scopo di garantire incondizionatamente situazioni sostanziali. ma esclusivamente quello di agevolare l'efficacia di una futura decisione definitiva che accerti l'esistenza di dette situazioni" (l'autore in questione non manca tuttavia di osservare che "tale preliminare giudizio sulla competenza a statuire sul merito...è particolarmente importante in diritto internazionale, dato che, a differenza di quanto accade negli ordinamenti interni, la giurisdizione della Corte, come del resto quella di un qualsiasi arbitro o tribunale internazionale, esiste solo nei casi e nei limiti in cui può fondarsi, direttamente o indirettamente, sul consenso delle parti"); HAMBRO, *The Binding Character of the Provisional Measures*, in *Rechtsfragen de Internationalen Organisation, Festschrift für Hans Wehberg zu Seinem 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main, 1956, p. 159, dove l'autore rileva che: "It happens...only too frequently that one of the parties before the Court raises objection to the jurisdiction in the particular case. It would seem fairly clear, at a first glance, that the Court can have no competence to indicate interim measures it is without jurisdiction on the merits. The provisional measures constitute an incident in the proceedings and the Court's jurisdiction is decided by the jurisdiction on the measures"; DANIELE, *op. cit.*, p. 20, il quale afferma che: "È evidente che quando la Corte indica misure cautelari in relazione ad una determinata controversia, essa esercita un potere strumentale rispetto al più ampio potere di decidere quella stessa controversia sul merito. Mancando la competenza principale, divrebbe mancare anche il potere previsto dall'art. 41. Tale potere non potrebbe quindi essere esercitato quando la competenza principale è ancora incerta". Nella nota al testo n. 5, l'autore precisa inoltre che: "la strumentalità del potere previsto dall'art. 41, nel senso della sua accessorietà rispetto ad un procedimento principale, risulta dal par. 2 di tale disposizione, ai sensi del quale le misure cautelari vengono indicate 'pending the final decision'; ciò presuppone che il procedimento principale sia già stato instaurato". Nello stesso senso v. VILLANI, *Le misure*

di un intervento cautelare impone (almeno per la maggioranza della dottrina) che l'organo effettui solo una valutazione sommaria e provvisoria in materia[9].

Risulta chiaro che, seguendo tale impostazione, non assume alcuna pratica rilevanza accertare se l'incertezza sul futuro instaurarsi del giudizio principale derivi dalla contestazione sulla *giurisdizione* dell'organo nella controversia in esame, oppure da contestazioni circa l'esistenza delle condizioni di *ricevibilità* della domanda principale. In entrambi i casi, infatti, tali contestazioni (se fondate) impedirebbero all'organo di conoscere nel merito la controversia, e quindi impedirebbero l'instaurazione del procedimento principale[10].

---

cautelari nell'affare della piattaforma continentale del mare Egeo, in *Rivista di diritto int.*, 1977, p. 135.

[9] Sul punto si rinvia a BARILE, *op. cit.*, p. 147, e - dello stesso autore - *Sulla competenza della Corte internazionale di Giustizia a indicare misure cautelari*, in *Rivista di diritto int.*, 1958, p. 121, FITZMAURICE, *op. cit.*, p. 108; MENDELSON, *Interim Measures of Protection in Cases of Contested Jurisdiction*, in *British Yearbook of Int. Law*, 1972-73, vol. 46, p. 261; TESAURO, *Le misure cautelari della Corte internazionale di giustizia*, in *Comunicazioni e studi, Il processo internazionale. Studi in onore di Gaetano Morelli*, vol. XIV, p. 889; COUSSIRAT-COUSTERE, *Indication de mesures conservatoires dans l'affaire du personnel diplomatique et consulaire des États-Unis a Teheran*, in *Annuaire Français de droit international*, 1979, p. 304; SZTUCKI, *op. cit.*, p. 253; DANIELE, *op. cit.*, p. 21

[10] A questo proposito, risulta emblematica la posizione assunta da OXMAN, *Jurisdiction and the Power to Indicate Provisional Measures*, in *The International Court of Justice at a Crossroads* (a cura di Lori Fisler Damrosch), p. 336, dove l'autore cita un brano dell'opinione separata del giudice de Arechaga nel caso relativo all' *Agean Sea*, secondo il quale "In cases in which there is no reasonable possibility, prima facie ascertained by the Court, of jurisdiction on the merits, it would be devoid of sense to indicate provisional measures to ensure the execution of a judgement the Court will never render". Ebbene, secondo l'autore in questione: "In the abstract, *the same point applies* to any issue that would defeat the claim, including the merits as well as *questions of jurisdiction or admissibility*. Why should a party be placed under the burden of provisional measures to prevent prejudice to the other's party rights *pendente lite* if it is improbable that the case will end with a final judgment in favor of the other party on the merits?" Da osservare che quest'autore, pur effettuando una differenziazione tra contestazioni circa l'esistenza sulla giurisdizione e contestazioni circa la ricevibilità della domanda principale, non effettua una differenziazione in ordine alla soluzione proposta (*ibidem*, p. 347); analogamente DANIELE, *op. cit.*, p.63 ss.

In realtà, a ben vedere, questa impostazione non risulta convincente. La circostanza che la tutela cautelare sia strumentale all'emanazione del provvedimento definitivo implica certo talune conseguenze, tra cui però non vi è quella della necessità che - al momento dell'adozione di misure cautelari - vi sia certezza sul futuro svolgimento del giudizio principale. La natura strumentale dei provvedimenti cautelari, sotto un primo profilo, implica che se, per una qualsiasi ragione, il procedimento principale non viene ultimato (o, nelle ipotesi della tutela cautelare *ante causam*, esso non venga iniziato), i provvedimenti cautelari in questione cessano di essere operativi. Sotto un altro profilo, la natura strumentale della tutela interinale individua taluni limiti alla determinazione discrezionale da parte del giudice del contenuto delle misure provvisorie; questi limiti sono essenzialmente costituiti, da un lato, dal divieto di emanare provvedimenti interinali che concedano al richiedente una tutela maggiore di quella che è possibile ottenere in caso di accoglimento del ricorso principale; dall'altro lato, dalla necessità che i provvedimenti in questione proteggano la medesima situazione giuridica oggetto della domanda principale[11].

D'altro canto, che il carattere strumentale della tutela cautelare rispetto alla sentenza di merito non presuppone (al momento in cui essa viene apprestata) che vi sia *certezza* circa lo svolgimento del giudizio principale, è reso palese dal fatto che è ben possibile concepire che, in seguito all'intervento interinale, si verifichi una delle condizioni che causano l'estinzione del giudizio principale, quali il venir meno della materia del contendere o la rinuncia da parte dell'attore al ricorso principale. In ipotesi del genere, è

[11] Sul punto, v. le osservazioni effettuate nell'introduzione.

evidente che il giudice che appresti una tutela cautelare non può essere sicuro che vi sarà effettuvamente un giudizio principale.

In definitiva, si può dire che il fatto che possa esservi incertezza sull'effettiva emanazione di una sentenza definitiva di merito non pregiudica, *per se*, l'adozione di provvedimenti cautelari. Questa precisazione dovrebbe chiarire le ragioni per cui, quando si studia se, e in quale misura, sia possibile esercitare il potere cautelare in una situazione in cui non si può accertare agevolmente l'esistenza dei presupposti per l'instaurazione del giudizio principale, è necessario distinguere tra *potere del giudice di esercitare l'attività giurisdizionale* rispetto alla specifica controversia e *requisiti di ricevibilità materiale* della domanda principale.

Nel primo caso, infatti, le contestazioni sulla giurisdizione pongono il problema di una valutazione preliminare condizionante la possibilità stessa di apprestare una tutela cautelare. È infatti evidente che, se il giudice fosse sprovvisto dello stesso potere di esercitare l'attività giurisdizionale in ordine alla specifica controversia, difetterebbe il presupposto logico, prima ancora che giuridico, per l'emanazione di provvedimenti volti a incidere sulla sfera di libertà delle parti. Deve inoltre tenersi presente che, nell'ordinamento internazionale, quando un giudice difetta di giurisdizione su una certa controversia, in principio non vi è alcun altro organo deputato a risolvere quella lite; ciò fa sì che emergano con maggiore evidenza le ragioni che impongono - in linea di principio - che il provvedimento cautelare venga adottato dall'organo munito di giurisdizione, e quindi essendo state positivamente risolte le incertezze circa la giurisdizione.

Qualora invece non sia contestata la giurisdizione, bensì i requisiti sostanziali di ricevibilità materiale del ricorso principale, risulta evidente che l'organo che appresti una tutela interinale esercita un potere *in radice* legittimato dall'esistenza del titolo di giurisdizione in ordine a quella controversia. In altri termini, l'organo che appresta una tutela interinale in situazione di incertezza sulla ricevibilità materiale della domanda principale non rischia (a differenza dell'incertezza sulla giurisdizione) di poter in seguito dichiararsi sprovvisto del titolo imprescindibile per l'espletamento di qualsiasi attività processuale, ivi compresa quella inerente alla tutela cautelare. Ciò fa sì che la questione del rapporto tra esercizio della tutela cautelare e contestazioni sulla ricevibilità materiale della domanda principale, da un lato risulti meno cruciale di quella concernente l'adozione di provvedimenti cautelari in situazioni di incertezza circa la giurisdizione; dall'altro, che siffatta questione possa ricevere una soluzione del tutto diversa da quella concernente le ipotesi di incertezza circa la giurisdizione.

2. L'adozione di provvedimenti cautelari prima dell'accertamento definitivo della sussistenza della giurisdizione e della ricevibilità della domanda principale nella prassi giudiziaria e nella giurisprudenza internazionale

Dall'esame della prassi degli organi internazionali che presi in considerazione ai fini del presente studio, emerge che questi organi hanno normalmente ritenuto di poter

apprestare una tutela interinale prima di aver definitivamente risolto, in senso positivo, le contestazioni sulla giurisdizione e sulla ricevibilità materiale della domanda[12].

Si può inoltre osservare che i tribunali permanenti (o semi-permanenti) di natura più propriamente arbitrale (Corte internazionale di Giustizia e Tribunale dei Reclami Iran-Stati Uniti) di solito apprestano una tutela interinale in una situazione in cui è contestata la loro *giurisdizione*, mentre non vengono avanzate contestazioni circa la ricevibilità materiale della domanda principale. In tali situazioni, l'organo adotta provvedimenti cautelari senza aver preliminarmente deciso di essere provvisto di *giurisdizione* sulla controversia in esame. Diversamente, nei casi all'esame di organi di giustizia operanti in contesti marcatamente giurisdizionalizzati[13] (organi di garanzia inter-americani e

---

[12] Vi sono casi in cui le contestazioni circa la giurisdizione hanno potuto essere risolte in un periodo ragionevolmente breve di tempo, e quindi non risultano di diretto interesse per questo studio. Si può ricordare in proposito che, nella decisione del 18 febbraio 1952 nel caso concernente *l'Amministrazione di certe proprietà di Stato in Libia*, il Tribunale delle Nazioni Unite per la Libia respinse le eccezioni di giurisdizione sollevate dalla Libia prima di esaminare l'istanza cautelare dell'Italia. Da notare che, nel caso di specie, il Tribunale non accordò la tutela cautelare (v. *United Nations Reports of International Arbitral Awards*, vol. XII, p. 359 ss.). Un altro caso in cui le eccezioni circa il difetto di giurisdizione sono state risolte prima dell'esame dell'istanza cautelare è costituito dall'affare *Bareiss* c. *Repubblica federale tedesca* di fronte alla Commissione arbitrale sulla proprietà, i diritti e i gli interessi in Germania. La Commissione accolse l'eccezione di difetto di giurisdizione e quindi stabilì che, poichè il ricorso "[was] not within the jurisdiction of the Commission, the Commission [was] without power to order the measure of interim protection requested by the complainant" (v. decisione della Terza Camera del 20 maggio 1959, in *Decisions of the Arbitral Commission on property, Rights and Interests in Germany*, vol. II, caso n. 52, p. 190 ss.).

Con riferimento alla Corte di Giustizia delle Comunità europee, si deve evidenziare che l'organo, nell'ordinanza del 15 luglio 1960, cause 43, 45 e 48/59, *Lachmüller*, in *Recueil*, 1960, p. 956, ha affermato che la verifica circa la sussistenza della propria giurisdizione andava risolta in via pregiudiziale, trattandosi di una questione di portata generale. Pare anche interessante osservare che, nel caso *Camera Care* c. *Commmission*, l'Avvocato Generale Warner ha precisato che una richiesta di provvedimenti cautelari deve essere respinta qualora il ricorso principale risulti manifestamente irricevibile (v. *Recueil*, 1984, p. 133).

[13] Con questa espressione, si intende fare riferimento a quegli organi che hanno giurisdizione obbligatoria per garantire l'attuazione giudiziaria di un ordinamento giuridico uniforme, ordinamento nel quale viene pertanto escluso (almeno in linea di principio) il ricorso a forme di autotutela privata. Questi organi operano tra l'altro in presenza di titoli di giurisdizione suffientemente chiari e definiti.

europei dei diritti dell'uomo), quando i provvedimenti cautelari vengono richiesti e adottati, normalmente sussiste una situazione di incertezza circa la ricevibilità materiale della domanda principale, mentre non grava alcuna incertezza sulla giurisdizione.

Infine, si può osservare che, nelle ipotesi in cui la tutela cautelare è stata esercitata prima di un accertamento definitivo sulla giurisdizione, l'organo ha solitamente dichiarato in seguito di essere effettivamente provvisto di giurisdizione. In effetti, risulta che l'unico caso in cui l'organo ha prima apprestato una tutela cautelare, e successivamente ha rilevato il proprio difetto di giurisdizione, è quello dell'*Anglo-Iranian Oil Company* di fronte alla Corte internazionale di Giustizia[14]. Quando invece la tutela cautelare è stata apprestata in una situazione di incertezza sulla ricevibilità materiale della domanda principale, e cioè principalmente nell'ambito dei meccanismi europei e inter-americano di protezione dei diritti dell'uomo, gli organi di garanzia hanno prevalentemente dichiarato, in seguito, che il ricorso principale era irricevibile[15].

---

[14]La Corte apprestò una tutela interinale mediante l'ordinanza 5 luglio 1951, caso concernente l'*Anglo-Iranian Oil Company*, *Regno Unito* c. *Iran*, *ICJ Reports 1951*, p. 89 ss.

L'Iran non era presente alle udienze relative alla istanza cautelare; il giorno antecedente la prima udienza (fissata per il 30 giugno 1951), il Governo iraniano, in una comunicazione scritta alla Corte, affermò che: "The Iranian Government hopes that the Court will declare that the case is not whithin its jurisdiction because of the legal incompetence of the complaint and because of the fact that exercise of the rights of sovereignty is not subject to complaint. Under this circumstances the request for interim measures of protection would naturally be rejected" (*Pleadings*, p. 680). Coerentemente con questa posizione, il Governo iraniano rifiutò di dare esecuzione all'ordinanza cautelare della Corte (*ibidem*, p. 718 ss.). L'11 febbraio 1952 l'Iran sollevò un'eccezione preliminare di incompetenza e di irricevibilità della domanda principale, e provvide a nominare un agente e un giudice *ad hoc*. Con la decisione del 22 giugno 1952, la Corte (con nove voti a favore e 5 contrari) dichiarò il proprio difetto di giurisdizione (*ICJ Reports 1952*, p. 93 ss.).

[15] Per quanto riguarda il sistema europeo di protezione dei diritti dell'uomo, nel periodo successivo al 1974 (e cioè vigente la norma regolamentare sulla tutela cautelare), la Commissione ha dichiarato ricevibili solo i seguenti ricorsi: n. 8244/78, affare *Uppal* c. *Regno Unito*; n. 10308/83, affare *Altun* c. *Repubblica federale tedesca*; n. 15658/89, affare *Mansi* c. *Svezia*; n. 175550/90 e 17825/91, affare *V. e P.* c. *Francia*; n. 18560/91, affare *D.S. et als.* c. *Francia*; n. 21649, affare *D. et als. (n. 2)* c. *Francia*; n. 197776/92, affare *Amuur* c. *Francia*; n. 22414/93, affare *Chahal et als.* c. *Regno Unito*.

Non è facile individuare le ragioni che hanno indotto gli organi in questione a esercitare il potere cautelare prima dell'accertamento definitivo sulla giurisdizione e sulla ricevibilità della domanda principale, e ciò perchè di rado sono state fornite motivazioni al riguardo.

Circa l'adozione di provvedimenti cautelari in una situazione di incertezza sulla *giurisdizione*, nella giurisprudenza della Corte internazionale di Giustizia è possibile rintracciare solo una presa di posizione. L'occasione di approfondimento è rappresentata dalla decisione sulle eccezioni preliminari nel caso *Anglo-Iranian Oil Company*, con la quale l'organo dichiarò il proprio difetto di giurisdizione in un momento successivo all'adozione di provvedimenti cautelari nei confronti del Governo iraniano. Trovatasi nella situazione di spiegare perchè fosse stato possibile adottare provvedimenti cautelari prima di un accertamento definitivo della competenza principale, la Corte ha precisato:

"While *the Court derived its power to indicate these provisional measures from the special provisions contained in Article 41 of the Statute, it must now derive its jurisdiction to deal with the merits of the case from the general rules laid down in Article 36 of the Statute*. These general rules, which are entirely different from the special provisions of Article 41, are based on the principle that jurisdiction of the Court to deal with and decide a case on the merits depends on the will of the parties. Unless the Parties have conferred jurisdiction on the Court in accordance with Article 36, the Court lacks such jurisdiction"[16] (corsivo aggiunto).

---

[16] Ordinanza 22 luglio 1952, *I.C.J. Reports 1952*, pp. 102-103. Si deve notare che, in conseguenza della decisione relativa al difetto di giurisdizione, la Corte stabilì che l'ordinanza cautelare del 5 luglio 1951 "ceases to be operative and that Provisional Measures lapse at the same time" (*ibidem*, p. 114). Si deve anche osservare che la Corte sottolineò che: "Since the Court is without jurisdiction in the present case, it need not examine any arguments put pforward by the Iranian Government against the admissibility of the claims of the United Kingdoms Governement" (*ibidem*).

In questo brano, la Corte ha in sostanza sottolineato che la competenza ad adottare provvedimenti cautelari deve considerarsi distinta e autonoma rispetto alla competenza a conoscere nel merito una controversia, e ciò perchè essa trae la propria fonte da una apposita norma dello Statuto. Sembrerebbe quindi che, ad avviso dell'organo, ciò comporti la possibilità di apprestare una tutela cautelare senza procedere ad un accertamento preliminare della propria competenza, e cioè di apprestare siffatta tutela anche se non appaia di escludere una dichiarazione successiva di incompetenza.

Una motivazione diversa è invece rintracciabile nella giursiprudenza del Tribunale dei Reclami Iran-Stai Uniti. Secondo questo Tribunale, la possibilità di apprestare una tutela cautelare prima dell'accertamento definitivo circa la giurisdizione va individuata nella *ratio* di siffatta tutela. In proposito, l'organo ha infatti osservato che:

"the essential justification for the impatient of a Tribunal in granting relief before it has reached a final decision on its competence and on the merits is that 'the action of one party pendente lite causes or threatens a damage to the rights of the other of such a nature that it would not be possible fully to restore those rights, or remedy the infringements thereof, simply by a judgment in its favour" [17].

Per rintracciare le ragioni dell'esercizio della competenza cautelare prima dell'accertamento definitivo della *ricevibilità* della domanda principale, si devono prendere in considerazione le posizioni che la Commissione inter-americana dei diritti dell'uomo ha assunto nel richiedere alla Corte (per la prima volta) un intervento cautelare rispetto a un caso ancora pendente innanzi alla Commissione stessa, ovvero

---

[17] *Iran* c. *United States*, (casi n. *A-4* e *A-15*), ordinanza 18 gennaio 1984, *ibidem*, vol. 5, p. 113. La citazione effettuata dal Tribunale è tratta dall'opinione separata del Presidente della Corte internazionale di Giustizia, Jemenez de Arechega, in relazione all'ordinanza cautelare 11 settembre 1976 nel caso *Agean Continentale Shelf*, in *I.C.J. Reports 1976*, p. 16.

l'affare *Bustíos-Rojas*. La Commissione, nel motivare siffatta istanza, ritenne infatti di dover puntualizzare:

"..precautionary measures may be requested even when the admissibility of a case has not been defined by the Commission pursuant to Article 46 of the Convention, since, by their very nature, provisional measures arise from a reasonable presumption of extreme and urgent risk of irreparable damage to persons"[18].

La circostanza che, nel caso in questione, la Corte abbia accolto l'istanza cautelare della Commissione induce a ritenere che l'organo abbia implicitamente condiviso tale impostazione.

2.1 Esame degli orientamenti giurisprudenziali circa il rapporto tra esercizio del potere cautelare e accertamento della giurisdizione

Come si è già osservato, per le scarse prese di posizione giurisprudenziali non è possibile individuare con certezza i motivi che inducono all'esercizio del potere cautelare senza che vi sia certezza sullo svolgimento del giudizio principale. Dall'analisi della giurisprudenza emerge tuttavia che, nell'apprestare una tutela interinale in tali situazioni, i tribunali internazionali non prescindono mai completamente da una qualche valutazione preliminare circa l'esistenza dei presupposti necessari all'instaurarsi del procedimento di merito.

Muovendo l'analisi dalle contestazioni circa la *giurisdizione*, anzitutto, si può osservare che la Corte internazionale di Giustizia si è ormai attestata su una posizione

---

[18] Istanza cautelare 16 maggio 1990, *OAS/Ser.L/V/III.23 Doc. 12*, p. 25.

secondo la quale, ai fini dell'emanazione di provvedimenti cautelari, è necessario accertare la sussistenza *prima facie* di un titolo di giurisdizione in ordine al caso di specie.

Questa posizione si è definita a seguito di una graduale elaborazione, non priva di incertezze. In una prima fase, essenzialmente relativa al periodo compreso tra le due guerre mondiali, la Corte permente di giustizia internazionale aveva in effetti dimostrato un certo disinteresse per la problematica che si sta discutendo. Questa atteggiamento può spiegarsi agevolmente osservando che la Corte, nel periodo in considerazione, non ha avuto occasione di adottare provvedimenti cautelari in presenza di contestazioni circa la giurisdizione della domanda principale[19].

Nella giurisprudenza della Corte relativa al periodo in considerazione, è comunque possibile rintracciare qualche elemento di interesse. Si può infatti osservare che, nel caso relativo al *Sino-Belgian Treaty*, il Presidente della Corte ha indicato l'adozione di misure cautelari, rilevando, *inter alia*, che entrambi i Governi avevano accettato la

---

[19] In proposito, v. SZTUCKI, *op. cit.*, pp. 225-226, ove l'autore precisa che, in relazione alle sette istanze cautelari di cui la Corte era stata investita, in due casi (l'affare *Chorzów* e seconda richiesta di misure cautelari nell'affare *Electricity Company*) le misure cautelari erano state richieste in una fase in cui l'organo aveva già dichiarato, in via definitiva, la propria giurisdizione; nell'affare *Southern-Eastern Greeland*, la problematica in esame non ha avuto occasione di presentarsi, poichè il caso era stato sottoposto all'esame della Corte per effetto di un ricorso unilaterale presentao da entrambe le parti della controversia; nell'affare relativo al *Sino-Belgian Treaty* e nell'affare concernente la *Polish Agrarian Reform*, non vi è stata alcuna contestazione circa la giurisdizione dell'organo o la ricevibilità del ricorso principale; nell'affare del *Prince von Pless*, l'istanza cautelare era stata presentata quando era ancora pendente un'eccezione di ricevibilità del ricorso principale, e tuttavia "the positive response of the other party relieved the Court from the task of deciding the substance of the request"; infine, in relazione alla prima istanza di misure cautelari nel caso *Electricity Company*, per la prima volta un'istanza cautelare è stata contestata dal Governo convenuto sulla base, tra l'altro, di un preteso difetto di giurisdizione dell'organo. La istanza cautelare fu comunque ritirata, e la Corte non ha avuto occasione di pronunciarsi in materia.

competenza della Corte ai sensi dell'art. 36, par. 2, dello Statuto[20]. Ciò induce a ritenere che il Presidente dell'organo fosse consapevole della necessità di non poter completamente prescindere da una qualche valutazione sull'esistenza della giurisdizione, nella fase relativa all'indicazione di provvedimenti cautelari[21].

---

[20] *PCIJ, Ser. A*, n. 8, p. 6.

[21] Sul punto, si è precisato che le motivazioni del Presidente rilevano "come la questione della competenza principale avesse richiamato l'attenzione del Presidente, attenzione che, però, si era arrestata alle mere constatazioni di cui sopra, e non si era tradotta in una presa di posizione, sia pure a titolo provvisorio, in un senso o nell'altro" (DANIELE, *op. cit.*). Conviene notare che, in dottrina, si è sostenuto che dal testo dell'ordinanza cautelare era comunque implicitamente deducibile una posizione del Presidente nel senso dell'esistenza della giurisdizione della Corte sul caso si specie (v. SZTUCKI, *op. cit.*, p. 226, per il quale - nel contastare che entrambi i Governo avevano aderito alla c.d. clausola opzionale dello Statuto della Corte - il Presidente "could not have been unaware therewith that the contents of the respective declarations formed a rather firm basis for the Court's jurisdiction". Da rilevare che il Presidente, nell'emanare le misure cautelari, osservò che queste misure dovevano adottarsi "provisionally, pending the final decision of th Court....- by which decision the Court will either declare itself to have no jurisdiction or give judgment on the merits' (*ibidem*, p. 7). Ad avviso dell'autore in discorso, con questa precisazione il Presidente della Corte, pur avendo indicato le misure cautelari "on the personal conviction that the application and request met very high jurisdictional requirement, ... at the same time felt it necessary to reflect the fact that competence in the matters of interim protection and substantive jurisdiction was divided in that case, and that the latter question, if necessary, would be decided by the full Court unbound by the decision or conviction of its President".

Nessuna indicazione sembra potersi trarre dalla circostanza che, in taluni casi (e cioè in quello del *Prince von Pless* e nel caso relativo alla *Polish Agrarian Reform*) la Corte abbia respinto la richiesta di intervento interinale precisando che questo non pregiudicava le decisioni sulle questioni di giurisdizione del ricorso principale sollevate in relazione quei casi (per il caso *Prince von Pless* v. ordinanza 11 maggio 1993, *PCIJ, Ser. A/B*, No. 54, p. 153; per l'affare relativo alla *Polish Agrarian Reform* v. ordinanza 29 luglio 1933, *ibidem*, No. 58, p. 179). In particolare, non sembra posssibile interpretare queste formule eccettuative come indicative dell'opinione della Corte circa la possibilità di esercitare la competenza cautelare senza alcuna considerazione attinente allo svolgimento effettivo del procedimento principale, ad eccezione dell'ipotesi di manifesta incompetenza dell'organo a conoscere la lite nel merito (questa interpretazione sembra presupposta da SHIHATA, *The Power of the International Court to Determine Its Own Jurisdiction*, 1965, The Hague, 1965, p.173). In proposito si è infatti correttamente osservato che: "the impact of this clauses is somewhat reduced by the fact that interim measures *were not* indicated in any of these cases. For it is one thing to say - as the case was - that interim measures *were not* indicated, which did not mean that the Court *would not* assume jurisdiction over the merits in the main action; it would have been something quite different to say that interim measures *were* indicated for certain reasons, which did not mean that the Court *would* assume jurisdiction over the merits. Even if the 'non-prejudice' clauses in question were conceived as operating both ways, they would only mean that the Court, in making any future decision on substantive jurisdiction, would not consider itself formally

Nel periodo successivo alla seconda guerra mondiale, la Corte internazionale di giustizia ha avuto occasione di precisare - dopo qualche iniziale incertezza - il proprio orientamento sulla problematica che è oggetto di indagine. Secondo taluni studiosi, già nel caso *Anglo-Iranian Oil Company*, la Corte ha assunto una prima presa di posizione circa il rapporto che deve sussistere tra esercizio del potere cautelare e questioni attinenti alla giurisdizione. In un brano dell'ordinanza emanata il 5 luglio 1951, nel riferirsi all'oggetto del ricorso principale presentato dal Regno Unito nei confronti dell'Iran, l'organo ritenne infatti di dover puntualizzare che:

"...it cannot be accepted *a priori* that a claim based on such a complaint *falls completely outside the scope of international jurisdiction*"[22].

Secondo alcuni commentatori, in questo brano la Corte ha inteso (per la prima volta) precisare il proprio punto di vista circa la questione del rapporto tra esercizio del potere cautelare e esistenza della giurisdizione. Questa dottrina afferma infatti che, nel brano citato, l'organo ha enunciato il principio secondo il quale la tutela cautelare può essere apprestata a prescindere da un accertamento circa l'esistenza della *propria giurisdizione*, essendo sufficiente verificare che il ricorso principale non risulti *completely outside the scope of international jurisdiction*[23].

---

bound by its earlier action or inaction in the matter of interim protection; in other words - that the decision on jurisdiction would not be regarded as a mere consequence or projection of that earlier action or inaction. It would be much less convincing to try to interpret these clauses as meaning that the question of substantive jurisdiction had just been regarded as irrelevant" (SZTUCKI, *op. cit.*, p. 227).

[22] *ICJ Reports 1951*, par. 89, p. 93.

[23] Secondo SZTUSKI, "in the *AIOC Case* - the Court seems to have adopted an extreme position on the question of jurisdictional requirements for the indication of provisional measures. Indeed, it went below the jurisdictional criteria adopted by the MATs which required that '*son* incompétence ne soit pas manifeste'. The Court appears to have been unconcerned about *its own* jurisdiction, for it contented itself with a finding that it could 'not be accepted a

Questa interpretazione non sembra condivisibile. Di recente, uno studioso ha infatti giustamente osservato che il brano richiamato, lungi dal voler precisare la questione del rapporto tra tutela cautelare e accertamento della giurisdizione, era invece diretto a confutare una ben specifica contestazione dell'Iran, in specie quella concernente l'impossibilità di sottoporre la controversia in questione alla giurisdizione internazionale in generale, in ragione dell'attinenza di quella controversia alla sfera del dominio riservato iraniano[24]. Oltre agli argomenti avanzati dallo studioso in questione a sostegno di questa diversa interpretazione del *dictum* in esame[25], un altro elemento sembra confermare che la Corte non abbia voluto intendere che la tutela cautelare possa essere apprestata a prescindere da qualsiasi accertamento sull'esistenza della *propria giurisdizione* in ordine alla controversia in esame. In effetti, dall'analisi dell'opinione dissidente dei giudici Winiarski e Badawi Pasha all'ordinanza cautelare nel caso in questione, si evince che l'organo ha emanato le misure cautelari dopo aver quanto meno

---

priori that a claim based on such a complaint [i.e. such as that of the United Kingdom] falls completely outside the scope of *international jurisdiction* in general" (*op. cit.*, p. 233).

[24] DANIELE, *op. cit.*, p. 26. In definitiva, secondo quest'autore, "il passaggio richiamato non mirava affatto ad affermare la competenza della Corte, ma a negare che la controversia rientrasse nel riservato dominio iraniano e non potesse perciò essere risolta dal giudice internazionale".

[25] Gli elementi che, secondo lo studioso in questione, confermano che la Corte non intendesse affrontare la questione del rapporto tra competenza cautelare e giurisdizione sono i seguenti: "la sequenza dei paragrafi dell'ordinanza; il fatto che la Corte, nel citato passaggio, si riferisca non alla propria competenza, ma in generale alla 'international jurisdiction', concetto in una certa misura contrapposto a quello di 'domestic jurisdiction' invocato dall'Iran; la circostanza che, fino ad allora, l'Iran non aveva sollevato alcuna eccezione specificamente diretta a contestare la competenza della Corte; infine il fatto che la Corte non abbia proceduto ad una verifica della propria competenza principale nemmeno nella successiva ordinanza sul caso *Interhandel*, nonostante l'espressa contestazione sollevata al riguardo dagli Stati Uniti" (v. *ibidem*, pp. 26-27).

Secondo MENDELSON, *op. cit.*, p. 271, il brano in questione "is authority for less than has commonly been supposed. It decides that the Court is not prevented from indicating interim measures merely because it has not yet decided on its jurisdiction...Contrary to what has subsequently been suggested, it is *not* authority for (or against) the proposition that interim

accertato di non essere manifestamente incompetente in ordine al caso di specie. I due giudici osservarono infatti:

"Il nous est difficile d'admettre le point de vue d'après lequel, si prima facie l'incompétence totale n'est pas évidente, donc s'il existe une possibilité, si faible soit-elle, de compétence pour la Cour, elle peut indiquer des mesures conservatoires. Cette méthode...paraît...partir de la présomption en faveur de la compétence de la Cour, ce qui ne s'accorde pas avec les principes du droit international"[26].

Il punto di vista a cui si fa riferimento nell'opinione dissidente non può essere che quello dei giudici di maggioranza. Se questa interpretazione è corretta, nel chiarire la propria posizione circa la possibilità di adottare provvedimenti cautelari in una situazione di incertezza circa la giurisdizione[27], i due giudici hanno cioè lasciato intendere che la Corte si era semplicemente limitata a valutare di non manifestamente sprovvista di un titolo di giurisdizione[28].

---

measures should only be withheld if the Court seems *a priori* manifestly without jurisdiction to proceed to the merits".

[26] *I.C.J. Reports 1951*, p. 97.

[27] Vale la pena riportare alcuni brani dell'opinione dissidente dei due giudici in questione, secondo i quali: "Le problème des mesures conservatoires est lié pour la Cour à celui de sa compétence: elle ne peut les indiquer que si elle admet, ne fût-ce que provisoirement, sa compétence pour connaître du fond de l'affaire.....On ne saurait assurément demander qu'en cas de contestation la Cour tranchât définitivement la question de sa compétence avant d'indiquer des mesures conservatoires; dans un cas pareil, la demande risquerait de devenir sans objet; mais la Cour doit apprécier sa compétence *comme raisonnablement probable*....En droit international c'est le consentement des parties qui confère juridiction à la Cour; la Cour n'a compétence que dans la mesure où sa juridiction a été accepté par les parties. Le pouvoir donné à la Cour par l'article 41 n'est pas inconditionnel; il lui est donné aux fins du procès, dans les limites du procès. Pas de compétence au fond, pas de compétence pour indiquer des mesures conservatoires.....la Cour ne doit indiquer de mesures conservatoires que si sa compétence, au cas où elle est contestée, lui paraît néanmoins raisonnablement probable. Cette appréciation doit être le résultat d'un examen sommaire; elle ne peut être que provisoire et ne peut préjuger la décision finale qui interviendra après un examen approfondi auquel la Cour procédera en statuant avec toutes les garanties qui lui imposent les règles de sa procédure" (*ibidem*, pp. 96-97, corsivo aggiunto).

[28] In dottrina, sostengono che nel caso *Anglo-Iranian Company* la Corte abbia utilizzato il criterio della non manifesta incompetenza FITZMAURICE, *op. cit.*, p. 111; DUBISSON, *op. cit.*, p. 226; COCATRE-ZILGIEN, *Les mesures conservatoires decidées cit.*, p. 34

Molti anni dopo il caso *Anglo-Iranian*, la Corte ha avuto occasione di effettuare ulteriori precisazioni circa la problematica oggetto di studio. Più precisamente, nelle ordinanze cautelari del 17 luglio 1972, concernenti i due casi relativi alle *Fisheries Jurisdiction*, la Corte ha osservato:

"..on a request for provisional measures the Court need not, before indicating them, finally satisfy itself that it has jurisdiction on the merits of the case; yet it ought not to act under Article 41 of the Statute *if the absence of jurisdiction on the merits is manifest*" (corsivo aggiunto).

Inoltre, la Corte ha rilevato che gli scambi di note tra il Governo islandese, da un lato, e i Governi britannico e tedesco, dall'altro, contenevano rispettivamente una disposizione che:

"...appear[ed], *prima facie*, to afford *a possible basis on which the jurisdiction* of the Court might be founded"[29] (corsivo aggiunto).

Nel primo brano richiamato, la Corte ha inteso precisare che l'esercizio della competenza cautelare è in qualche modo correlato all'accertamento circa la sussistenza della competenza di merito, nel senso che la tutela cautelare non può essere apprestata qualora si riscontri palesemente il difetto di giurisdizione in ordine al caso di specie.

La Corte non si è comunque limitata a questa osservazione; ad avviso dell'organo, infatti, occorre appurare che uno strumento internazionale, almeno *prima facie*, appaia idoneo a munire la Corte di un titolo di giurisdizione nel caso di specie. In altri termini,

---

[29] Ordinanza 17 luglio 1972, *Regno Unito* c. *Islanda*, *I.C.J. Reports 1972*, pp. 15-16; ordinanza 17 luglio 1972, *Repubblica federale tedesca* c. *Islanda*, *ibidem*, pp. 33-34.

si può apprestare la tutela cautelare avendo *prima facie* rilevato la sussistenza (beninteso, oltre che dei tradizionali presupposti della tutela cautelare) di un possibile titolo di giurisdizione nel caso di specie.

In tal modo, nei due casi relativi alle *Fisheries Jurisdiction*, per la prima volta la Corte ha assunto una posizione esplicita sulla questione del rapporto tra esercizio della competenza cautelare e competenza principale. L'indirizzo seguito si ispira chiaramente a quello tracciato dal giudice Lauterpacht in relazione al caso *Interhandel*. Conviene infatti ricordare che, in quella occasione, il giudice Lauterpacht osservò, tra l'altro, che:

"In deciding whether it is competent to assume jurisdiction with regard to a request made under Article 41 of the Statute the Court need not satisfy itself...that is competent with regard to the merits of the dispute....However, it is one thing to say that the action of the Court under Article 41 of the Statute does not in any way prejudge the question of its competence on the merits and the Court need not at this stage satisfy itself that it has jurisdiction on the merits or even that this jurisdiction is probable; it is another thing to affirm that the Court can act under article 41 without any regard to the prospects of its jurisdiction on the merits and that the latter question does not arise at all in connection with a request for interim measures of protection. Governments which are parties to the Statute or which have undertaken in some form other commitments relating to the obligatory jurisdiction of the Court have the right to expect that the Court will not act under Article 41 in cases in which absence of jurisdiction is manifest. ...Accordingly, the Court cannot, in relation to a request for indication of interim measures, disregard altogether the question of its competence on the merits"[30].

E in effetti, come si è avuto occasione di rilevare in precedenza, presumibilmente la Corte non ha mai inteso affermare che l'esercizio della competenza cautelare possa prescindere completamente da qualsiasi verifica sulla giurisdizione, quanto meno nella forma di verifica circa la non manifesta incompetenza. È quindi possibile che, sul punto,

---

[30] Opinione separata del giudice Lauterpacht all'ordinanza 24 ottobre 1957, *I.C.J. Reports 1957*, p. 118.

il giudice Lauterpacht abbia meramente chiarito un orientamento fino ad allora comunque seguito dall'organo. Ciò che il giudice Lauterpacht tuttavia ha ritenuto di dover sottolineare è che la non manifesta incompetenza non è sufficiente per l'esercizio della tutela cautelare. A suo avviso, infatti, la Corte:

"may properly act under the terms of Article 41 provided that there is in existence an instrument such as Declaration of Acceptance of the Optional Clause, emanating from the Parties to the dispute, which *prima facie confers jurisdiction upon the Court* and which incorporates *no reservations obviously excluding its jurisdiction*"[31] (corsivo aggiunto).

L'orientamento espresso dal giudice Lauterpacht in relazione al caso *Interhandel*, sotto questo profilo, pare essere stato sostanzialmente condiviso dalla Corte nei due casi concernenti la *Fisheries Jurisdiction*. Questo indirizzo si è peraltro consolidato nella giurisprudenza della Corte in materia cautelare; nelle motivazioni di ciascuna delle ordinanze con le quali l'organo ha apprestato una tutela interinale è infatti possibile rintracciare riferimenti all'esistenza di uno strumento internazionale che, *prima facie*, costituiva un valido titolo di competenza nel caso di specie[32]. È altrettanto vero che le formule utilizzate per indicare la necessità di rilevare un titolo siffatto evidenziano

---

[31] *Ibidem*.

[32] Ordinanze 22 giugno 1973, affare concernente i *Nuclear Tests*, *Australia* c. *Francia* e *Nuova Zelanda* c. *Francia*, *ICJ Reports 1973*, rispettivamente par. 13, p. 101 e par. 14, p. 137; ordinanza 15 dicembre 1979, affare concernente *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, *Stati Uniti* c. *Iran*, *ICJ Reports 1979*, par. 15, p. 13; ordinanza 10 maggio 1984, affare concernente *Miliatry and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, *Nicaragua* c. *Stati Uniti*, *ICJ Reports 1984*, par. 24, p. 179; ordinanza 2 marzo 1990, affare concernente *The Arbitral Award of 31 July 1989*, *Guinea-Bissau* c. *Senegal*, *ICJ Reports 1990*, par. 20, p. 68; ordinanza 8 aprile 1993, affare concernente l'*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, *Bosnia-Herzegovina* c. *Iugoslavia*, *ICJ Reports 1993*, par. 14, p. 11; ordinanza 15 marzo 1996, affare concernente *La frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, *Cameroun* c. *Nigeria*, par. 30.

talune differenze, sulla base delle quali la dottrina ha individuato un oscillamento della Corte circa il grado di convincimento da raggiungere affinchè possa rilevarsi *prima facie* la sussistenza di un titolo di giurisdizione. Ma a prescindere da queste differenziazioni, rimane il fatto che la Corte subordina l'accoglimento di un'istanza cautelare all'indicazione, da parte dello Stato richiedente, di uno strumento pattizio sul quale è possibile che venga a instaurarsi il giudizio principale[33].

Analogamente alla Corte internazionale di giustizia, anche il Tribunale dei Reclami Iran Stati Uniti ha gradualmente precisato il proprio orientamento circa i rapporti tra esercizio della competenza cautelare e giudizio principale. Sin dai primi anni di attività, questo Tribunale è stato richiesto di adottare provvedimenti cautelari in relazione a controversie rispetto alle quali la parte convenuta eccepiva il difetto di *giurisdizione*. L'indirizzo seguito nei primi casi in cui si è presentata questa situazione non è del tutto chiaro, in quanto l'organo si è semplicemente limitato ad accogliere l'istanza cautelare, senza effettuare alcuna considerazione circa l'eccezione di giurisdizione. Dall'analisi del dispositivo di talune decisioni in materia cautelare emerge comunque, piuttosto chiaramente, che il Tribunale presupponeva che non fosse necessario un giudizio

---

[33]Uno studioso ha osservato che, a partire dalle ordinanze sul caso della *Fisheries Jurisdiction*, la verifica circa la sussistenza della propria giurisdizione è stata effettuata dalla Corte secondo un ragionamento che muove da "una premessa maggiore, un'affermazione di carattere generale, in cui vengono definiti in astratto...i limiti dell'indagine che la Corte deve effettuare nel corso di un procedimento del tipo esaminato". Ebbene, questo studioso - dopo aver analizzato le diverse formulazioni di carattere generali contenute nelle ordinanze cautelari successive al caso della *Fisheries Jurisdiction* - sostiene che "l'importanza delle varie formule utilizzate dalla Corte nella prima fase del ragionamento sillogistico da essa svolto in questi casi non va però sopravvalutata. Da esse, infatti, non si ricavano sufficienti indicazioni per stabilire in anticipo come la Corte si orienterà nelle singole fattispecie. Tali formule sanciscono soltanto che la verifica della competenza principale non deve, in sede di indicazione di misure cautelari, assumere un carattere definitivo e può limitarsi invece all'accertamento di una semplice "competenza possibile" (DANIELE, *op. cit.*, pp. 30-35).

positivo (definitivo) sulla giurisdizione ai fini dell'indicazione di provvedimenti cautelari. In queste decisioni, l'organo ha infatti stabilito espressamente che i provvedimenti cautelari in questione venivano adottati "pending the Tribunal's determination concerning its jurisdiction"[34]. Vi è inoltre un caso in cui l'organo ha ritenuto di dover motivare il proprio orientamento, precisando che la misura cautelare in concreto richiesta poteva essere emanata, anche se il Tribunale non aveva deciso in merito alla questione di giurisdizione eccepita nel caso di specie[35].

I primi segnali di un mutamento di indirizzo, o quanto meno, della elaborazione di un orientamento più articolato sulla problematica in esame, si rileva nella decisione in materia cautelare emanata nel caso *RCA Global Communication, Inc.* c. *Iran*. In questo caso, il Tribunale ha per la pima volta affermato che, ai fini dell'emanazione di misure interinali, è necessaria un'indagine, sia pure sommaria, sulla giurisdizione. Nel motivare l'adozione di misure cautelari nel caso di specie, il Tribunale ha infatti precisato:

"...it *would appear* that the Tribunal has jurisdiction over RCA Globcom Disc's claim in the istant case"[36] (corsivo aggiunto).

---

[34] *E-Systems, Inc.* c. *Iran*, ITM 13-388-FT, 4 febbraio 1983, in *Iran-U.S. C.T.R.*, vol. 2, p. 51 ss.; *Questech, Inc.* c. *Iran*, ITM 15-59-1, 1 marzo 1983, *ibidem*, p. 96 ss.; *Touche Ross* c. *Iran*, ITM 22-480-1, 13 giugno 1983, *ibidem*, vol. 3, p. 59 ss.; *Ford Aerospace* c. *The Air Force of Iran*, 20 October 1983, ITM 28-159-3, *ibidem*, vol. 3, p. 384 ss.

[35] *Ford Aerospace* c. *Iran*, ITM 16-93-2, 27 aprile 1983, *ibidem*, vol. 2, p. 282.

[36] *RCA Global Communication, Inc.* c. *Iran*, ITM 29-160-1, 31 Ottobre 1983, *ibidem*, vol. 4, p. 7.

Si deve osservare che nei casi *A-4 e A-15 (Iran c. Stati Uniti)*, il Tribunale pare aver sostenuto che l'accertamento sommario sull'esistenza di giurisdizione non costutituisce un presupposto indispensabile per l'adozione di provvedimenti cautelari. Nell'ordinanza 18 gennaio 1984, *ibidem*, vol. 5, anzitutto l'organo ha evidenziato che il potere di apprestare una tutela interinale presuppone che: "irreparable prejudice should not be caused to rights which are the subjet of dispute in judicial proceedings, and no exercise of this power is required if the alleged breach by one of the parties of the rights claimed by the other party is one of that is capable of reparation by appropriate means". Quanto alla possibilità di esercitare il potere cautelare in una situazione di incertezza sulla giurisdizione, l'organo ha precisato: "...the prospects of the Tribunal's jurisdiction is *normally one of the circumstances* the Tribunal *may*

Dalla giurisprudenza successiva, emerge con chiarezza che il Tribunale ha esercitato la tutela cautelare dopo aver rilevato non solo l'esistenza dei presupposti tradizionali di questa tutela, ma anche di essere *prima facie* provvisto di giurisdizione in ordine al reclamo in questione. Questo orientamento, dopo le prime incertezze iniziali, è stato affermato chiaramente con l'*interim award* del 4 giugno 1984, nel caso *Ford Aerospace and AOSI* c. *The Air Force of Iran*. (controllare: vol. 5 Technology Enterprise p. 118). La Terza Camera del Tribunale ebbe infatti a precisare che, ai fini del'esercizio della tutela cautelare, occorre stabilire se:

"the provisions invoked by the Claimants appear, *prima facie*, to afford a basis on which the jurisdiction of the Tribunal might be founded"[37].

---

take into account in deciding whether to grant the interim measures requested"(corsivo aggiunto). Tuttavia, poichè - ad avviso del Tribunale - nel caso di specie non sussisteva il rischio che, in pendenza di giudizio, potesse verificarsi un pregiudizio irreparabile alla situazione giuridica vantata dall'attore, l'organo ha rilevato che: "in the present istance, other circumstances....make it unnecessary to reach any determination as to the prospects of the Tribunal's jurisdiction, even on a *prima facie* basis"[36](corsivo aggiunto).

Nel caso di specie, il tribunale rifiutò quindi di accogliere l'istanza cautelare presentata dall'Iran, e ciò per l'assenza di uno dei tradizionali presupposti tipici che soggiacciono all'esercizio della competenza cautelare. L'organo ha comunque avuto occasione di chiarire il proprio orientamento sulla questione dei rapporti tra tutela cautelare e giudizio principale sotto due profili. Anzitutto, sembra che qualora non si rilevino i presupposti tipici per l'emanazione di provvedimenti cautelari, nella fase cautelare risulti superflua qualsiasi indagine circa l'esistenza della giurisdizione dell'organo sul caso di specie. In definitiva, ciò significa che, secondo il Tribunale, una sia pur sommaria valutazione circa la questione di giurisdizione deve essere effettuata solo dopo che sia stata valutata la necessità di una tutela interinale. In secondo luogo, nel brano citato, il Tribunale ha chiaramente lasciato intendere che l'emanazione di provvedimenti cautelari può presupporre un'indagine sulla giurisdizione dell'organo nel caso di specie. Non si deve comunque trattare di una decisione definitiva, potendo l'organo internazionale limitarsi a raggiungere una valutazione positiva circa l'esistenza *prima facie* della propria giurisdizione in quel caso.

[37] *Ford Aerospace and AOSI* c. *The Air Force of Iran*, ITM 39-159-3, 4 giugno 1984, *ibidem*, vol. 6, p. 108. nell'effettuare tale precisazione, la Camera ha effettuato un riferimento all'orientamento seguito dalla Corte internazionale di giustizia con l'ordinanza cautelare 10 maggio 1984, nel caso *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*.

La Prima Camera ha seguito lo stesso orientamento con l'*interim award* del 7 giugno 1984, nel caso *Bendone-Derossi International* c. *Iran*, assumendo anzi una posizione ancora più esplicita. La Camera ha infatti osservato:

"In an appropriate case, an international tribunal will grant interim measures of protection before determining its jurisdiction over the merits of the claim, provided that it is satisfied that there is, at least, a *prima facie* showing that it has jurisdiction over the substantive claim"[38].

Nel caso di specie, peraltro, la Camera ha ritenuto di non essere

"at present satisfied that it appears, *prima facie*, that there exists a basis on which it can exercise jurisdiction over the present claim"

e ha, conseguentemente, respinto l'istanza cautelare presentata dal Governo iraniano (convenuto).

Conviene puntualizzare che, dall'esame dell'*interim award* in questione, non è possibile stabilire se la Camera ritenesse sussistenti o meno i presupposti tipici della tutela cautelare (*fumus boni iuris* e pericolo imminente di un pregiudizio irreparabile alle situazioni giuridiche dedotte in giudizio), o se invece - seguendo un orientamento difforme da quello manifestatosi nei *casi A-4 e A-15* (*Iran* c. *Stati Uniti*) - si è preoccupata di effettuare una prima sommaria valutazione sulla giurisdizione, subordinando l'accertamento degli altri presupposti della tutela cautelare ad un

---

[38] *Bendone-Derossi International* c. *Iran*, ITM 40-375-1, 7 giugno 1984, *ibidem*, p. 131.

eventuale giudizio positivo sull'apparente esistenza della propria giurisdizione nel caso di specie[39].

Ciò che importa evidenziare è che, a partire dagli *interim awards* in materia cautelare nei casi *Ford Aerospace and AOSI* c. *The Air Foce of Iran* e *Bendoni-Derossi International* c. *Iran*, il Tribunale ha consolidato il proprio orientamento circa la necessità di un accertamento *prima facie* sulla giurisdizione ai fini dell'emanazione di provvedimenti cautelari[40].

Come si è avuto occasione di precisare all'inzio di questo paragrafo, la questione dell'esercizio del potere cautelare in situazione di incertezza sulla giurisdizione assume un'importanza che si può definire *residuale* in relazione a organi di giustizia marcatamente "giurisdizionalizzati", quali la Corte interamericana dei diritti dell'uomo e gli organi di garanzia dei diritti dell'uomo di Strasburgo[41]. La ragione è semplice, e v

---

[39] Si può rilevare che, nella propria opinione concorrente, il giudice Holtzmann ha osservato che il Tribunale era apparentemente munito di giurisdione, ma che nel caso di specie ostava all'indicazione di misure cautelari il disposto dell'art. 26, par. 3, delle Regole di procedura, ai sensi del quale: "A request for interim measures addressed by any party to a judicial authority shall not be deemed incompatible with the agreement to arbitrate, or as a waiver of that agreement". Inoltre, secondo il giudice Holtzmann, il Governo iraniano non aveva dimostrato l'urgenza dell'intervento cautelare richiesto (v. *ibidem*, pp. 139-140).

[40] *Component Builders, Inc.* c. *Iran*, ordinanza 10 gennaio 1985, *ibidem*, vol. 8, p. 4; *Behring International*, ITM 46-382-3, *ibidem*, p. 45; *Aeronutronic Overseas Services, Inc.* c. *Iran*, *ibidem*, p. 77; *United States (Linen, Fortinberry & Associates* c. *Iran)*, ITM 48-10513-2, 10 aprile 1985, *ibidem*, p. 87; *Component Builders, INC.* c. *Iran*, ITM/ITL 51-395-3, 27 maggio 1985, *ibidem*, p. 221 ss.; *United States (Tadjer-Cohen* c. *Iran)*, ITM 56-12118-3, 11 novembre 1985, *ibidem*, vol. 8, p. 304.

[41] Lo stesso può dirsi, naturalmente, per la Corte di Giustizia delle Comunità europee.

In questo studio si prende in considerazione la giurisprudenza in materia cautelare della Commissione europea dei diritti dell'uomo, e non anche della Commissione inter-americana dei diritti dell'uomo, in ragione del diverso funzionamento del sistema di tutela di Strasburgo rispetto a quello istituito dalla Convenzione di San José. Conviene infatti precisare, anzitutto, che - a differenza della Corte interamericana - la Corte europea non è autorizzata ad apprestare una tutela interinale in relazione a casi non ancora sottoposti al suo esame, e pendenti innanzi alla Commissione. Ciò comporta, come si è già puntualizzato, che per il particolare funzionamento del procedimento di garanzia di Strasburgo, la Commissione è l'organo che per primo ha occasione di valutare la necessità di apprestare o meno una tutela interinale. Per

individuata nella circostanza che (a differenza di quanto avviene per la Corte internazionale di giustizia) gli strumenti di accettazione della giurisdizione obbligatoria di quegli organi delimitano con sufficiente chiarezza i limiti entro i quali gli Stati hanno acconsentito all'esercizio dell'attività giurisdizionale degli organi stessi. L'analisi della prassi in materia cautelare di questi organi evidenzia in effetti che, almeno a quanto risulta dalle informazioni disponibili, in nessun caso è sorto il problema dell'esercizio della competenza cautelare in una situazione di incertezza quanto alla giurisdizione dell'organo[42]. Sarebbe pertanto vano cercare di rintracciare nella giurisprudenza di questi organi un'esplicita presa di posizione sulla problematica in questione[43].

Nondimeno si deve osservare che, dall'esame della giurisprudenza di alcuni degli organi in considerazione, l'individuazione di un titolo di giurisdizione rispetto alla controversia sottoposta al giudice costituisce comunque uno dei presupposti dell'emanazione di provvedimenti cautelari. In proposito, si può ad esempio osservare che la Corte interamericana dei diritti dell'uomo ed il suo Presidente, nel motivare le ragioni dell'emanazione di ordinanze cautelari, si sono frequentemente riferiti alla

---

verificare se, e in che modo, si è posto il problema del rapporto tra tutela cautelare e accertamento dei presupposti per l'instaurazione del giudizio principale non si può pertanto prescindere dall'esame della giurisprudenza della Commissione.

[42]Nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee è possibile rintracciare casi in cui vi era stata un contestazione della giurisdizione e, contestualmente, una richiesta di misure cautelari. La Corte ha tuttavia risolto preliminarmente, e in via definita, la questione di giurisdizione, e conseguentemente apprestato (o rifiutato) la tutela cautelare (v. ordinanza 4 dicembre 1957, affare *Nold.*; ordinanza 20 ottobre 1959, affare *Lachmüller*.

[43] Per quanto riguarda la Corte di giustizia delle Comunità europee, conviene osservare che nell'ordinanza 5 agosto 1983, affare *Muratori*, l'organo ha assunto una posizione al riguardo. In questo caso, erano state sollevate alcune eccezioni preliminari, tra cui una concernente il difetto di giurisdizione della Corte. In proposito la Corte ha osservato che la soluzione delle eccezioni in questione costituiva "le préliminaire nécessaire" ai fini dell'esame delle condizioni per l'esercizio del potere cautelare, e che non era comunque possibile "échapper à la nécessité di risolvere provvisioriamente i diversi problemi sollevati".

circostanza che lo Stato accusato di una violazione dei diritti garantiti dalla Convenzione aveva accettato la giurisdizione obbligatoria della Corte, ai sensi dell'art. 62 della Convenzione[44]. Ciò evidenzia con sufficiente chiarezza che, nell'ambito del sistema interamericano dei diritti dell'uomo, un accertamento circa la giurisdizione della Corte nel caso di specie costituisce un *presupposto generale* ai fini dell'indicazione dei provvedimenti cautelari.

2.2 Esame degli orientamenti giurisprudenziali circa il rapporto tra esercizio del potere cautelare e accertamento della ricevibilità della domanda principale

Conviene a questo punto ricordare che l'analisi svolta finora si è limitata alle ipotesi concernenti l'incertezza circa la giurisdizione. Si può ora passare ad esaminare la questione dell'esercizio della tutela cautelare in presenza di contestazioni circa l'esistenza delle condizioni sostanziali di ricevibilità della domanda principale.

---

[44] Ordinanza del Presidente della Corte 5 giugno 1990, affare *Bustios-Rojas* (Perù), in *OAS/Ser.L/V/III.23, Doc. 12*, p. 28; ordinanze della Corte 8 agosto 1990 e 17 gennaio 1991 in relazione allo stesso affare, rispettivamente *ibidem*, p. 34, e *OEA/Ser.L/V/III.25, doc. 7*, p. 45; ordinanza del Presidente 15 luglio 1991, affare *Chunima* (Guatemala), *ibidem*, p. 51; ordinanza del Presidente 14 dicembre 1992, affare *Chipoco* (Perù), *OEA/Ser.L/V/III.27, doc. 10*, p. 103; ordinanza del Presidente 14 dicembre 1992, affare *Peruvian Prisons* (Perù), *ibidem*, p...(da notare che con queste due ultime ordinanze il Presidente rifiutò l'emanazione di provvedimenti cautelari); ordinanza del Presidente 19 novembre 1993, affare *Reggiardo-Tolosa* (Argentina), *ibidem*, p. 101; ordinanze della Corte 22 giugno 1994 e 1 dicembre 1994, affare *Colotenango* (Guatemala), *OAS/Ser.L/V/III.31 Doc. 9*. Si può osservare che in talune occasioni, anche la Commissione, nel presentare una richiesta cautelare alla Corte, ha ritenuto opportuno sottolineare che lo Stato convenuto aveva accettato la giurisdizione obbligatoria della Corte (istanza cautelare 16 maggio 1990, affare *Bustios -Rojas, OAS/Ser.L/V/III.23 Doc. 12*, p. 25; istanza cautelare 23 giugno 1991, affare *Reggiardo-Tolosa, OEA/Ser.L/V/III.29 Doc. 4*, p. 98; istanza cautelare 17 giugno 1994, affare *Colotenango, OAS/Ser.L/V/III.31 Doc. 9*, p. 69).

In proposito si è già avuto modo di osservare che tale problematica si pone di frequente di fronte a organi, quali la Corte interamericana dei diritti dell'uomo e gli organi di garanzia dei diritti dell'uomo di Strasburgo, che operano in un ordinamento giuridico omogeneo e che sono stati istituiti proprio al fine di garantire l'applicazione giudiziaria di quell'ordinamento. Dall'esame della pratica, emerge che questi organi - se normalmente apprestano una tutela interinale in una situazione di *certezza* sulla giurisdizione - nella gran parte dei casi adottano provvedimenti cautelari prima di aver deciso in merito alle questioni di *ricevibilità materiale* del ricorso principale[45]. L'analisi della giurisprudenza di questi organi non consente tuttavia di stabilire se la tutela cautelare venga apprestata prescindendo o meno del tutto da valutazione preliminare circa tali questioni. In nessun caso, infatti, risulta che uno di questi organi abbia avuto occasione di precisare se, prima dell'adozione di provvedimenti cautelari, non sia necessario esaminare l'esistenza delle condizioni di ricevibilità, oppure se si debba quanto meno verificare che il ricorso principale non sia manifestamente irricevibile, o infine se tale ricorso debba invece risultare ricevibile *prima facie*. Non pare comunque azzardato affermare che ben difficilmente gli organi in questione subordinano l'adozione di provvedimenti cautelari all'accertamento della ricevibilità *prima facie*

---

[45] Si deve osservare che, per fare riferimento a un organo che ha cessato di esercitare le proprie funzioni, nella giurisprudenza della Commissione arbitrale sulla proprietà, i beni e gli interessi in Germania è possibile rintracciare un caso in cui l'organo ha espressamente stabilito che: "The Commission deems it appropriate to decide the question of interim protection although an objection on the admissibility of the appeal has been raised and no decision has yet been reached" (v. ordinanza della Terza Camera del 30 settembre 1958, caso n. 24, *Hermann* c. *Repubblica federale tedesca*, in *Decision of the Arbitral Commission on Property, Rights and Interests in Germany*, vol. II, p. 181).

Si può osservare che anche il Comitato per i diritti dell'uomo ha sviluppato una prassi secondo la quale vengono adottati provvedimenti cautelari prima della decisione sulla ricevibilità del ricorso (in proposito v. McGOLDRICK, *The Human Rights Committee. Its Role*

della domanda principale. Infatti, nella maggioranza dei casi, questi organi apprestano una tutela cautelare in relazione a ricorsi successivamente dichiarati irricevibili, il che farebbe piuttosto pensare ad accertamento quanto alla non manifesta irricevibilità del ricorso principale[46].

Qualche elemento in più concernente la questione in esame emerge dall'esame della giurusprudenza della Corte internazionale di Giustizia. Anche la Corte si è orientata nel senso della possibilità di adottare provvedimenti cautelari prima della decisione circa le questioni di irricevibilità della domanda principale[47]. A differenza degli organi di giustizia sopra richiamati, la Corte ha invece avuto l'opportunità di chiarire che, prima di adottare provvedimenti cautelari, si impone comunque la necessità di effettuare una qualche valutazione preliminare rispetto a tali questioni.

---

in the Development of the Intrernational Covenant on Civil and Political Rights, Oxford, 1994, p. 131)

[46] V. *supra*, p..... nota ...

[47] Già nell'ordinanza 11 maggio 1993, nel caso relativo al *Prince von Pless*, e nell'ordinanza 29 luglio 1993, nel caso concernente *The Polish Agrarian Reform*, la Corte aveva utilizzato una formula "di non pregiudizio", precisando che le determinazioni effettuate in sede cautelare non pregiudicavano in alcun modo non sole le questioni circa l'esistenza di un titolo di giurisdizione, ma anche quelle concernenti la ricevibilità della domanda principale. Per la prima ordinanza citata, v. *PCIJ*, Ser. A/B, No. 54, p. 153, ove la Corte afferma che: "the present Order *must in no way prejudice* either the question of the Court's jurisdiction to adjudicate upon the German Government's Application...or that of *the admissibility of that Application*" (corsivo aggiunto); per la seconda ordinanza, v. *ibidem*, N. 58, p. 179, ove la Corte respinge l'istanza cautelare "*without in any way prejudging* the question of its own jurisdiction to adjudicate upon the German's Government Application instituting proceedings, or *the admissibility of that Application*" (corsivo aggiunto). In questi due casi, come si è avuto occasione di rilevare *supra*, la Corte non adottò comunque provvedimenti cautelari. Per quanto riguarda casi in cui la Corte ha utilizzato una formula di non pregiudizio sulla ricevibilità del ricorso principale e al contempo ha adottato provvedimenti cautelari, v. le ordinanze relative ai *Nuclear Test* cit., par. 32, p. 105 (per la causa intentata dall'Australia) e par. 34, p. 142 (per la causa intentata dalla Nuova Zelanda); ordinanza 8 aprile 1993 relativa all'affare concernente *The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide cit.*, par. 51, p. 23; ordinanza cautelare relativa alls *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria cit.*, par. 44.

L'organo si è pronunciato per la prima volta sul punto nel caso relativo ai *Nuclear Tests*. In quella occasione, il Governo convenuto (la Francia, che tuttavia rifiutò di comparire innanzi alla Corte) effettuò contestazioni concernenti non solo la giurisdizione dell'organo, ma anche la ricevibilità della domanda principale. Più precisamente, da un lato, il Governo francese rilevò il difetto di un interesse a agire giuridicamente rilevante da parte della Nuova Zelanda e dell'Australia; dall'altro, esso sostenne che l'ordinamento internazionale non riconosceva e tutelava i diritti vantati dai due Governi ricorrenti, e pertanto affermava che quei diritti non potevano costituire oggetto di controversia da sottoporre al giudizio della Corte. In proposito, la Corte osservò preliminarmente:

"...the Court in the present case cannot exercise its power to indicate interim measures of protection unless the rights claimed in the Application, *prima facie*, appear to fall within the purview of the Court's jurisdiction"[48].

Circa le pretese avanzate nella domanda principale, la Corte precisò:

"..*it cannot be assumed a priori* that such claims fall completely outside the purview of the Court's jurisdiction, or that *the Government of Australia may not be able to establish a legal interest in respect of these claims entitling the Court to admit the Application*"[49] (corsivo aggiunto).

Dall'ultimo brano citato, emerge che la Corte ha seguito un indirizzo più liberale in tema di accertamento preliminare circa la ricevibilità della domanda principale di quello

---

[48] Ordinanza 22 luglio 1973 (*Australia* c. *Francia*), *I.C.J. Reports 1973*, par. 21, p. 103.
[49] *Ibidem*, par. 23.

Dall'ultimo brano citato, emerge che la Corte ha seguito un indirizzo più liberale in tema di accertamento preliminare circa la ricevibilità della domanda principale di quello seguito in ordine alle contestazioni circa la giurisdizione. In questo brano, effettuando un ragionamento *a contrario,* la Corte ha infatti formulato una *presunzione a favore della ricevibilità* della domanda principale: ciò sembra implicare che, ai fini dell'esercizio del potere cautelare, l'organo deve limitarsi a verificare che la domanda principale non sia manifestamente irricevibile, piuttosto che raggiungere un giudizio *positivo* circa l'apparente ricevibilità materiale di quella domanda.

Di recente, questo indirizzo pare aver subito un ulteriore consolidamento nel caso concernente *La frontiére terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria.* Il Governo nigeriano si opponeva alla istanza cautelare presentata dal Camerun sostenendo, da un lato, che non sussisteva, nemmeno *prima facie*, un titolo di giurisdizione della Corte in ordine al ricorso principale; dall'altro, che tale ricorso era non solo irricevibile, ma nemmeno appariva essere ricevibile *prima facie*. Su quest'ultimo punto, in particolare, il Governo nigeriano ritenne di dover osservare:

"If, on a preliminary consideration, there is no appearance that the case is prima facie admissible, then the Court ought not to indicate provisional measures, any more than it should do so if there is no appearance that the Court possesses jurisdiction" [50].

La Corte, inspiegabilmente, non ha voluto assumere una posizione espressa sul punto, ma ha tuttavia osservato che - nel caso di specie - non poteva dirsi che il ricorso principale avanzato dal Governo del Cameroon fosse, ad un primo esame, irricevibile.

---

[50] Esposto orale del prof. Crawford del 6 marzo 1996, *International Court of Justice, CR 96/3* (mimeo).

Nelle motivazioni all'ordinanza 15 marzo 1996 relativa al caso in questione si legge infatti:

" ...sans se prononcer sur la question de savoir si, en présence d'une demande en indication de mesures conservatoires, la Cour doit, avant de décider d'indiquer ou non de telles mesures, s'assurer que la requête *est prima facie recevable*, elle est d'avis qu'en l'espèce la requête consolidée du Cameroun *n'apparaît pas prima facie irrecevable au regard des exceptions préliminaires soulevées par le Nigéria*"[51] (corsivo aggiunto).

Questo brano, a ben vedere, si presta a due possibili interpretazioni. Secondo una prima lettura, la circostanza che la Corte abbia precisato di non voler stabilire (in via generale) se la domanda principale debba risultare ricevibile *prima facie*, e però abbia rilevato che (nel caso di specie) il ricorso presentato dal Camerun non appariva irricevibile *prima facie*, lascia intendere che comunque le argomentazioni avanzate dalla Nigeria potevano ritenersi superate; ciò perchè quel ricorso superava il *test* della ricevibilità che, secondo il Governo nigeriano, doveva presiedere all'indicazione di provvedimenti cautelari. Un'altra interpretazione muove invece dalla constatazione che la Corte ha osservato che il ricorso presentato dal Camerun non appariva irricevibile *prima facie*, e non già che questo ricorso appariva *prima facie* ricevibile. La formulazione negativa utilizzata dalla Corte sembra in effetti suggerire che ciò che conta, ai fini dell'indicazione di provvedimenti cautelari, è che *il ricorso principale non risulti manifestamente irricevibile*; ciò evidentemente costituisce un requisito più

[51] Ordinanza 15 marzo 1996, par. 33.

liberale ai fini dell'indicazione di provvedimenti cautelari rispetto a quello rappresentato dalla ricevibilità *prima facie* della domanda principale[52].

Sarebbe auspicabile che la Corte fornisse chiarimenti su questa problematica, e cioè precisasse se l'esame circa la ricevibilità del ricorso principale debba condurre a un giudizio positivo circa la ricevibilità *prima facie* della domanda principale (e dunque debba seguirsi lo stesso criterio utilizzato circa la giurisdizione), o se invece l'organo debba limitarsi a rifiutare l'indicazione di misure cautelari in presenza di un ricorso principale palesemente irricevibile. Il rifiuto della Corte di assumere una presa di posizione a tale proposito lascia chiaramente intravedere l'esistenza di una notevole divergenza di opinioni tra i giudici dell'organo.

3. La prassi degli Stati sulla questione dell'adozione di provvedimenti cautelari in situazione di incertezza sul futuro svolgimento del giudizio principale

Dall'esame della prassi sulla problematica in esame emerge senz'altro il convincimento degli Stati circa la legittimità degli indirizzi seguiti dalla giurisprudenza. Ciò sotto un duplice profilo: da un lato, risulta infatti che gli Stati considerano possibile che l'organo appresti una tutela cautelare prima che siano state definitivamente risolte le

---

[52] Se si segue quest'ultima interpretazione, la circostanza che la Corte, da un lato, abbia dichiarato (all'inzio del paragrafo citato) di non voler pronunciarsi sulla questione (posta dal Governo convenuto) dell'accertamento *prima facie* della ricevibilità della domanda, e, dall'altro, abbia di fatto stabilito, nel caso di specie, che ai fini dell'indicazione dei provvedimenti cautelari era sufficiente accertare che il ricorso principale non apparisse *prima facie* irricevibile deve quindi spiegarsi in virtù del principio dell'economia del giudizio. Questo principio comporta che l'organo non si pronunci su questioni non necessarie ai fini del giudizio.

questioni concernenti l'esistenza di un titolo di giurisdizione o la ricevibilità del ricorso principale; dall'altra parte, si può rilevare che gli Stati considerano comunque necessario che l'organo effettui una valutazione preliminare in ordine a siffatte questioni. A tale ultimo proposito, si deve però osservare che, soprattutto per quanto concerne l'incertezza circa la ricevibilità del ricorso principale, non è sempre possibile discernere con chiarezza quale sia l'opinione degli Stati circa il grado di approfondimento con cui deve essere effettuata la valutazione in questione.

Circa il primo aspetto, si può osservare che non risulta che alcuno Stato colpito da un provvedimento cautelare abbia contestato la legittimità di tale provvedimento argomentando che quest'ultimo era stato emanato in una situazione di incertezza circa l'esistenza della giurisdizione dell'organo o della ricevibilità della domanda principale. Non risulta nemmeno che alcuno Stato abbia mai espressamente sostenuto che il potere cautelare possa essere esercitato solo dopo che l'organo abbia definitivamente risolto le questioni circa l'esistenza dei presupposti per l'instaurazione del giudizio principale. In effetti, gli Stati nei cui confronti sono stati adottati provvedimenti cautelari, quando hanno ritenuto di dover contestare la legittimità dell'adozione di questi provvedimenti, hanno piuttosto rilevato il difetto di giurisdizione dell'organo o l'irricevibilità del ricorso principale: il che, evidentemente, è cosa ben diversa dal sostenere che un provvedimento è illegittimo perché adottato in situazione di incertezza circa la sussitenza di giurisdizione e la ricevibilità.

Un altro elemento che conferma la opinione degli Stati circa la possibilità che la tutela cautelare venga apprestata prima delle decisione sulla giurisdizione e sulla ricevibilità del ricorso principale è di recente emerso nel caso dell'*Application of the*

Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide di fronte alla Corte internazionale di Giustizia. Il Governo Iugoslavo, convenuto innanzi alla Corte dalla Bosnia-Herzegovina, aveva sollevato un'eccezione preliminare di incompetenza, così contestando (*inter alia*) il potere dell'organo di apprestare una tutela interinale. Il Governo iugoslavo ha mantenuto questa posizione anche in relazione alla seconda richiesta di misure cautelari avanzata dalla Bosnia-Herzegovina, in una fase in cui l'eccezione di incompetenza risultava ancora essere *sub iudice*. Ebbene, pare interessante osservare che, piuttosto sorprendentemente, sia in occasione della prima che della seconda richiesta di provvedimenti cautelari da parte della Bosnia-Herzegovina, il Governo iugoslavo ha ritenuto di dover a sua volta richiedere l'adozione di provvedimenti cautelari nei confronti della Bosnia-Herzegovina[53]. Questo atteggiamento, che altrimenti potrebbe apparire schizofrenico, può avere una propria giustificazione *solo* se si ammette che, ad avviso dello Stato convenuto, la Corte poteva apprestare provvedimenti cautelari prima di una determinazione definitiva circa l'esistenza di un titolo di giurisdizione, esistenza peraltro contestata da quello stesso Stato[54].

---

[53]Per la richiesta di provvedimenti cautelari da parte della Iugoslavia in occasione della prima richiesta di provvedimenti cautelari da parte della Bosnia-Herzegovina v. *ICJ Reports 1993*, par. 9, p. 9; per la richiesta di provvedimenti cautelari da parte della Iugoslavia in occasione della seconda richiesta di provvedimenti cautelari *ibidem*, p. 334, par. 12. A quest'ultimo proposito, v. i processi verbali dell'udienza della Corte tenutasi in data 26 agosto 1993, *CR 93/35* (mimeo),pp. 35-35, ove la Repubblica federale di Iugoslavia, *inter alia* richiede alla Corte: "to reject all Provisional measures requested by the Applicant State because the Court has no jurisdiction to indicate them" e, al contempo, richiede alla Corte: "to indicate the following interim measure: The government of the so-called republic of Bosnia-Herzegovina should immediately, in pursuance of its obligation under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 9 December 1948,take all measures within its power to prevent the commission of the crime of genocide".

[54] Si può osservare che, nel caso concernente *La frontière terrestre et maritime*, la Nigeria (convenuto) aveva contestato l'esistenza di un titolo di giurisdizione della Corte e la ricevibilità

Per quanto concerne il secondo aspetto, non sembrano esservi dubbi circa il convincimento degli Stati in ordine alla necessità di un accertamento preliminare e provvisorio sull'esistenza dei presupposti per l'instaurazione del procedimento principale[55]. In questo senso si sono in effetti pronunciati, più o meno espressamente, sia gli Stati che hanno richiesto provvedimenti cautelari, sia gli Stati nei confronti dei quali questi provvedimenti sono stati richiesti.

---

della domanda principale, così opponendosi alla richiesta di misure cautelari da parte del Camerun. Ciononostante, in una comunicazione scritta alla Corte, datata 16 febbraio 1996, il Governo nigeriano (protestando per l'organizzazione, da parte del Cameroon, di elezioni nell'ambito del territorio oggetto di controversia) invitò l'organo "to note this protest and call the Government of Cameroon to order...", aggiungendo che: "the Government of Camerrom should be warned to desist from further harassment of Nigerian citizans in the Bakassi Peninsula until the final determination of the case pending at the International Court of Justice". Nei limiti in questa lettera può essere considerata come una "domanda riconvenzionale" di provvedimenti cautelari, valgono *mutatis mutandis* le considerazioni svolte nel testo a proposito del Governo iugoslavo. È però necessario evidenziare che il giudice Guillame domandò al rappresentante del Governo nigeriano se, mediante la lettera in questione, il Governo intendeva appunto presentare alla Corte un "counter-claim for provisional measures" La risposta a tale quesito è stata negativa (v. processi verbale dell'udienza del 6 marzo 1996, *CR 96/3*, mimeo, p. 72; processi verbali dell'udienza dell'8 marzo 1996, *CR 96/4*, p. 109). Per i brani della comunicazione scritta della Nigeria v. ordinanza 15 marzo 1996, par. 23.

[55] Si può osservare che, innanzi alla Corte internazionale di Giustizia, taluni Stati, nel richiedere l'adozione di provvedimenti cautelari, sembrano aver presupposto che - a loro avviso - l'organo poteva prescindere da qualsiasi valutazione circa le questioni sulla giurisdizione. In questo senso, v. l'esposto orale di Bakhtiar, nel caso relativo al *Trial of Pakistani Prisoners of War, Pakistan* c. *India*, ove si afferma che: "Interim measures in terms of Article 41 are intended to preserve the respective rights of the parties, that is, rights under international law claimed by them. This power of the Court has not been expressly made conditional upon the existence of jurisdiction of the Court. In our view, Article 41 of the Court's Statute clearly states the position that so long as there are rights to be preserved the Court may indicate interim measures. We contend that under Article 41 of the Statute interim measures may be indicated if necessary, and if urgency exists, merely with reference to the rights of the parties and without any regard to the existence of the jurisdiction of the Court. However, we also contend that a clear jurisdictional basis does in fact exist in this case for the purpose of enabling the Court to grant interim measures" (v. *Pleadings*, p. 44). Si deve comunque evidenziare che, altrove nel proprio esposto, lo stesso Bakhtiar riconosce che la Corte ha sviluppato un indirizzo secondo il quale è comunque necessario un accertamento preliminare e provvisorio sulla giurisdizione (*ibidem*, p. 43).

Emergono tuttavia delle divergenze quanto al grado di approfondimento con cui deve procedersi all'accertamento in questione, non essendo del tutto perspicuo se l'organo debba limitarsi a rilevare la non manifesta incompetenza o la non manifesta irricevibilità del ricorso principale, o se invece esso debba accertare l'esistenza *prima facie* dei presupposti necessari al valido instaurarsi del giudizio principale.

Per quanto concerne la questione dell'accertamento preliminare di un titolo di giurisdizione, si deve in realtà precisare che le divergenze in questione sembrano ormai superate, nel senso che dalla prassi recente emerge un'uniformità di vedute circa la necessità che l'organo internazionale accerti l'esistenza *prima facie* di uno strumento su cui radicare la propria giurisdizione, e ciò sin dal caso concernente l'*Agean Sea Continental Shelf*[56]. In epoca meno recente, invece, mancava tale uniformità, taluni Stati affermando che l'organo doveva limitarsi a accertare la non manifesta incompetenza[57], altri proponendo invece l'adozione di un criterio più rigoroso, vale a dire quello dell'esistenza di un *prima facie case* per l'esercizio dell'attività giurisdizionale[58].

---

[56] In questo senso, v. l'esposto orale del prof O'Connel (per conto del Governo greco), affare concernente l'*Agean Sea Continental Shelf, Grecia* c. *Turchia, Pleadings*, pp. 11-113; esposto orale del rappresentante del Governo degli Stati Uniti, Owen, affare concernente *United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran, Stati Uniti* c. *Iran, Pleadings*, p. 27. Più di recente, v. esposto orale del prof. Pellet (per conto del Governo del Cameroon), affare concernente *La frontière terrestre et maritime, Cameroon* c. *Nigeria, CR 96/2* (mimeo), specialmente p. 48; esposto orale del prof. Brownlie (per conto del Governo della Nigeria), in relazione a quest'ultimo affare, *CR 96/3* (mimeo), p. 23.

[57] In questo senso, v. esposto orale di Bakhtar, nel caso concernente il *Trial of Pakistani Prisoners of War cit.*, pp. 43-45; esposto orale del prof. Quentin-Baxter (per conto del Governo neo-zelandese) e di Elicott (per conto del Governo australiano) in relazione ai due casi concernenti i *Nuclear Tests, Pleadings*, rispettivamente vol. II, p. 127, e vol. I, p. 201;

[58] Esposto orale di Guggenheim (per conto del Governo svizzero), nel caso *Interhandel, Pleadings*, pp. 462-463; esposto orale di Sir Peter Rawlinson (per conto del Regno Unito), affare concernente la *Fisheries Jurisdiction, Regno Unito* c. *Islanda, Pleadings*, vol. I, p. 105. In questo senso sembra esprimersi anche Sir Frank Soskice, nel suo esposto orale per conto del Regno Unito, nell'affare concernente l'*Anglo-Iranian Oil Company, Pleadings*, p. 411, ove afferma che - ai fini dell'indicazione di provvedimenti cautelari in presenza di una

Si riscontrano invece delle divergenze circa il grado di approfondimento mediante il quale l'organo deve valutare l'esistenza delle condizioni di *ricevibilità* della domanda principale. L'esistenza di tali divergenze è di recente emersa con chiarezza nel caso concernente *La frontière terrestre et maritime*, attualmente ancora pendente innanzi alla Corte internazionale di giustizia.

Secondo l'opinione dello Stato convenuto, la Nigeria, l'adozione di provvedimenti cautelari da parte della Corte deve essere preceduta non solo da un giudizio positivo circa l'esistenza *prima facie* della giurisdizione, ma anche da un giudizio positivo circa la ricevibilità *prima facie* del ricorso principale. Il Governo nigeriano ha infatti osservato che:

"If, on a preliminary consideration, there is no appearance that the case is prima facie admissible, then the Court ought not to indicate provisional measures, qny more than it should do so if there is no appearance that the Court possesses jurisdiction"[59].

Una posizione diversa è stata in proposito assunta dallo Stato attore, il Camerun, che ha evidenziato come - ai fini dell'indicazione di provvedimenti cautelari - la Corte debba limitarsi ad accertare che la domanda principale *non risulti manifestamente irricevibile* (il che naturalmente implica una valutazione piuttosto sommaria circa la sussistenza delle condizioni di ricevibilità del ricorso introduttivo). Innanzi alla Corte il Governo del Camerun ha infatti sostenuto che:

---

contestazione circa la sussistenza della giurisdizione, la Corte deve "satisfy itself that there is a *prima facie* case for the exercise of its jurisdiction".

[59] V. intervento di fronte alla Corte del prof. Crawford, processo verbale della seduta del 6 marzo 1996, *International Court of Justice*, *CR 96/3*, p. 49.

"...la notion de 'recevabilité *prima facie* ne...semble pas consacrée; mais il ne paraît pas illogique d'admettre que si une requête est manifestement irrecevable, la Cour ne peut indiquer de mesures conservatoires dans le cadre d'une affaire qui, par définition, n'aurait aucune chance d'aboutir à un arrêt sur le fond"[60].

In sostanza, secondo il Governo della Nigeria, ai fini dell'indicazione di provvedimenti cautelari la Corte deve ritenere sussistenti, sia pure *prima facie*, sia la propria giurisdizione in ordine alla controversia che le condizioni di ricevibilità della domanda principale. Questa posizione non è invece condivisa dal Governo del Camerun, per il quale non è certo che il criterio "positivo" della sussistenza di giurisdizione sia applicabile anche alla ricevibilità della domanda. Anzi, per il Governo in questione, sembra sufficiente l'adozione di un criterio molto meno rigoroso, quale l'accertamento della non manifesta irricevibilità.

Nelle pagine precedenti, si è avuto occasione di puntualizzare che la Corte non ha voluto pronunciarsi sulla questione, anche se però l'ordinanza adottata in relazione al caso in questione può essere interpretata in senso favorevole alla posizione assunta dal Governo del Camerun.

Ad ogni modo, si ritiene importante sottolineare che non solo l'esame della giurisprudenza, ma anche l'esame della prassi degli Stati non consente di affermare che le questioni concernenti la ricevibilità della domanda principale debbano essere valutate allo stesso modo delle questioni concernenti la giurisdizione. Ciò costituisce un'indiretta conferma della necessità di effettuare una chiara distinzione in materia ai fini della problematica oggetto di studio.

---

[60] V. intervento del prof. Pellet, processo verbale della seduta dell'8 marzo 1996, *ibidem*, *CR 96/4*, p. 58.

4. Le posizioni della dottrina circa il potere del giudice di apprestare una tutela interinale prima dell'accertamento definitivo della competenza di merito

All'inizio di questo capitolo, si è avuta l'occasione di osservare che la questione relativa alla possibilità o meno di apprestare una tutela interinale in una situazione di incertezza quanto all'effettivo svolgimento del giudizio principale è stata generalmente affrontata dalla dottrina senza una netta distinzione tra contestazioni sulla giurisdizione e contestazioni sulla ricevibilità materiale della domanda principale. Si è inoltre osservato che i pochi studiosi che hanno effettuato quest'ultima distinzione non hanno offerto soluzioni differenziate alla problematica oggetto di studio. Infine, si è avuto modo di notare che le ragioni di questo stato di cose possono individuarsi nella circostanza che, in genere, gli studiosi in questione muovono dal presupposto che l'esercizio del potere cautelare richiede che vi sia certezza quanto all'emanazione del provvedimento definitivo, e dunque si chiedono (stanti le particolari difficoltà ed il trascorrere di un periodo di tempo lungo che spesso richiede il raggiungimento di una decisione definitiva sul punto) se sia o meno possibile concepire l'adozione di provvedimenti cautelari prima che si abbia quella certezza[61].

---

[61] V. *supra*, p. 74 ss.

Con queste precisazioni, si può passare ad esaminare quali indirizzi principali sono stati seguiti in dottrina circa il problema dell'esercizio del potere cautelare in presenza di contestazioni sulla *giurisdizione*[62].

Anzitutto, si può osservare che è decisamente minoritaria la tesi secondo la quale l'organo internazionale può apprestare una tutela cautelare soltanto dopo aver accertato (in via definitiva) l'esistenza di un titolo di giurisdizione. Siffatta tesi sembra presupposta nelle affermazioni di un commentatore della competenza cautelare della Corte permanente di giustizia internazionale[63], ed è stata espressamente propugnata nelle rispettive opinioni dissidenti di due giudici della Corte internazionale di giustizia[64].

---

[62] Il problema in questione è stato affrontato soprattutto negli studi relativi alla Corte internazionale di giustizia Conviene comunque puntualizzare che le posizioni assunte dalla dottrina su questa problematica, seppurre concernono direttamente la Corte internazionale di giustizia, sembrano suscettibili di generalizzazioni.

[63] Nel periodo compreso tra le due guerre mondiali sembra presupporre tale posizione BECKETT, *Les questions d'intérêt général au point de vue juridique dans la jurisprudence de la CPJI*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1934, vol. 50, p. 285, dove l'autore si riferisce al potere cautelare come "le pouvoir de la Cour, *dans une matière qui est de sa compétence*, d'indiquer des mesures de protection provisoires" (corsivo aggiunto).

[64] Più precisamente, nella opinione dissidente alle ordinanze cautelari nei casi relativi ai *Nuclear Tests*, il giudice Forster osservò: "Pour exercer ce pouvoir conféré par l'article 41 précité, la Cour doit être compétente. Même lorsqu'elle estime que les circonstances l'exigent, la Cour doit, avant tout indication de mesures conservatoires, s'assure de sa compétence. Ni le caractère provisoire des mesures conservatoires ni l'urgence qu'il y a les indiquer ne sauraient dispenser le juge de vérifie, dès le seuil de l'instance, sa compétence; surtout lorsque celle-ci est sérieusement et formellement contestée par l'État mis en cause". Circa l'esistenza di una prassi della Corte secondo la quale l'esercizio del potere cautelare non presuppone un accertamento definitivo della competenza principale, il giudice Forster affermò che, a suo avviso, non si sarebbe dovuto "...ériger en règle cette pratique jurisprudentielle", e che "....que si prestigieux que soit leur renom, les magistrates qui nous ont précédés ne peuvent aujourd'hui se substituer à nous, ni leurs arrêts à celui que nous avons à rendre..." (*ICJ Reports 1973*, p. 110). In senso analogo il giudice Morozov, che nella sua opinione individuale all'ordinanza 11 settembre 1976, nel caso relativo all'*Agean Sea Continental Shelf*, ha affermato che in presenza di una richiesta di provvedimenti cautelari costituisce "the primary duty of the Court to consider the question of its jurisdiction". Secondo il giudice Morozov, "the Court has no right to consider either the question of appointment of a judge *ad hoc* under article 31, paragraph 3, of the Statute, or the question of interim measures of protection, before it has satisfied itself

In secondo luogo, si può rilevare che non sembra essere stata mai propugnata la tesi - agli antipodi rispetto a quella appena delineata - secondo la quale la tutela cautelare può essere apprestata prescindendo da qualsiasi verifica circa la giurisdizione. È vero che taluni studiosi hanno sostenuto che è possibile esercitare la competenza cautelare *indipendentemente* dall'accertamento circa la competenza principale, e che tale affermazione si presterebbe a essere interpretata nel senso che l'emanazione di provvedimenti cautelari può *completamente prescindere* da valutazioni preliminari sulla sussistenza o meno della giurisdizione. Tuttavia, si deve osservare che gli studiosi in questione hanno ritenuto di dover precisare che - nelle ipotesi di manifesta incompetenza - l'organo dovrebbe rifiutare l'adozione dei provvedimenti cautelari. Sul punto si avrà occasione di ritornare in seguito. Per adesso, basti rilevare che questa puntualizzazione evidenzia come, per gli autori in questione, l'esercizio del potere

---

that it has jurisdiction in accordance with Articles 36 or 37 of the Statute". Secondo l'opinione del giudice in questione, inoltre, "neither the Statute nor the Rules of Court contain any provisions which provide that the request for interim protection has any priority over the question of jurisdiction. The precedents afforded by cases in which the Court has sometimes made Orders on the question of interim measures of protection contrary to its Statute and Rules cannot be regarded as having any value in the argument" (*ICJ Reports 1976*, pp. 21-22).

Sulla necessità dell'accertamento preventivo dell'esistenza di giurisdizione ai fini dell'indicazione di provvedimenti cautelari, uno studioso ha osservato che : "This proposition is perhaps not as esxtravagant as it might appear at first glance". A proposito dell'opinione espressa dal giudice Morozov, questo studioso ha affermato che: "Judge Morozov is simply keeping within the basic construction of national judicial systems in which relief *pendente lite* is granted by *competent courts* (unless applicable laws provide otherwise). Isolated traces of this way of thonking are indeed also to be found in the field of international law. Thus for istance, when a project for an Inter-American Tribunal of International Justice was discussed in the 1930s, its draft statute included Article XXVII which otherwise modelled after Article 41 began with the words: 'The Court *having jurisdiction* shall be empowered to take, if it considers that circumstances so require, any provisional measures....[etc]" (SZTUCKI, *op. cit.*, pp. 252-253).

cautelare è comunque collegato a una qualche sommaria valutazione circa la competenza principale[65].

In effetti, per ragioni opposte, nessuna delle due impostazioni può essere condivisa. Circa il primo orientamento, sembra senz'altro corretto affermare che l'adozione di provvedimenti cautelari presuppone che la Corte sia munita di *giurisdizione*. L'elemento di cui però occorre tenere conto è che l'accertamento definitivo sulla giurisdizione risulta particolarmente difficile per la Corte internazionale di giustizia (e - in generale - per i tribunali permanenti o semi-permanenti di natura spiccatamente arbitrale); ciò perchè spesso gli strumenti di accettazione della competenza sono accompagnati da riserve che pongono difficili e complessi problemi di interpretazione, o comunque non individuano con chiarezza i limiti *ratione temporis* e *materiae* che sono stati alla base dell'accettazione della giurisdizione. L'accertamento definitivo, richiedendo in queste circostanze il trascorrere di un lungo periodo di tempo, si porrebbe quindi in contrasto con il fine della tutela cautelare, rappresentato dalla necessità di colmare lo *iatus* tra

---

[65] V. la dottrina citata *infra*, nota n....Si deve tuttavia osservare che secondo DUMBAULD, *op. cit.*, p. 186, poichè "jurisdiction to grant protection *pendente lite* is not dependent upon jurisdiction in the principale action.....one court may provide a remedy *pendente lite* in aid of an action of which another court has cognisanze". Con ciò l'autore sembra pertanto presupporre che la tutela cautelare possa essere apprestata anche dal giudice sprovvisto di un titolo di giurisdizione, posto che di tale titolo sia comunque munito un altro organo internazionale.

Da notare che la dottrina unanimente concorda che in assenza di un qualsiasi titolo di giurisdizione, la Corte non potrebbe esercitare i poteri previsti dall'art. 41 dello Statuto. In sostanza, si esclude che la Corte possa apprestare una tutela interinale *in vista di una possibile accettazione* della propria competenza (sulla base del c.d. *forum prorogatum* o di una accettazione espressa dello Stato convenuto successiva alla presentazione della domanda principale). A questo proposito, ad esempio, si è affermato che si andrebbe "somewhat too far" accettandosi la possibilità che la Corte possa "indicate interim measures in a case in which it was clear that , *at that moment*, it had no jurisdiction, but to do so on the strenght of a purely hypothetical possibility that it may thereafter acquire it on the basis of *forum prorogatum* (v. FITZMAURICE, *op. cit.*, p. 114. Sembra invece aver prospettato siffatta possibilità ROSENNE, *The Law and Practice of the International Court*, 1965, Vol. I, p. 424.

presentazione della domanda principale e emanazione del provvedimento definitivo. Risulta quindi pertinente l'osservazione di un autorevole studioso, per il quale - in tali circostanze - si impone una deroga al principio logico che vuole che i provvedimenti cautelari vengano adottati sul presupposto definitivo dell'accertamento della competenza di merito[66].

Quale sia la portata e il senso di siffatta deroga, è questione su cui maggiormente si è soffermata la dottrina, e di cui si dirà in seguito. Certo è che tale deroga non può estendersi fino al punto di consentire l'emanazione di provvedimenti cautelari a prescindere da qualsiasi accertamento sulla giurisdizione. In tal modo, si consentirebbe infatti l'adozione di provvedimenti cautelari da parte di organi sprovvisti, anche manifestamente, di un titolo di giurisdizione. Ebbene, l'eventualità che la tutela interinale venga apprestata dal giudice sprovvisto di giurisdizione (che ben di rado ha occasione di presentarsi negli ordinamenti interni) è particolarmente inaccettabile

---

[66] BARILE, *Osservazioni sulla indicazione cit.*, che a p. 147 sostiene che: "Le esigenze pratiche che costituiscono la *ratio* di ogni provvedimento cautelare impongono...una parziale deroga al principio logico che vorrebbe l'accertamento a fondo della competenza a della lite principlae. Data la necessità di una celerità nella procedura che sbocca in un provvedimento cautelare, la questione della competenza sul merito può essere esaminata soltanto con cognizione sommaria. È da escludere chela Corte internazionale di Giustizia debba accertare sempre, in maniera rigorosa, detta competenza. Si supponga, ad esempio, che l'esame della competenza sul merito dipenda da una circostanza di fatto o di diritto che interessi anche l'esame del merito e che - è il presupposto che legittima l'adozione di misure cautelari - l'accertamento definitivo di un tale elemento importi un ritardo pericoloso per la efficacia della decisione finale. In tal caso, nessun provvedimento cautelare efficiente potrebbbe essere adottato immediatamente, quando si ritenesse che la competenza ad emanare una decisione definitiva debba essere accertata preliminarmente in maniera rigorosa. Ma questa conclusione contrasta, in modo evidente, con il fine che si propone una misura cautelare, fine che deve essere tenuto presente nell'individuare le regole che dovranno presiedere all'emanazione di un provvedimento che la disponga. Per le stesse ragioni pratiche per cui l'esistenza del *fumus boni iuris*, con riferimento alle situazioni giuridiche sostanziali, deve essere esaminata solo sommariamente, la Corte può decidere sommariamente anche sulla competenza a giudicare del merito della lite" (sui motivi che, secondo l'autore, imporrebbero in principio la necessità di un accertamento preliminare circa l'esistenza di un titolo di giurisdizione, v. *supra*, nota 8).

nell'ordinamento internazionale, dove l'esercizio di giurisdizione ha fondamento consensuale. Se l'organo che abbia apprestato una tutela cautelare risultasse sprovvisto di giurisdizione, non vi sarebbe alcun altro organo competente a conoscere la lite e il provvedimento cautelare risulterebbe emanato per proteggere posizioni giuridiche non azionabili in via assoluta[67].

Nel respingere, giustamente, le posizioni estreme sopra menzionate, la maggioranza della dottrina si è attestata su posizioni intermedie: essa ha infatti sviluppato un orientamento secondo il quale, seppure *non presuppone* che l'organo risolva *definitivamente*, in senso positivo, le contestazioni circa l'esistenza di giurisdizione, l'esercizio del potere cautelare deve comunque essere preceduto da un accertamento sulla giurisdizione[68]. È tuttavia possibile rilevare delle divergenze rispetto al grado di

---

[67] Negli ordinamenti interni, ove l'esercizio di giurisdizione si impone ai consociati, si può eventualmente porre il problema di stabilire se i provvedimenti cautelari possono essere emanati in una situazione di incertezza quanto alla *competenza*, intesa nel senso della sfera di attribuzione del potere giurisdizionale a un certo organo giudiziario. Il problema dell'indicazione di provvedimenti cautelari in una situazione di incertezza circa l'organo munito di giurisdizione, qualora si verifichi, si pone in termini radicalmente diversi da quanto avviene nell'ordinamento internazionale: l'incertezza viene a riguardare quale ordine giudiziario è provvisto del potere giurisdizionale, e non se la lite in questione è suscettibile di soluzione giurisdizionale per assenza del consenso delle parti. I casi in cui è concepibile il difetto assoluto di giurisdizione vanno riportati alle ipotesi in cui si chieda la tutela di diritti non azionabili e alle ipotesi in cui il soggetto convenuto goda di immmunità dalla giurisdizione. Da notare che il problema dell'adozione di provvedimenti cautelari nella ipotesi di incertezza sulla giurisdizione si pongono di solito nelle controversie che presentano elementi di estraneità.

[68] Alcuni studiosi si sono spesso limitati ad affermare che l'esercizio del potere cautelare non presuppone l'accertamento definitivo circa la sussistenza di un titolo di giurisdizione. In questo senso NIEMEYER, *op. cit.*, p. 70; HAMMARSKIÖLD, *op. cit.*, p. 19; SCERNI, *Cenni sul diritto processuale della Corte internazionale di Giustizia*, in *Rivista di diritto int.*, 1937, p. 36. Più recentemente, v. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 16, per il quale la tutela cautelare costituisce una delle "judicial functions which the Court is enable to exercise vis-à-vis a State prior to - and regardless of - any finding of the existence of a valid consent subjecting that State to the Court's principale (or 'substantive') jurisdiction" (la dottrina è solita riferirsi alle *judicial functions* in questione come *competenze incidentali*).

Nella sua formulazione generica, tale opinione non fornisce alcuna soluzione alla problematica oggetto di studio. Essa non chiarisce infatti se, e fino a che punto, ai fini

approfondimento con cui deve essere effettuato tale accertamento, per alcuni essendo sufficiente verificare che non vi sia manifesta incompetenza[69], mentre per altri occorre

---

dell'adozione di provvedimenti cautelari, il giudice possa prescindere da qualsiasi valutazione circa l'esistenza della propria giurisdizione. L'affermazione in questione può, in effetti, essere interpretata in due sensi. Secondo una prima interpretazione, può ritenersi che l'organo internazionale non debba effettuare *alcun accertamento preliminare* in materia; per un'altra interpretazione, sebbene non risulti necessario un giudizio definitivo, l'organo internazionale dovrebbe comunque procedere ad una *preliminare valutazione* dell'esistenza di uno strumento su cui radicare la propria giurisdizione.

[69] Il primo indirizzo è stato principalmente seguito negli studi relativi alla competenza cautelare della Corte permanente di Giustizia internazionale e alle prime ordinanze cautelari della Corte internazionale di Giustizia. Tra i fautori di questa impostazione, merita ricordare l'opinione di Hudson, che - nel commentare l'ordinanza cautelare della Corte nel caso *Anglo-Iranian Oil Company case* - ha sostenuto con chiarezza che l'organo non è tenuto a effettuare un'indagine preliminare sulla giurisdizione ai fini dell'indicazione di misure cautelari. Secondo questo autore, la tesi contraria: "would seriously limit the value of Article 41 of the Statute, and it would cripple the Court in its exercise of a function which is essential to effective adjudication". Circa le ipotesi in cui vi sia una *manifesta incompetenza* (nel senso di assenza di giurisdizione) dell'organo, lo studioso in questione ha osservato che: "...in such a case the Court would naturally take this into account in connection with the condition set in Article 41 by the phrase 'if it considers that circumstances so require, con ciò lasciando intendere che - a suo avviso - nei casi di palese difetto di giurisdizione (ad esempio, qualora lo Stato convenuto non abbia effettuato alcuna dichiarazione di accettazione ai sensi dell'art. 36, par. 2, dello Statuto), l'organo non dovrebbe apprestare una tutela cautelare (*The Tiertieth Year of the World Court*, in *American Journal of Int. Law*, 1952, p. 22). Affermano che, ai fini dell'indicazione di provvedimenti cautelarim è sufficiente rilevare la non manifesta incompetenza DUMBAULD, *op. cit.*, p. 165; più recentemente, DUBISSON, *op. cit.*, p. 226, e ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 21, per il quale: "Art. 41....entitles any participating State invoking a manifestly not invalid jurisdictional link, to obtain, if the circumstances considered by the Court so require, an order indicating interim measures of protection" (v. però anche p. 25, ove l'autore sembra sostenere che il criterio di accertamento della giurisdizione non deve limitarsi alla valutazione della non manifesta incompetenza, ma debba invece essere più rigoroso, richiedendo l'accertamento *prima facie* dell'esistenza di un titolo di giurisdizione su cui radicare la competenza a conoscere la lite nel merito).

L'opinione in argomento è stata inoltre sostenuta in studi relativi agli organi di garanzia dei diritti dell'uomo di Strasburgo; in proposito v. EISSEN, *Les mesures provisoires dans la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue des droits de l'homme*, vol. II, 1969, p. 255, per il quale la Corte può adottare provvedimenti cautelari "même si la compétence de la Cour prête ou risque de prêter à contestation - sauf sans doute dans l'hypothèse, à la vérité fort théorique, d'une incompétence manifeste". In senso analogo SPIELMANN, *Les mesures provisoires et les organes de protection prévues par la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, vol. II, Bruxelles, 1992, p. 1295, il quale afferma: "La faculté d'indiquer des mesures provisoires peut s'exercer même si la comptétence de la Cour prête ou risque de prêter à contestation, *sous réserve bien entendu de l'incompétence manifeste*". Si deve precisare che, piuttosto sorprendentemente, la dottrina non ha ritenuto di dover accennare alla questione della necessità o meno di un accertamento preliminare della competenza nelle ipotesi in cui la tutela

che l'organo verifichi di essere *prima facie* munita di un titolo di giurisdizione in ordine alla specifica controversia[70]. Tale ultima impostazione si è affermata come

---

cautelare sia apprestata dalla *Commissione* europea dei diritti dell'uomo, e non già dalla Corte. Al riguardo, uno dei due studiosi appena menzionati si è limitato a osservare che, in base alla prassi sviluppata dalla Commissione: "..il lui arrive assez souvent de demander ou d'exprimer le voeu, en général *avant même d'avoir statué sur sa compétence* ou sur la recevabilité de la requête, que le Gouvernement defendeur sursoie à l'exécution d'une décision litigeuse (EISSEN, *Les mesures provisoires cit.*, p. 253; corsivo aggiunto). Questa disattenzione della dottrina pare ancora più inspiegabile se si tiene conto della circostanza che, come più volte puntualizzato, nel sistema di Strasburgo la Commissione è l'organo innanzi al quale - nel sistema di Strasburgo - con maggiore probabilità si manifestano le esigenze di tutela interinale. Ed è proprio per questo motivo che la Commissione, a differenza della Corte, ha avuto occasione di sviluppare una prassi cospicua in materia.

[70] Per la Corte internazionale di Giustizia, sul punto v., tra gli altri, BARILE, *Osservazioni sulla indicazione cit.*, p. 148; VILLANI, *op. cit.*, p. 135; TESAURO, *Le misure cautelari della Corte internazionale di Giustizia*, in *Comunicazioni e Studi*, vol. XIV, p. 892; MENDELSON, *Interim Measures of Protection in Cases of Contested Jurisdiction*, in *British Yearbook of Int. Law*, 1972-73, p. 321; MERRILS, *Interim Measures of Protection and the Substantive Jurisdiction of the International Court*, in *Cambridge Law Journal*, 1977, p. 107; PESCATORE, *op. cit.*, p. 332; THIRLWAY, *The Indication of Provisional Measures by the International Court of Justice*, in *Interim Measures Indicated by International Courts* (a cura di Rudolf Bernahrdt), Berlin, Heidelberg, New York, p. 17; COLLINS, *op. cit.*, p. 221; DAMATO, *L'accertamento della competenza ratione personae ai fini dell'indicazione di misure cautelari da parte della Corte internazionale di Giustizia*, in *Studi in ricordo di Antonio Filippo Panzera*, vol. I, Bari, 1995, p. 299 ss. (conviene osservare che la maggior parte della dottrina che ha affrontato la questione in argomento si è di solito limitata a evidenziare il più recente indirizzo seguito dalla Corte internazionale di Giustizia).

La necessità di un accertamento preliminare circa l'esistenza *prima facie* della giurisdizione è stata sostenuta anche in relazione alla Corte inter-americana dei diritti dell'uomo. In proposito v. BUERGENTHAL, *The Inter-American System for the Protection of Human Rights*, in *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues* (a cura di Theodor Meron), vol. II, Oxford, 1984, pp. 465-466, ove l'autore osserva: "....the requested relief may only be granted after the Court has determined, only in a preliminary matter, that it has jurisdiction over the parties. Although article 63(2) does not say anything about jurisdiction, is obvious that the Court can only deal with a case, whether it calls for provisional or permanent relief, in which the states parties have accepted its jurisdiction. But since jurisdictional issue may at time be extremely complex and intertwined with matters bearing on the merits of the case, the Inter-American Court should not have to resolve fully all jurisdictional issues before ordering provisional measures, assuming of course, that such measures are otherwise plainly indicated. Given the need for urgency and the extraordinary character of the relief, the Court would certainly be justified to follow the precedent of the International Court of Justice, which requires no more than a *prima facie* showing of jurisdiction before granting provisional measures in an otherwise appropriate case"; v. anche le argomentazioni avanzate dallo stesso autore in uno studio più recente, *Interim Measures in the Inter-American Court of Human Rights*, in *Interim Measures Indicated by International Courts cit.*, p. 75)., nonchè - per un'impostazione analoga - GROS ESPIEL, *El procedimiento contencioso ante la Corte interamericana de derochos humanos*, in *La Corte interamericana de Derechos humanos.*

maggioritaria nella dottrina più recente, così ponendosi sulla scia degli orientamenti giurisprudenziali seguiti principalmente dalla Corte internazionale di Giustizia e dal Tribunale dei Reclami Iran-Stati Uniti.[71]

Estudios y Documentos, p. 83; PASQUALUCCI, *op. cit.*, p. 826. Da notare che la necessità di accertare la sussitenza *prima facie* della giurisdizione riguarda, secondo questi studiosi, anche le istanze cautelari pendenti in casi innanzi alla Commissione. Sul punto, v. particolarmente BUERGENTHAL, *The Inter-American System for the Protection of Human Rights* cit., e *Interim Measures cit.*, p. 71.Sempre rispetto ai casi pendenti innanzi alla Commisione che evidenzino la necessità di un intervento interinale della Corte, la dottrina esclude che la Commissione *possa richiedere* alla Corte una tutela cautelare anche nelle ipotesi in cui lo Stato non abbia accettato la giurisdizione della Corte stessa, in prospettiva dell'accettazione della giurisdizione limitatamente a quello specifico caso (così GROS ESPIEL, *op. cit.*, p. 84; più dubitativo pare invece BUERGENTHAL, *Interim Measures cit.*, pp. 75-76, secondo il quale riconoscendosi alla Commissione siffatta facoltà, la Corte non potrebbe comunque apprestare una tutela cautelare finchè lo Stato in questione abbia effettuato la dichiarazione di accettazione della competenza della Corte).

[71]Conviene comunque osservare che, come non è possibile trarre dall'esame della giurisprudenza indicazioni atte a chiarire che cosa esattamente debba intendersi per accertamento *prima facie* della giurisdizione, su questa specifica problematica anche nella dottrina non mancano di rilevarsi inceretezze. Sembra in effetti che, per alcuni degli studiosi in questione, si dovrebbe accertare che risulti *possibile* l'instaurazione del giudizio principale, mentre per un'altra parte della dottrina si dovrebbe invece raggiungere un giudizio positivo circa la propria *probabile* competenza a conoscere la lite nel merito. Inoltre, taluni studiosi hanno precisato che la verifica dell'esistenza di un titolo di giurisdizione non deve essere effettuata sulla base di un parametro immutabile, essendo tale verifica solo una delle circostanze che l'organo deve valutare ai fini dell'indicazione di provvediemnti cautelari. Più precisamente, secondo quest'ultima opinione, il *test* dell'apparente esistenza di un titolo di giurisdizione potrà quindi risultare tanto meno rigoroso, quanto più risulti urgente la necessità di proteggere in via interinale la situazione giuridica sostanziale dedotta in giudizio. Sul punto, anche per i necessari riferimenti bibliografici, v: MERRILS, *op. cit.*, pp. 92-106 e OELLERS-FRAHM, *Interim Measures of Protection cit.*, p. 70.

Si deve infine osservare che, secondo l'opinione di un autorevole studioso, non serve individuare quale criterio la Corte utilizzi (o debba utilizzare) per ritenere soddisfatto il requisito dell'esistenza *prima facie*. La tutela cautelare non viene infatti apprestata se si raggiunge un giudizio positivo circa la possibile o probabile esistenza di giurisdizione nel caso di specie, bensì se la maggioranza dei giudici, allo stato degli atti, ha formulato *un giudizio positivo circa la sussistenza di un titolo di giurisdizione* su cui l'organo possa radicare la propria competenza a conoscere la controversia nel merito. Tale giudizio può essere tuttavia ribaltato in seguito, dato che la questione della giurisdizione rimane appunto *sub iudice*: ecco perchè, secondo questo autore, si parla di accertamento *prima facie* di un titolo di giurisdizione (DE ARÉCHAGA, *International Law in The Past Third of a Century*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit int.*, 1978, I, vol. 159, p. 161).

Si può ora passare alla questione del rapporto tra esercizio del potere cautelare e ricevibilità della domanda principale. La dottrina (come si è detto esigua) che si è occupata espressamente di tale questione si è per lo più limitata ad affermare che, analogamente alle ipotesi di incertezza sulla giurisdizione, l'organo internazionale può adottare provvedimenti cautelari prescindendo da un previo accertamento definitivo circa la ricevibilità della domanda principale, ma deve comunque effettuare un qualche accertamento preliminare in materia[72]. Quanto al grado di approfondimento, gli studiosi

---

[72]In relazione alla Corte Inter-americana, per sostenere che l'incertezza circa la ricevibilità del ricorso principale non inficia il potere della Corte di adottare provvedimenti cautelari, si è avanzato un argomento *a contrario*, osservando che: "If that were not so, it would make no sense whatsoever to authorise the Court to issue provisional measures in cases not referred to it which, at that stage, would *ipso facto* be inadmissible under Article 61(2) if the Convention" (BUERGENTHAL, *Interim Measures cit.*). In realtà questa osservazione non sembra pertinente. Nell'ipotesi in cui la Corte appresta una tutela interinale in casi pendenti innanzi alla Commissione non vi può essere alcuna inammissibiltà del ricorso principale per la semplice ragione che *non vi è un ricorso principale* presentato innanzi alla Corte, in quanto il caso è appunto pendente innanzi alla Commissione e non è stato ancora deferito alla Corte. In sostanza, rispetto alle ipotesi in cui la tutela cautelare venga apprestata dalla Corte in casi che risultano all'esame della Commissione, la problematica oggetto di studio richiede che venga accertato se la Corte possa apprestare quella tutela prima che *la Commissione* abbia deciso in ordine alla ricevibilità del ricorso principale. Circa le richieste di intervento interinale vengono sollecitate dalla Commissione in relazione a casi pendenti innanzi ad essa, la dottrina ha sostenuto la tesi secondo la quale, prima di presentare alla Corte un'istanza cautelare, l'organo deve comunque effettuare una valutazione preliminare sulla ricevibilità della domanda principale GROS ESPIEL, *Estudios Sobre Derechos Humanos*, 1988, p. 170; PASQUALUCCI, *op. cit.*, p. 828 ss., per il quale qualsiasi impostazione volta a sostenere che - in casi di estrema gravità e urgenza - la Commissione possa prescindere da qualsiasi accertamento, sia pure provvisorio, circa l'ricevibilità della domanda principale risulterebbe incompatibile sia con la Convenzione che con le regole di procedura della Commissione. Sembra invece seguire un orientamento contrario a quello appena delineato AGUILAR, *Procedimiento que debe aplicar la Comision Interamericana de derechos humanos en el examen de las peticiones o comunicaciones individuales sobre presuntas violaciones de derechos humanos*, in *Derechos Humanos. Homenaje a la lemoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*, 1984, p. 204.

Circa gli organi di garanzia dei diritti dell'uomo del sistema di Strasburgo, si può osservare che, analogamente al problema del previo accertamento o meno della giurisdizione ai fini della tutela cautelare, la dottrina ha dimostrato uno scarso interesse sulla questione del rapporto tra esercizio del potere cautelare e ricevibilità della domanda principale. A parte l'osservazione di uno studioso, riportata in precedenza, secondo la quale le istanze cautelari vengono di solito soddisfatte prima di qualsiasi accertamento definitivo sulla giurisdizione e sulla ricevibilità del ricorso principale, sembra in effetti che vi sia un assoluto silenzio della dottrina sulla problematica in questione.

in questione sostanzialmente ripropongono il criterio che, a loro avviso, l'organo deve ritenere superato a proposito delle contestazioni sulla giurisdizione. Più precisamente, in linea generale si sostiene che la domanda principale deve risultare *prima facie ricevibile*, così come occorre accertare l'esistenza *prima facie* della giurisdizione, nelle ipotesi di contestazione circa l'esistenza di un tiolo di giurisdizione[73].

5. Le ragioni dell'adozione di provvedimenti cautelari prima del giudizio definitivo sulle eccezioni di giurisdizione e di ricevibilità della domanda principale

Si deve puntualizzare che risulta senz'altro corretta l'impostazione, sviluppata dalla giurisprudenza e condivisa dalla maggioranza della dottrina, per la quale occorre consentire al giudice internazionale di apprestare la tutela interinale *prima dell'accertamento definitivo* sui presupposti che condizionano il valido instaurarsi del processo. Spesso l'accertamento definitivo circa le questioni attinenti all'esistenza di tali non si presenta infatti agevole, per la complessità delle situazioni di fatto e dei problemi giuridici che quelle questioni sollevano. In queste ipotesi, tra l'altro non rare, il raggiungimento di un giudizio definitivo sulle questioni di giurisdizione e di ammissibilità della domanda principale richiede pertanto una valutazione approfondita da parte dell'organo e, conseguentemente, il trascorrere di un periodo più o meno lungo di tempo. In questi casi, se l'emanazione di provvedimenti cautelari viene subordinata al giudizio di rigetto sulle eccezioni in discorso, si rischia di esercitare una tutela cautelare

---

[73] Per la tutela cautelare apprestata dalla Corte internazionale di Giustizia v. OXMAN, *op. cit.*, p. 347 ss.; DANIELE, *op. cit.*, p. 63 ss.; per la Corte e la Commissione interamericana dei diritti dell'uomo, v. PASQUALUCCI, *op. cit.*, p. 826 ss.;

di fatto inutile in quanto tardiva: è infatti possibile che - nel frattempo - si sia già verificato un pregiudizio irreparabile al diritti dedotti in giudizio, pregiudizio che l'emanazione di provvedimenti cautelari tempestivi avrebbe invece potuto prevenire. D'altronde, proprio perchè mira a ovviare ai *pericula* derivanti dal tempo necessario allo svolgimento del procedimento principale, la tutela cautelare in tanto ha un senso in quanto essa venga apprestata in breve tempo. In effetti, uno dei presupposti per l'emanazione di provvedimenti cautelari è costituito dall'urgenza di porre rimedio a una situazione che rischia di causare un pregiudizio irreparabile ai diritti di cui si chiede la tutela con la domanda principale. Chiedendosi al giudice internazionale di risolvere in via definitiva le eccezioni volte a impedire lo svolgimento del procedimento di merito, anche quando tale accertamento comporta il trascorrere di un periodo di tempo considerevolmente lungo, di fatto si snatura l'essenza stessa della tutela cautelare.

Ciò tuttavia non significa che l'organo internazionale possa prescindere da qualsiasi accertamento circa l'esistenza dei presupposti in questione ai fini dell'esercizio del potere cautelare.

5.1 Il giudizio provvisorio sulla giurisdizione quale presupposto generale per l'adozione di provvedimenti cautelari

Anzitutto, per quanto concerne le contestazioni circa la *giurisdizione*, si deve ricordare che ciò che in questo caso viene messo in discussione è il presupposto stesso dell'esercizio di qualsiasi potere giurisdizionale, compreso quello cautelare. Se per le ragioni sopra esposte è necessario effettuare una deroga al principio per il quale

l'emanazione di un provvedimento giurisdizionale (in questo caso, un provvedimento cautelare) presuppone appunto che l'organo sia munito di giurisdizione, l'importanza di tale deroga *impone* una valutazione preliminare sul punto. L'istanza cautelare può essere accolta solo se, a seguito di tale valutazione preliminare, necessariamente limitata allo stato degli atti disponibili al momento della presentazione dell'istanza stessa, l'organo *ritenga sussistente* - ancorchè provvisoriamente - un titolo di giurisdizione su cui radicare la propria competenza a decidere la lite, e cioè che (per utilizzare l'espressione rintracciabile nella giurisprudenza) sia accertata *prima facie* la sussistenza della giurisdizione.

Quanto al contenuto di siffatto accertamento[74], non sembra che esso possa consistere in un giudizio positivo circa la *possibilità* o la *probabilità* della propria giurisdizione. A parte la difficoltà intrinseca di stabilire degli indici volti a rilevare se l'organo, al momento dell'adozione di provvedimenti cautelari, abbia ritenuto probabile o solo possibile l'esistenza di un valido titolo di giurisdizione, sembra in effetti poco convincente che l'organo effettui una valutazione prognostica sull'esistenza di un titolo di giurisdizione su cui fondare la propria competenza. In altri termini, è davvero difficile immaginare che i giudici, prima di apprestare una tutela cautelare, si riuniscano per deliberare sulla possibilità o probabilità che il titolo di giurisdizione indicato dallo Stato attore sia idoneo a instaurare legittimamente il processo principale.

Non pare fondata nemmeno l'opinione secondo la quale il grado di approfondimento circa la validità del titolo di giurisdizione su cui si è fondato il ricorso principale costituisca una delle circostanze da valutare al momento dell'indicazione di

---

[74] In proposito, v. le opinioni dottrinali richiamate *supra*, nota 71

provvedimenti cautelari, e come tale possa variare caso per caso. Anzitutto, si deve notare che, lungi dal rappresentare una mera circostanza da tenere in considerazione al momento dell'indicazione di provvedimenti cautelari, l'esistenza della giurisdizione dell'organo costituisce il *presupposto* logico, prima ancora che giuridico, perchè la Corte possa esaminare la necessità di apprestare una tutela cautelare. In secondo luogo, ove pure si voglia sostenere il contrario, portata alle estreme conseguenze questa tesi consentirebbe, eventualmente in situazioni di particolare urgenza, l'adozione di provvedimenti cautelari senza che venga effettuato un accertamento, quanto meno sommario, sull'esistenza di un titolo di giurisdizione.

In definitiva, l'accertamento dell'esistenza di un titolo di giurisdizione idoneo a fondare *prima facie* la competenza dell'organo, come ha giustamente osservato De Arechaga, significa semplicemente che a seguito di uno studio approfondito dei documenti disponibili, la Corte deve ritenere di essere munita di giurisdizione. L'organo non può che qualificare *apparente* siffatta valutazione, in quanto - rimanendo la questione sull'esistenza di un titolo di giurisdizione *sub iudice* - non è escluso che emergano nuovi elementi idonei a ribaltare il giudizio espresso dalla Corte in sede cautelare[75]

---

[75] V. *supra*, nota n. 71. Vale la pena riportare i brani più significativi dell'opinione di de Aréchaga. L'autorevole giurista osserva che: "...there is general agreement that, while the Court, before indicating interim measures, cannot settle the question of its jurisdiction over the merits by means of a judgement, it must nevertheless consider the issue and make a provisional or *prima facie* appraisal of whether it will possess such jurisdiction or not. Writers analyse the various pronouncements of the Court and the separate and dissenting opinions in an attempt to extract from them the collective criteria the Court follows on the subject. Some refer to a negative test, namely whether a *prima facie* appraisal indicates that jurisdction cannot be *a priori* considered as manifestly excluded or that a matter does not fall completely outside the scope of the Court's jurisdiction; others advocate a positive test, namely that a *prima facie* showing jurisdiction must be made. Some commentators distinguish between the requirements

Non sembra pertanto convincente l'opinione secondo la quale sarebbe sufficiente accertare che non vi sia incompetenza manifesta. Questa opinione non può condividersi perchè di fatto impedirebbe ai tribunali internazionali in genere di adottare quei provvedimenti solo quando non vi sia, al momento della richiesta cautelare, *alcun titolo* che fondi la giurisdizione dell'organo. Ma cosa dire delle ipotesi, che sono poi le più frequenti, in cui questo titolo sussita, ma lo Stato convenuto contesti la sua utilizzazione nel caso di specie? Dalle affermazioni degli studiosi che sostengono la tesi in questione, sembra legittimo desumere che, a loro avviso, in ipotesi del genere l'organo internazionale potrebbe comunque esercitare la propria competenza cautelare. Ciò, tuttavia, non pare senz'altro accettabile in un ordinamento in cui l'attività giurisdizionale è facoltativa e fondata sul consenso degli Stati, in cui cioè il difetto di giurisdizione dell'organo equivale a un difetto *assoluto* di giurisdizione.

---

demanded in this respect: the Court is satisfied with a possibility, or a probability of jurisdiction or with a more strict requirement that jurisdiction must be "within clear prospect".

In my experience those theories, attempting to determine the collective criteria followed in this matter, do not reflect accurately the reality nor the way the Court operates at this stage. A formal and collective decision on the jurisdictional issue is not possible; however, this does not prevent discussion of the question. Consequently, before granting interim measures the question of jurisdiction is discussed and each judge, on an individual basis, makes as thorough a study he is able to make at that stage of the jurisdictional issue and reaches a provisional personal conclusion on this point. He will accordingly vote for or against the request taking into account the views he has formed on the jurisdictional issue....It follows that interim measures will not be granted unless a majority of judges believes at the time that there will be jurisdiction over the merits. Of course, a definitive fonding cannot be made formally by the Court, as a whole, at this stage, on an issue which remains *sub judice*; this is the reason why the Orders indicating interim measures contain a clause to the effect that, while the instruments invoked 'appear, *prima facie*, to afford a basis on which the jurisdiction of the Court might be founded', the issue of jurisdiction is said not to have been prejudged" (*op. cit.*, pp. 160-161).

5.2 Il giudizio preliminare sulla ricevibilità della domanda principale ai fini dell'adozione della tutela cautelare nell'ambito dell'accertamento del fumus boni iuris

Si può ora passare ad esaminare la questione dell'esercizio del potere cautelare in presenza di contestazioni circa l'ammissibilità della domanda principale. Sebbene la certezza su tale ammissibilità, in linea di principio, non costituisca il *presupposto generale* per l'emanazione di qualsiasi provveddimento giurisdizionale, ciò non significa che la l'adozione di provvedimenti cautelari possa prescindere da qualsiasi valutazione preliminare in materia.

In effetti, la necessità di effettuare un qualche previo accertamento, ancorchè non definitivo, circa la sussistenza delle condizioni sostanziali di ricevibilità del ricorso principale sembra presupposta dall'accertamento di uno dei presupposti tipici della tutela cautelare, quale il *fumus boni iuris*. Pare infatti evidente che la verifica circa il possibile accoglimento della domanda principale logicamente comprende anche un riscontro positivo circa la sussistenza dei requisiti di ricevibilità della medesima[76]. Per esemplificare, si può immaginare il caso di un individuo che, di fronte agli organi di

---

[76] Con riferimento alla tutela cautelare apprestata dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee, di recente uno studioso ha in effetti sostenuto (a nostro avviso giustamente) che, ai fini dell'indicazione di provvedimenti cautelari, "the applicant must have *a prima facie case* both *as to the admissibility* and as to substance *in relation* both *to the action* and to the application for relief: the 'fumus boni iuris' presupposes that the applicant for relief has a good cases as far as the action is concerned just as much good case for the grant of relief before judgement.....It is apparent from the nature of the proceedings, however, that, while the judge may have to decide on the admissibility of the application for interim relief, *he has no power to make a decision on the admissibility of the action because that is not in issue before him*; on the other hand, *the admissibility of the action may, nevertheless, be an element to be taken into account when considering the question whether the applicant has shown a prima facie case for the grant of interim relief*" (LASOK, *The European Court of Justice. Practice and Procedure*[2], London, Dublin, Edinburgh, 1994, p. 254 e p. 257).

garanzia dei diritti dell'uomo di Strasburgo, lamenti la lesione di un diritto tutelato dalla Convenzione di Roma. Come è noto, una delle condizioni di azionabilità di tali diritti da parte degli individui è costituita dal previo esaurimento dei ricorsi interni. Ebbene, pare evidente che la valutazione circa il possibile accoglimento della domanda non possa prescindere da una qualche valutazione sul presupposto specifico del previo esaurimento dei ricorsi interni.

Quanto al livello di approfondimento dell'accertamento preliminare sulle condizioni di ricevibilità della domanda, per le ragioni appena evidenziate, questo corrisponderà necessariamente al livello con cui l'organo accerta tradizionalmente la sussistenza del *fumus boni iuris*. A questo proposito si può osservare che, nell'ordinamento internazionale, la verifica sul *fumus* si caratterizza frequentemente per un alto grado di sommarietà. In particolare, nell'ambito dei sistemi regionali di protezione dei diritti dell'uomo, l'urgenza di impedire il verificarsi di un pregiudizio irreparabile pone in secondo piano l'esistenza del *fumus*. Ciò fa sì che l'esistenza di tale presupposto venga accertata in maniera particolarmente sommario, limitandosi il giudice ad accertare che la domanda principale non risulti temeraria o manifestamente pretestuosa[77].

---

[77] Sempre con riferimento alla Corte di Giustizia delle Comunità europee, si può osservare che non si può dire con certezza quale grado di convincimento deve essere raggiunto circa la fondatezza delle pretese avanzate con il ricorso principale affinchè possa essere apprestata una tutela interinale. Le formule utilizzate dai giudici della Corte variano sensibilmente, comprendendo sia affermazioni secondo le quali l'azione principale non deve risultare manifestamente infondata sia affermazioni per le quali l'azione principale deve chiaramente apparire fondata o perlomeno deve esservi una forte presunzione circa la fondatezza dell'azione principale (sul punto, *ibidem*, pp. 257-261). In ogni caso, per quanto concerne l'accertamento del 'fumus boni iuris' sotto il profilo della ricevibilità del ricorso principale, ai fini dell'indicazione di provvedimenti cautelari, sembra consolidata la prassi secondo la quale il giudice deve preliminarmente accertare che il ricorso principale non risulti manifestamente irricevibile (per i necessari riferimenti giurisprudenziali, *ibidem*, p. 257, nota n. 80. Nel testo l'autore osserva che: "Even if the admissibility of the action is in doubt, the requirement of *a prima facie case* has been satisfied...where the question of the inadmissibility of the action

In definitiva, può rilevarsi che la valutazione preliminare circa le questioni di ricevibilità del ricorso principale può legittimamente prendere la forma di un accertamento sommario, volto a respingere le istanze cautelari nei soli casi di manifesta irricevibilità. Si comprendono pertanto i motivi che sono alla base della prassi sviluppata dagli organi europei e inter-americani di tutela dei diritti dell'uomo, prassi dalla quale emerge che la tutela cautelare viene apprestata in relazione a numerosi ricorsi, anche se questi vengono successivamente dichiarati irricevibili.

---

requires further consideration and cannot be said to be manifest or where 'it cannot be stated categorically' that the action will be not held admissible. The prima facie admissibility of the action may be established by reference to an assertion of fact made by the defendant even if it is unsopported by evidence").

Capitolo 3

La questione dell'efficacia giuridica obbligatoria dei provvedimenti cautelari

1. Introduzione

Nel primo capitolo si è evidenziato come elementi desumibili dall'esame della prassi e della giurisprudenza internazionale inducano a ritenere operante una norma di diritto internazionale generale in materia di tutela cautelare. In virtú di tale norma, qualsiasi organo giurisdizionale ha il potere di proteggere interinalmente i diritti dedotti nel giudizio principale, emanando i provvedimenti ritenuti necessari a tal fine. Ciò significa che, pure in assenza di un'apposita previsione convenzionale, ogni organo di giustizia è legittimato ad apprestare una tutela provvisoria, essendo la fonte del potere cautelare di natura generale, e non pattizia. Tuttavia, occorre ricordare che la norma di cui si tratta pare costituire la fonte di un potere cautelare di natura raccomandatoria. Ciò comporta che, se pure qualsiasi organo giurisdizionale sembra comunque avere una *competenza* in materia cautelare, l'esercizio di questa competenza non si concretizza necessariamente in provvedimenti aventi *effetti obbligatori*. Si deve quindi esaminare quando, e in virtú di quale fondamento giuridico, l'esercizio del potere cautelare abbia natura vincolante.

La problematica in questione si presenta, in taluni casi, di agevole soluzione. Vi sono infatti strumenti istitutivi di organi di giustizia che contengono norme le quali non solo dispongono che l'organo può adottare provvedimenti cautelari, ma stabiliscono altresì inequivocabilmente che tali provvedimenti hanno efficacia obbligatoria. Costituiscono

esempi di questo tipo le clausole che prevedono espressamente che le parti di una controversia "shall be bound to accept" le misure interinali adottate dall'organo internazionale (quali l'art. 33, par. 1, dell'Atto generale di Ginevra e l'art. 31, par. 1, dell'Convenzione europea per la soluzione pacifica delle controversie[1]), oppure che l'organo giurisdizionale possa "prescrivere" o "ordinare" provvedimenti cautelari (come gli articoli 185 e186 del trattato istitutivo della Cee[2], l'art. 290, par. 1, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare[3], l'art. 31 dello Statuto della Corte di Giustizia centro-americana[4] e le disposizioni sulla competenza cautelare contenute in alcuni compromessi arbitrali[5]). Infine, sicura efficacia obbligatoria avevano le misure

---

[1] Per il testo di queste norme v. *supra*, cap. 1, nota n. 16. Da notare che anche l'art. 27, par. 1, dello *Swiss Model of a Treaty of Conciliation, Judicial Settlement and arbitration of 1960*, dispone che: "Dans tous les cas ou le différend fait l'objet d'une procédure judiciaire ou arbitrale, notamment si la question au sujet de laquelle les Hautes Parties Contractants sont divisées résulte d'actes déjà effectues, ou sur le point de l'être, al Cour Internationale de justice, statuant conformément a l'art. 41 de son Statut, ou le Tribunal arbitral indiquera, dans le plus bref délai possible, quelles mesures provisoires doivent être prises. Les Parties en litige seront tenues de s'y conformer" (v. *Dispute Settlement in Public Internationational Law cit.*).

[2] Per il testo di questi articoli v. *supra*, cap. 1, nota n. 6.

[3] *Ibidem*, nota 10.

[4] "The Court shall be authorized to *prescribe* pretrial or protective measures which it considers advisable..." (corsivo aggiunto).

[5] Art. 11, par. 6, dell'Accordo arbitrale del 10 luglio 1975 per la delimitazione della piattaforma continentale (Francia-Regno Unito), per il quale "The Court ...may *order* such provisional measures as it considers desirable..."; l'art. 12, par. 2, del compromesso arbitrale del 18 novembre 1983 per la delimitazione della frontiera marittima Guinea/Guinea Bissau, per il quale: "le Tribunal à le pouvoir de prescrire..); l'art. 3, al. 2, del trattato di arbitrato dell'11 luglio 1978, per il quale: "The Tribunal shall be competent.....to *prescribe* all other provisional measures...", l'art. 11, par. 2, del compromesso arbitrale del 12 marzo 1985 tra Senegal e Guinea-Bissau per il quale: "Le Tribunal a le pouvoir de *prescrire*...toutes les mesures provisoires a prendre pour sauvegarder les droits des parties"; art. 5, par. 3, del regolamento di arbitrato annesso all'accordo franco-algerino d'arbitrato del 26 giugno 1963, per il quale "Le Président du tribunal peut de même *ordonner* aux parties de prendre toute mesure conservatoires qu'il juge nécessaire. de telles sentences ont la même force obligatoire pour les parties que la sentence sur le fond du litige" (i corsivi sono aggiunti. Per il testo integrale di ciascuna di queste norme, v. *supra*, cap. 1, nota n. 14).

cautelari adottate dalla Corte di giustizia centro americana, istituita dalla Convenzione di Washington del 1907[6].

La questione dell'efficacia giuridica obbligatoria o meno dei provvedimenti cautelari diviene invece di più difficile soluzione in altre ipotesi. Vi sono anzitutto trattati istitutivi che contengono una norma sulla competenza cautelare che, a differenza delle norme innanzi ricordate, non dispone in modo esplicito che tale competenza possa esercitarsi tramite l'emanazione di provvedimenti vincolanti. Al riguardo, il caso più noto è rappresentato dall' art. 41 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, che al paragrafo 1 dispone che la Corte "shall indicate" i provvedimenti cautelari che "ought to be taken" per proteggere i diritti delle parti in pendenza di giudizio. Questa formulazione, in effetti, ha consentito opposte conclusioni circa l'efficacia giuridica delle misure cautelari. Per alcuni commentatori, l'utilizzazione dell'espressione "indicate" induce a ritenere che la Corte non sia autorizzata ad esercitare un potere cautelare di natura vincolante, bensì solo esortativo[7]. Altri autori hanno invece osservato

---

[6] V. *supra*, Introduzione, nota n. 14.

[7] Da ricordare che l'espressione "indicate" compariva anche nell'art. 41 dello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale. Gli autori che sostengono l'opinione in argomento osservano inoltre che, nella versione inglese, il par. 2 dell'art. 41 stabilisce che la Corte informerà il Consiglio di Sicurezza delle "measures *suggested*", utilizzando una terminologia che chiaramente connota la natura di raccomandazione delle misure cautelari della Corte. Non compare invece, nella versione francese, l'equivalente dell'espressione "suggested". Per riferirisi alle misure cautelari, nella versione francese si parla, più semplicemente, di "ces mesures". Alcuni degli autori in argomento tendono a corroborare la tesi della non obbligatorietà dei provvedimenti cautelari ricorrendo ad argomentazioni aggiuntive rispetto a quella che si fonda sulla lettera dell'art. 41 dello Statuto. Nella maggior parte dei casi, essi fanno riferimento ai lavori preparatori dello Statuto, alle discussioni in seno al Comitato dei giuristi in relazione alle modifiche dello Statuto stesso, alla giurisprudenza dell'organo e così via (sul punto, v. ad esempio lo studio di HAMMARSKJÖLD, *Quelques aspects de la question des mesures conservatoires en droit international positif*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1935, p. 299 ss.). Vi sono tuttavia studiosi i quali non mancano di utilizzare argomenti di carattere più "generale", e cioé argomenti che possono essere utilizzati per negare la natura vincolante dei provvedimenti cautelari adottati non solo dalla Corte, ma da qualsiasi organo internazionale a cui lo strumento

che l'espressione "ought to" viene normalmente utilizzata, nel linguaggio giuridico, per fare riferimento ad un obbligo giuridico e non semplicemente morale[8]. In aggiunta, quanto alla utilizzazione dell'espressione "indicate", in luogo di "order" (espressione, quest'ultima ritenuta maggiormente idonea a qualificare la natura vincolante del potere cautelare e la cui utilizzazione era stata inizialmente proposta in seno al Comitato dei giuristi che ha predisposto il testo dello Statuto della CPGI), si è precisato che "..it is not less definite than the term *order* would have been, and it would seem to have as much effect. The use of the term does not attenuate the obligation of a party within whose power the matter lies to carry out measures which *ought to be taken*"[9].

Le incertezze sull'effettiva obbligatorietà dei provvedimenti cautelari indicati dalla Corte internazionale di Giustizia si riflettono anche sull'efficacia dei provvedimenti adottati da tribunali i cui trattati istitutivi contemplano una norma sulla competenza cautelare che riformula sostanzialmente l'art. 41 dello Statuto dell'organo in questione. Vi sono in effetti talune norme pattizie sulla tutela cautelare che autorizzano questo o quel tribunale a "indicate" le misure provvisiorie che "ought to be taken" per proteggere i diritti delle parti in pendenza di giudizio. E' questo il caso, ad esempio, degli articoli 16, par. 3, e 26, par. 4, della Convenzione sulla conciliazione e l'arbitrato nell'ambito della CSCE del 15 dicembre 1992[10], dell'art. 20 del *Model Rules on arbitration* della

---

istitutivo non abbia attribuito espressamente il potere di emanare provvedimenti cautelari ad efficacia obbligatoria. In seguito, si avrà occassione di parlare più diffusamente di questi argomenti di carattere "generale".

[8] ELKIND, *op. cit.*, p. 153.

[9] HUDSON, *The Permanent Court of International Justice,1920-1942*, New York, 1943, p.425. Inoltre, secondo quanto osservato da un autorevole studioso, "(i)t cannot be lightly assumed that the Statute of the Court - a legal instrument - contains provisions relating to any merely moral obligations of States"(H. LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court*, London, New York, 1958, p. 254).

[10] Per il testo delle norme in questione v. *supra*, cap. 1, nota 17.

Commissione di diritto internazionale[11], nonchè di norme sulla tutela cautelare contenute in taluni strumenti bilaterali istitutivi di tribunali arbitrali *ad hoc*[12]. In tutte queste ipotesi, come è chiaro, la natura obbligatoria del potere cautelare può essere affermata, o esclusa, utilizzando i medesimi argomenti letterali a favore e contro l'obbligatorietà dei provvedimenti cautelari della Corte internazionale di Giustizia.

Infine, non perspicue sull'efficacia obbligatoria o meno dei provvedimenti cautelari risultano essere le norme sulla competenza cautelare di altri due importanti, e attualmente attivi, tribunali a carattere permanente, vale a dire la Corte interamericana dei diritti dell'uomo e il Tribunale dei Reclami Iran-Stati Uniti. L'art. 63, par. 2, della Convenzione di San José dispone che la Corte interamericana "shall *adopt* such provisional measures as it deems pertinent in matters it has under considerations"[13]. L'art. 26, par. 1, del Regolamento di procedura del Tribunale dei reclami Iran-Stati Uniti (preventivamente approvato dai governi iraniano e statunitense) prevede che il Tribunale "may take....interim measures"[14]. In relazione alla problematica in esame, sia l'espressione "shall adopt" che "take" contenute, rispettivamente, nella Convenzione di San José[15] e nel Regolamento di procedura del Tribunale dei reclami[16] possono

---

[11] *Ibidem*, nota n. 74.

[12] L'unico esempio che è dato conoscere in proposito è costituito dall'art. 18, par. 4, della Convenzione generale tra Francia e Tunisia del 3 luglio 1955, per il quale "Le Conseil peut dans tous le cas, à la requête d'une partie, inviter l'autre partie à prendre les mesures conservatoires que le Conseil jugera utiles" (cit. *supra* nota 14, cap. 1)

[13] Per il testo della norma, *ibidem*.

[14] *Ibidem*, nota n. 9.

[15] Secondo BUERGENTHAL non è agevole raggiungere conclusioni definitive a favore dell'obbligatorietà dei provvedimenti cautelari adottati dalla Corte americana dei diritti dell'uomo nemmeno ricorrendo ad un'interpretazione sistematica della Convenzione, ed in particolare alla luce del combinato disposto dell'art. 63, par. 2, da un lato, e degli articoli 67 e 68, par. 1, dall'altro. Ciò in quanto, secondo quest'autore, sarebbero rilevabili delle discrepanze tra il testo inglese e i testi francese, spagnolo e portoghese di queste due ultime norme citate. Ad avviso di Buergenthal nemmeno il ricorso ai lavori preparatori dell'art. 63, par. 2, consentirebbe di fare chiarezza sulla questione dell'obbligatorietà o meno dei provvedimenti in

considerarsi "neutre": seppure piú forti rispetto all'espressione "may indicate" ex art. 41 dello Statuto della CIG, esse non sono tuttavia idonee a connotare con certezza la natura vincolante del potere cautelare, a differenza di espressioni quali "order" o "prescribe" che si riscontrano in altri strumenti convenzionali.

Conviene inoltre puntualizzare che la questione dell'efficacia obbligatoria dei provvedimenti cautelari si pone non soltanto nella ipotesi appena menzionata, e cioé quando il trattato istitutivo contenga una norma sui provvedimenti cautelari che non attribuisce con chiarezza efficacia obbligatoria a questi provvedimenti. La problematica di cui si discute coinvolge infatti anche i tribunali rispetto ai quali lo strumento istitutivo non preveda alcuna norma sulla tutela cautelare. In questi casi, come si é detto, l'organo internazionale è comunque legittimato ad apprestare una tutela interinale in virtù della norma generale che si è ricostruita nel primo capitolo. Poichè questa norma costituisce fonte di un potere cautelare di natura *raccomandatoria*, a prima vista si potrebbe sostenere che, rispetto a quei tribunali, la problematica in discorso non avrebbe ragione di porsi: se la norma generale attribuisce un potere generale di natura raccomandatoria, potrebbe in effetti apparire ovvio che i provvedimenti cautelari abbiano, nella ipotesi in questione, efficacia non vincolante.

---

questione. Tuttavia, sempre secondo questo autore, si dovrebbe ritenere che tali provvedimenti siano di natura vincolante tenendo presente lo scopo dell'art. 63, par. 2, vale a dire quello di evitare "irreparable damage to persons", nonchè il fatto che la Convenzione è un trattato di garanzia dei diritti dell'uomo (v. BUERGENTHAL, *Interim Measures cit.*, p 75 ss.)

[16] Occorre osservare che, in dottrina, vi è chi ritiene che la formulazione dell'art. 26, par. 1, del Regolamento di procedura del Tribunale dei Reclami Iran-Stati Uniti implichi chiaramente che i provvedimenti cautelari abbiano natura vincolante. Questa dottrina sostiene: "Although the mandatory character of interim measures is a debated issue with other international bodies because of the wording of the express grants of authority, interim measures 'take[n]' under Article 26(1) clearly may place mandatory obligations upon the parties. A Tribunal may, however, indicate non-mandatory interim measures if tit desires and, thus, clarity in drafting of the interim measures award is essential" (CARON, *Interim Measures of Protection: Iran-U.S. Claims Tribunal*, in ZAÖRV, 1986, vol. 46, pp. 508-509.

Ad una più approfondita analisi, emerge però che la questione dell'effettiva obbligatorietà dei provvedimenti cautelari si è posta, sia nella giurisprudenza internazionale che nella dottrina, anche in relazione a organi giurisdizionali non autorizzati a esercitare il potere cautelare per effetto del trattato istitutivo. Più precisamente, questa problematica si è presentata già all'inizio di questo secolo, ed ha anzi causato lo scioglimento del Tribunale arbitrale istituito nel 1907 da Nicaragua e Honduras dopo appena sei giorni dalla sua costituzione. Il Tribunale, che non era autorizzato dal trattato istitutivo ad apprestare una tutela interinale, ritenne infatti di *ordinare* determinati comportamenti a titolo cautelare. Il Nicaragua rifiutò di conformarsi all'ordinanza del Tribunale, tra l'altro sostenendo che l'organo non fosse legittimato ad emanare provvedimenti cautelari ad efficacia vincolante, con ciò causando lo scioglimento dell'organo[17].

Molto più recentemente, l'occasione di dibattito è stata offerta dall'affare *Cruz Varas* innanzi agli organi di garanzia del sistema europeo dei diritti dell'uomo (organi ai quali - come è noto - la Convenzione di Roma non attribuisce il potere di apprestare una tutela interinale). Avendo il Governo svedese mancato di adempiere a un'ordinanza cautelare della Commissione, quest'ultima ha infatti propugnato la tesi dell'obbligatorietà dei provvedimenti cautelari adottati dagli organi di Strasburgo, in ciò contrastata dalla Corte, sia pure a strettissima maggioranza. Anche la dottrina, sul punto si è mostrata divisa, alcuni autori aderendo alla posizione della Commissione, altri a quella della Corte.

---

[17] Sul punto v. p. GUGGENHEIM, *Les mesures provisoires de procédure internationale cit.* pp. 34-35, nonché i riferimenti bibliografici di cui alle note 4, 5, 6, 7 e 8, nonchè *supra*, cap. 1, nota n. 42.

In seguito si avrà modo di fare più ampio riferimento all'affare *Cruz Varas*[18]. Per il momento basti rilevare che la presenza di una norma generale attributiva di un potere cautelare di natura raccomandatoria non esclude, in principio, che l'obbligatorietá dei provvedimenti cautelari possa comunque essere affermata su altre basi. In effetti, è possibile che i comportamenti concretamente richiesti dai provvedimenti interinali costituiscano il contenuto di obblighi giuridici già incombenti sui destinatari dei provvedimenti stessi. In tale eventualità, i provvedimenti cautelari manifesteranno una loro cogenza non in quanto espressione di un generale potere cautelare di natura vincolante dell'organo, bensì per il fatto che quei provvedimenti hanno una portata meramente dichiarativa (e non costitutiva) di un precetto internazionale comunque gravante sui destinatari. Un'altra possibilità che andrà presa in considerazione concerne l'eventuale esistenza di una fonte generale di un potere cautelare di natura vincolante. Si tratta di una tesi che, come si è avuto occasione di rilevare nel primo capitolo, è stata prospettata da taluni autori[19]. È ovvio che se venisse accolta questa tesi, la norma consuetudinaria attributiva di un potere cautelare di natura raccomandatoria, assumerebbe ben poca rilevanza, sia sotto il profilo teorico che pratico.

Nei prossimi pagrafi si intende approfondire la questione dell efficacia giuridica dei provvedimenti cautelari svolgendo un esame accurato della giurisprudenza e della prassi internazionale, nonché della dottrina. L'analisi farà riferimento sia all'ipotesi in cui il trattato istitutivo contenga una norma in materia cautelare "ambigua" circa l'efficacia dei provvedimenti cautelari, sia all'ipotesi, invece, in cui il trattato istitutivo non contempli alcuna disciplina normativa in materia.

---

[18] V. *infra*, par. 3.
[19] È la tesi dei poteri implici (v. *infra*, capitolo 1, par. 6.2)

2. Gli orientamenti della giurisprudenza internazionale: il carattere "inerente" del potere di adottare provvedimenti cautelari ad efficacia obbligatoria

Dall'esame della giurisprudenza internazionale sulla problematica in esame emerge un interessante indirizzo seguito dal Tribunale dei reclami Iran-Stati Uniti. L'art. 26 del Regolamento di procedura di questo tribunale, come si è detto, autorizza l'organo a prendere misure cautelari; inoltre, al par. 2, l'art. 26 stabilisce che queste misure possono essere adottate nella forma delle *interim awards*, vale a dire con un atto di natura vincolante. Nelle pagine precedenti, si è avuto modo di precisare che il Tribunale ha sviluppato una cospicua giurisprudenza in materia, con la quale esso ha affermato che il potere cautelare è "inerente" alla esercizio di giurisdizione. In sostanza, ad avviso di questo Tribunale, l'art. 26 del Regolamento di procedura non costituisce la fonte normativa del potere cautelare[20]. Si deve a questo punto osservare che, dall'esame di questa giurisprudenza, emerge anche che l'organo presuppone chiaramente che i provvedimenti cautelari (adottati o meno nella forma dell'*interim award*) abbiano natura vincolante. Nel motivare le ragioni del proprio orientamento, il Tribunale ha ripetutamente precisato che l'obbligo per i destinatari di adempiere alle ordinanze cautelari (anche a quelle adottate come *interim award*) discende dalla circostanza che, con le Dichiarazioni di Algeri, i Governi interessati hanno conferito al Tribunale giurisdizione in ordine a certi reclami. Nel caso *RCA Global Communication. v. Iran*, la Prima Camera del Tribunale, ad esempio, ha puntualizzato:

"The consistent practice of the Tribunal indicates, that this inherent power [quello di emanare "such orders as may be necessary to conserve the respective rights of the parties and to ensure its jurisdiction and authority are made fully effective"] *is in no way*

[20] V. l'analisi svolta nel capitolo 1, par. 3.

restricted by the language in Article 26 of the Tribunal Rules. Further, the Government of Iran and the Government of the United States have agreed in the Algeriers Declarations to confer upon this Tribunal jurisdiction over certain claims. *It follows that both governments are under an international obligation to comply with any decisions rendered by the Tribunal pursuant to this agreement*"[21](corsivo aggiunto).

Lo stesso orientamento è stato successivamente seguito dalla Terza Camera nell'affare *Tadjer-Cohen v. Iran.* In relazione ai provvedimenti cautelari adottati in questo caso, si è osservato:

" The Government of the Islamic republic of Iran and the Government ot the United States of America, having agreed in the Algiers Declarations to confer upon this Tribunal jurisdiction over certain claims, are under an international obligation to comply with any decisions rendered by the Tribunal"[22].

L'indirizzo seguito dal Tribunale dei Reclami sembra particolarmente significativo per la circostanza che l'art. 26 del Regolamento di Procedura, per effetto di un'interpretazione estensiva, avrebbe forse potuto essere posto a fondamento della natura obbligatoria dei provvedimenti cautelari, in specie di quelli adottati nella forma di *interim award.* Non si può comunque fare a meno di osservare che non sarebbe parso consequenziale che il Tribunale, avendo affermato in via giurisprudenziale la natura "inerente" del potere cautelare, e quindi escluso che l'art. 26 costituisse la fonte di tale potere, richiamasse poi quest'ultima disposizione per fondarne la natura vincolante.

Pare infine interessante notare che l'efficacia obbligatoria delle ordinanze cautelari del Tribunale non può essere messa in discussione dalla circostanza che l'organo - sin

[21] V. Interim Award 31 ottobre 1983, in *Iran - U.S. Claims Tribunal Reports*, vol. 4, pp. 6-7.

[22] V. Interim Award 11 novembre 1985, in *ibidem*, p. 304, nonché - sempre nello stesso caso - Interim Award 24 maggio 1988, *ibidem*, vol. 18, p. 61. Nello stesso senso, v. l'opinione concorrente del giudice Mosk all'ordinanza cautelare 20 ottobre 1983, nel caso *Ford Aerospace v. Iran*, *ibidem*, vol. 3, p. 338.

dalle prime ordinanze in materia - abbia utilizzato una terminologia ambigua, limitandosi a "richiedere" e non già "ordinare" le misure provvisorie da adottare[23]. Questa terminologia aveva legittimato qualche dubbio sull'obbligatorietà delle misure in questione[24]. E' stato lo stesso Tribunale, su richiesta dei Governi iraniano e statunitense, a chiarire che l'espressione usata ("the Tribunal requests...") non contraddiceva assolutamente la natura vincolante delle misure stesse[25].

---

[23] Sin dalla prima ordinanza in materia cautelare (nel caso *E-Systems, Inc.* v. *Iran*, 4 febbraio 1983), i giudici Holtzmann e Mosk - nella propria opinione concorrente - avevano ritenuto opportuno effettuare talune precisazioni circa la formulazione del dispositivo dell'ordinanza cautelare in questione. Il dispositivo di questa ordinanza recitava: "[T]he Tribunal *requests* the Government of Iran tomove for a stay of the proceedings before the Public Court of Tehran untilthe proceedings in this case before the Tribunal have been completed" (corsivo aggiunto). Al riguardo, i due giudici hanno osservato: "One might have been opreferred to express the obligatory nature of the Interim Award by use the word "orders" instead of "requests". It must be recalled, however, that this is addreessed to one of the Governments which established the Tribunal by international agreement. It is to be presumed that such Government will respect the obligation expressed in the Interim Award stating what it "should" do. Accordingly, we join with those who consider that the term "requiests" is adequate in this context. In these circumstances we consider that a "request" is tantamount to and has the same effect as an order" (v. *Iran -U.S. Claims Tribunal Reports*, vol. 2, p. 64).

[24] Vedi, ad esempio, l'opinione dissidente del giudice Kashani nel caso *RCA Global Communications, Inc.* v. *Iran*, in cui - nel contestare l'ordinanza cautelare del Tribunale - questo giudice osserva che: "Although the Tribunal has *merely made a request* of the Respondents in its final Decison, and so it might be possible to overlook the invalid premises employed in the taking of that Decision, nonetheless the arguments adduced in the Decision are so invalid and unjustified that I am obliged to state my views" (*ibidem*, vol. 5, p. 126).

[25] Nel caso *Behring International* v. *Iran*, la Chamber three del Tribunale aveva adottato un'ordinanza cautelare con la quale essa "request[ed] the Claimant to take whatever measures are necessary to assure tha the sale of assests scheduled....is not carried out". In relazione a questa ordinanza, e dietro richiesta dei due Governi, il Presidente della Camera ha precisato: "There have been inquires by the Agents of the Governments of Iran and of the United States concerning the meaning of the word "request" which appears in the Interim Award filed 10 August 1983 [ovvero, l'ordinanza cautelare nel caso sopra menzionato]. The word "request" in this type of case and in thos context is tatamount to and constitutes an order. Consequently, paragraph 1 of the Interm Award means an order for Behring International, Inc. to stop the sale scheduled for 15 August 1983" (per il testo dell'ordinanza cautelare e per la nota esplicativa del Presidente della Camera v. *ibidem*, rispettivamente p. 173 e p. 175).

Si può peraltro osservare che, nei casi in cui il Tribunale ha avuto notizia della violazione di un'ordinanza cautelare, esso ha ricordato che il destinatario aveva l'obbligo di dare adempimento all'ordinanza in questione (v., ad esempio, l'ordinanza 19 novembre 1984 nel caso *Ford Aerospace & Communication* v. *Iran cit.*).

In definitiva, secondo l'orientamento giurisprudenziale che si è esaminato, il potere di apprestare una tutela interinale sarebbe, oltre che "inerente" all'esercizio di una funzione giurisdizionale, di natura *necessariamente vincolante.*

3. (Segue) Il fondamento convenzionale della natura vincolante del potere cautelare

L'indirizzo opposto a quello del Tribunale dei Reclami Iran-Stati Uniti è stato seguito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che - come si è già precisato - al pari della Commissione, non è autorizzata dalla Convenzione di Roma ad apprestare una tutela interinale[26]. Di recente, la Corte ha avuto modo di pronunciarsi sulla problematica in argomento, in relazione all'affare *Cruz Varas*[27]. Si tratta di una decisione importante, sulla quale vale la pena di soffermarsi, soprattutto in considerazione del fatto che essa costituisce l'*unica* decisione concernente *direttamente* la questione dell'efficacia vincolante o meno dei provvedimenti cautelari. In altri termini, la Corte risulta essere l'unico organo di giustizia internazionale che ha avuto occasione di pronunciarsi su tale questione in via principale, dovendo accertare se il mancato adempimento a provvedimenti cautelari costituiva o meno un illecito internazionale.

La vicenda che ha dato origine all'intervento della Corte può essere brevemente riassunta come segue. Alcuni cittadini cileni, Cruz Varas e la sua famiglia, avevano

---

[26] V. *supra*, cap. 1, par. 2. Pare nondimeno necessario ricordare che, sia la Corte che la Commissione hanno inserito, nei rispettivi Regolamenti di procedura, una norma concernente la possibilità di adottare provvedimenti cautelari. Per il testo di queste norme v. *supra*, cap. 1, note 21 e 23.

[27] Sentenza 20 marzo 1991, in *Publications of the European Court of Human Rights*, Series A, vol. 201.

proposto ricorso innanzi alla Commissione di Strasburgo avverso un provvedimento delle autorità svedesi con il quale veniva ordinato il rimpatrio forzato dei ricorrenti. Questi ultimi tra l'altro lamentavano che, se effettivamente espulso verso il Cile, Cruz Varas sarebbe stato sottoposto a trattamenti contrari all'art. 3 della Convenzione, che vieta la tortura e i trattamenti o le pene disumane o degradanti[28]. Il Presidente della Commissione, accogliendo l'istanza cautelare presentata con il ricorso principale, ai sensi dell'art. 36 del Regolamento di procedura dell'organo richiese al Governo svedese di sospendere l'esecuzione del provvedimento di espulsione fino al momento della sessione plenaria della Commissione. Il Governo non ottemperò invece a tale richiesta e procedette all'espulsione di Cruz Varas (ma non degli altri ricorrenti, che si erano resi irreperibili)[29]. Dichiarato successivamente ricevibile il ricorso, e resosi impossibile raggiungere un componimento amichevole della controversia, la Commissione adottò il proprio rapporto con il quale decise (con il solo voto difforme del commissario

---

[28] Come è noto, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo lascia impregiudicata la libertà degli Stati contraenti in tema di ammissione e soggiorno di stranieri nei rispettivi territori. In altri termini, la Convenzione non vieta agli Stati di rimpatriare, in virtù della propria legislazione nazionale, individui di nazionalità straniera che si trovino a soggiornare entro i confini territoriali di quegli Stati. Nondimeno, secondo la giurisprudenza, ormai consolidata, degli organi di garanzia di Strasburgo, gli Stati parte alla Convenzione di Roma hanno l'obbligo di non procedere all'espulsione (e anche all'estradizione) di cittadini stranieri nei casi in cui vi sia la ragionevole possibilità che questi individui subiscano, nello Stato verso il quale sono stati espulsi (o estradati), trattamenti contrari all'art. 2 (diritto alla vita e all'integrità fisica) e all'art. 3 (divieto di tortura o di trattatamenti o pene disumane o degradanti) della Convenzione (sempre che, beninteso, lo Stato verso il quale lo straniero viene espulso - o estradato - non sia parte alla Convenzione o non abbia accettato il diritto di ricorso individuale innanzi agli organi di Strasburgo). In tali casi, il meccanismo di garanzia dei diritti dell'uomo di Strasburgo viene a operare non solo per violazioni *attuali*, ma anche solo *potenziali*, della Convenzione di Roma. Sul punto, si veda V. STARACE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Bari, 1992, pp. 24-25, nota 11.

[29] Poichè il Governo svedese non aveva ottemperato alla richiesta di sospendere l'esecuzione del provvedimento di espulsione, la Commissione decise di applicare nuovamente l'art. 36 del regolamento di procedura. L'organo richiese al Governo svedese non solo di "not to deport the second and the third applicants to Chile", ma anche di "take measures which would enable the

Sperduti) che il mancato adempimento dell'indicazione *ex* art. 36 del regolamento costituiva una violazione del diritto all'effettivo esercizio di ricorso individuale di cui all'art. 25, par. 1, ult. parte, della Convenzione[30].

Giunto innanzi alla Corte, l'affare *Cruz Varas* ha fornito alla Commissione l'occasione per precisare in modo approfondito la propria posizione circa l'efficacia dei provvedimenti adottati *ex* art. 36 del Regolamento di procedura[31]. Ad avviso della

---

first applicant to return to Sweden as soon as possible" (v. rapporto 7 giugno 1990, par. 9, paragrafo che non risulta essere stato pubblicato).

[30] V. rapporto 7 giugno 1990, riprodotto (non interamente) in *Publications of the European Court of Human Rights*, Series A, vol. 201, p. 42 ss., con il quale la Commissione ha deciso , con 8 voti contro 5, che non vi era stata violazione dell'art. 3 e, all'unanimità, che l'espulsione di uno solo dei ricorrenti non costituiva una violazione dell'art. 8. Pare interessante notare che, per lungo tempo, la Commissione ha escluso di avere il potere di adottare misure cautelari ad effetti obbligatori (v., ad esempio, decisione 18 dicembre 1964 sulla ricevibilità dei ricorsi 1420, 1477 e 1478/62, in *Yearbook of the European Convention of Human Rights*, 1963, p. 627, in cui la Commissione ha precisato di non avere il potere di *ordinare* misure cautelari, ma solo di *raccomandarle*). Il motivo che può avere indotto l'organo a mutare orientamento, nell'affare *Cruz Varas*, è probabilmente costituito dall'epilogo che ha avuto l'affare *Mansi* c. *Svezia*, il quale ha chiaramente evidenziato le implicazioni pratiche dell'asserita natura non vincolante delle indicazioni cautelari della Commissione. Il ricorrente, di nazionalità giordana, aveva impugnato innanzi alla Commissione un provvediemnto di espulsione deciso dalle autorità svedesi. Egli sosteneve che, se rimpatriato in Giordania, sarebbe stato torturato e che pertanto il Governo svedese avrebbe violato (sia pure indirettamente) l'art. 3 della Convenzione. In applicazione dell'art. 36 del regolamento di procedura, il Presidente della Commissione richiese al governo interessato di sospendere l'esecuzione del provvedimento di espulsione fino alla successiva sessione plenaria dell'organo. Il Governo non ottemperò tale richiesta, e diede esecuzione al provvedimento in questione. Il ricorrente venne in seguito effettivamente torturato in Giordania. Il ricorso (dichiarato ricevibile dalla Commissione) venne successivamente cancellato dal ruolo per il raggiungimento di un componimento amichevole della lite. Pare significativo che il Governo svedese, nel comunicare alla Commissione i termini di questo regolamento amichevole, abbia dichiarato: "The Government regrets that Mr mansi was expelled to Jordan after the indication under Rule 36 of the Rules of Procedure of the Commission had been given that he should not be expelled" (v. rapporto 9 marzo 1990, in *Human Rights Law Journal*, 1991, p. 170 ss.). Il caso *Mansi* costituisce un chiaro esempio di come il rifiuto di dare seguito ad un provvediemnto cautelare possa seriamente mettere in discussione l'efficacia concreta del sistema di garanzia dei diritti dell'uomo di Strasburgo.

[31] È tuttavia opportuno precisare che l'organo ha inteso limitare il problema dell'obbligatorietà dei provvedimenti cautelari alle circostanze relative al caso in esame. La ragione di siffatta limitazione, ad avviso della Commissione, era costituita dalla circostanza che la questione dell'obbligatorietà o meno dei provvedimenti cautelari è oggetto di dibattito e di incertezze per i tribunali internazionali in genere, e non esiste al riguardo una soluzione giuridica uniforme.

Commissione, il diritto di ricorso individuale, se interpretato alla luce del criterio ermeneutico c.d. dell' *effet utile*, implicherebbe che un individuo debba essere posto in condizioni non solo di adire l'istanza internazionale, ma anche di mantenere un contatto costante con essa per tutta la durata del procedimento, per avere tra l'altro la possibilità di contestare le osservazioni scritte e orali del Governo innanzi agli organi di Strasburgo. Nel caso di specie, l'espulsione del ricorrente aveva pertanto "frustrated the examination of the alleged violation and put into question the practicality and effectiveness of the future findings of the Convention organs". In aggiunta, tale azione aveva reso più difficile per la Commissione procedere all'accertamento dei fatti (in base al disposto dell'art. 28, par. 1, lett. *a*), della Convenzione), il ricorrente stesso costituendo - nel caso di specie - la fonte principale di informazioni. Nondimeno, secondo l'opinione della Commissione, l'art. 25, par. 1, ult. parte, non imporrebbe agli stati, *in ogni circostanza*, di sospendere l'esecuzione di un provvedimento di espulsione per il mero fatto che sia stato presentato un ricorso innanzi agli organi di Strasburgo. Tale obbligo sorgerebbe invece, sempre ad avviso della Commissione, *solo in circostanze eccezionali*, ovvero quando - in applicazione dell'art. 36 del regolamento di procedura (norma che contempla la possibilità di apprestare una tutela interinale) - l'organo ritenga che "serious and irreparable damage might occur if the decision at issue was enforced as to violations of articles 2 and 3 of the Convention". In queste circostanze, l'intervento *ex* art. 36 del regolamento di procedura non imporrebbe *nuovi obblighi* per gli Stati, bensì - come ha precisato la Commissione - costituirebbe unicamente una specificazione e chiarificazione dei principi previsti nell'art. 25[32].

[32] V. l'intervento del Delegato della Commissione innanzi alla Corte, *Council of Europe, European Court of Human Rights, verbatim records* della seduta tenutasi il 22 ottobre 1990

La posizione della Commissione non è stata condivisa dalla Corte, che - sebbene a strettissima maggioranza (10 voti a favore e 9 contrari) - ha ritenuto che il comportamento delle autorità svedesi non costituisse una violazione della norma in questione. La Corte non si è limitata a confutare la posizione della Commissione[33], ma

---

sull'affare *Cruz Varas*, Cour/Misc.(90)320, p. 5 ss. Occorre aggiungere che il Delegato della Commissione ha inoltre sostenuto che il comportamento del Governo svedese era in contrasto anche con gli articolo 1 e 19 della Convenzione. egli ha infatti osservato che, quando un individuo viene espulso dal territorio di uno stato nelle circostanze del caso di specie, lo stato in questione perde il controllo della situazione e non è più in grado di assicurare il rispetto dei diritti e delle libertà garantiti dalla Convenzione, secondo quanto richiesto dall'art. 1 della Convenzione. Il comportamento del Governo svedese era poi in contrasto con l'art. 19 della Convenzione (il quale dispone che la Commissione e la Corte hanno il dovere di garantire il rispetto degli obblighi sanciti nella Convenzione da parte degli Stati contraenti), in quanto l'espulsione del ricorrente aveva impedito alla Commissione di adempiere ai propri compiti in base a quanto richiesto dalla norma in questione (*ibidem*, p. 6).

Si deve osservare che, in dottrina, alcuni studiosi avevano già sostenuto una posizione simile a quella assunta dalla Commissione nel caso *Cruz Varas*. Tra questi studiosi, v. BÜLOW, *Bemerkungen aus der Sicht des gegenwärtigen verfahrensbeantragten*, in *Revue des droits de l'homme*, 1975, pp. 363-364; ROGGE, *Einstweilige Massnahmen im Verfahren vor der Europäischen Kommissiin für Menschenrechte*, in *Neuè Juristische Wochenschrift*, 1977, p. 1570. Tra gli studiosi che hanno avuto occassione di commentare l'affare *Cruz Cruz Varas*, hanno condiviso l'orientamento della Commissione OELLERS-FRAHM, *Zur Verbindlichkeit einsweiliger Anordnungen der Europäischen Kommission für Menschenrechte*, in *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1991, p. 197, che utilizza la tesi in argomento per rafforzare, con specifico riferimento al sistema europeo di protezione dei dirtti dell'uomo, la propria opinione circa l'obbligatorietà dei provvedimenti cautelari derivante dall'interpretazione di qualsiasi trattato istitutivo di organi giurisdizionali, compresa la Convenzione europea, effettuata sulla base della teoria dei poteri impliciti (in proposito, v. *infra*, p.....); COHEN-JONATHAN, *De l'effet juridique des 'mesures provisoires' dans certaines circostances et de l'efficacité du droit de recours individuel: à propos de l'arrêt Cruz Varas de la Cour EDH*, in *Revue universelle de droits de l'homme*, 1991, p. 205 ss.; MAC DONALD, *Interim Measures in International Law, with Special Reference to the European System for the Protection of Human Rights*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1992, p. 735 ss. Contesta invece questo orientamento GOLSONG, *Interpreting the European Convention on Human Rights Beyond the Confines of the Vienna Convention on the Law of Treaties?*, in *The European System for the Protection of Human Rights* (a cura di MacDonald ed altri), Dordrecht, Boston, London, 1993, pp. 151-155.

[33]La Corte ha in propsito precisato che, sebbene il diritto di ricorso individuale debba essere interpretato in modo "pratico e effettivo, e non teorico e illusorio" (al pari dei diritti sostanziali garantiti dalla Convenzione), ciò non consentirebbe comunque di "forzare" il significato dell'art. 25, par. 1, ult. parte, deducendo da questa norma l'obbligo di adempiere alle deliberazioni assunte dalla Commissione in virtù dell'art. 36 del proprio regolamento di procedura. Questa conclusione, sempre ad avviso della Corte, non verrebbe ad essere modificata neppure se l'art. 25, par. 1, ult. parte, fosse interpretato sistematicamente con gli articoli 1 e 19 della Convenzione, come sostenuto dal delegato della Commissione. In aggiunta,

ha anche svolto considerazioni di portata più generale, riferibili anche alle proprie ordinanze cautelari. Anzitutto, l'organo ha precisato:

"In the absence of a provision in the Convention for interim measures an indication given under Rule 36 cannot be considered to give rise to a binding obligation"[34].

In secondo luogo, la Corte ha negato che il fondamento dell'obbligatorietà dei provvedimenti cautelari potesse rinvenirsi in una fonte diversa da quella pattizia, più precisamente escludendo l'esistenza di una norma consuetudinaria particolare in materia. A questo proposito, la Corte ha osservato che numerose risoluzioni del Comitato dei Ministri del Consiglio di Europa attestano che le indicazioni cautelari degli organi di garanzia hanno natura di raccomandazioni: ad avviso dell'organo, ciò dimostrerebbe che la prassi quasi uniforme degli Stati di conformarsi a tali indicazioni non può essere basata sulla convinzione di adempiere ad un obbligo giuridico[35]. In secondo luogo, la Corte ha negato che l'obbligatorietà dei provvedimenti cautelari possa desumersi ricorrendo ad un principio generale di diritto, e ciò per il fatto che vi è controversia circa l'obbligatorietà o meno dei provvedimenti cautelari adottati dai tribunali internazionali e non esiste, al riguardo, una norma giuridica uniforme[36]. Tutto ciò ha consentito alla Corte di affermare che il potere di ordinare misure provvisiorie di

---

la Corte ha evidenziato che la norma in questione non potrebbe essere utilizzata per conferire obbligatorietà ai provvedimenti cautelari rispetto a casi originati da ricorsi interstatatli, in relazione ai quali gli interessi al rispetto dei provvedimenti cautelari sono essenzialmente gli stessi (sentenza 20 marzo 1991 *cit.*, par. 99, p. 35 ss.).

[34] La Corte ha anche osservato che l'art. 36 dl regolamento di procedura della Commissione (comunque inidoneo - ad avviso dell'organo - a conferire un potere decisionale in materia cautelare nel silenzio della normativa convenzionale) utilizza una formulazione che esprime il carattere di raccomandazione proprio delle deliberazioni eventualmente assunte (*ibidem*, paragrafi 97 e 98, p. 35).

[35] Sentenza cit., par. 100, p. 36.

[36] Par. 101, p. 36.

carattere vincolante non potesse essere desunto né dall'art. 25, par. 1, *in fine*, né da altre fonti. In conclusione, l'organo ha pertanto affermato:

" It lies within the appreciation of the Contracting Parties to decide whether it is expedient to remedy to this situation by adopting a new provision notwithstanding the wide practice of good faith compliance"[37].

Questa posizione, come si è detto, è stata assunta a strettissima maggioranza. Per quanto riguarda i giudici dissenzienti, occorre notare che essi sembrano aver seguito un orientamento prossimo a quello elaborato dal Tribunale dei Reclami Iran-Stati Uniti. I giudici di minoranza non si sono limitati infatti a condividere l'interpretazione "estensiva" dell'art. 25, par. 1, ult. parte, proposta dalla Commissione: essi hanno anche aggiunto che, a loro avviso, dalla Convenzione si può desumere *implicitamente* il potere degli organi di garanzia di Strasburgo di richiedere agli Stati di astenersi da comportamenti che potrebbero vanificare l'esito dell'intero procedimento internazionale di garanzia[38].

---

[37] Par. 102, p. 36. È noto che, in occasione del Protocollo 11, gli Stati contraenti non hanno ritenuto opportuno inserire una norma sulla competenza cautelare, malgrado le indicazioni in tal senso della Corte. Conviene precisare che, secondo la Corte, la mancata conformità ad un provvedimento cautelare non sarebbe priva di effetti giuridici. Condividendo l'opinione del commissario dissenziente Sperduti, i giudici di maggioranza hanno osservato che, nelle circostanze del caso di specie, lo stato che decida di non seguire l'indicazione cautelare della Commissione assume con ciò consapevolmente il rischio di essere successivamente dichiarato inadempiente *ex* art. 3 della Convenzione. Ciò comporterebbe, secondo la Corte, che "any subsequent breach of Article 3 found by the Convention organs would have to be seen as aggravated by the failure to comply with the indication" (*ibidem*, par. 103, p. 37. Per l'opinione dissidente del commissario Sperduti, v. rapporto della Commissione *cit.*, p. 55). Questa impostazione è stata, in dottrina, condivisa da SPIELMANN, *op. cit.*, p. 1315. Inoltre, una posizione analoga a quella assunta, nel caso in esame, dal commissario Sperduti e dai giudici di maggioranza della Corte, era stata già espressa in dottrina da BARILE, *Osservazioni cit.*, p. 152 ss.

[38] Sentenza cit., pp. 39-40.

4. (Segue) Esame della giurisprudenza che non ha assunto una posizione espressa sulla problematica in esame

Si deve a questo punto precisare che il Tribunale Iran-Stati Uniti e la Corte europea dei diritti dell'uomo risultano essere gli unici organi di giustizia internazionale ad aver chiarito e motivato il proprio orientamento circa la questione della natura vincolante o meno dei provvedimenti cautelari adottati. Che dire allora degli altri, e numerosi, organi di giustizia che pure hanno avuto occasione di apprestare una tutela interinale? Nell'assenza di espresse precisazioni, si può solo tentare di desumere in via interpretativa la posizione di questi organi sulla problematica in esame, attraverso l'analisi dei provvedimenti con le relative motivazioni. In taluni casi tale procedimento ermeneutico pare condurre a risultati sufficientemente univoci in ordine all'obbligatorietà dei provvedimenti cautelari emanati, anche se appare comunque difficile stabilire il fondamento giuridico sul quale l'organo abbia inteso basare la natura vincolante del potere cautelare. In altri casi, invece, l'attività interpretativa in questione non consente nemmeno di desumere le ragionii dell'orientamento dell'organo internazionale sulla efficacia obbligatoria dei provvedimenti cautelari.

4.1 Le posizioni implicitamente riconducibili alla natura vincolante dei provvedimenti cautelari

Alla prima categoria appartiene, anzitutto, il Tribunale arbitrale istituito da Honduras e Nicaragua nel 1907. Come si ricorderà, questo Tribunale (che peraltro risulta essere stato il primo organo internazionale ad aver adottato provvedimenti cautelari) non era autorizzato dal trattato istitutivo ad apprestare una tutela interinale; il trattato istitutivo prevedeva però che le parti avevano l'obbligo di astenersi, *pendente lite*, da comportamenti pregiudizievoli alla soluzione arbitrale delle controversie. Più precisamente, l'art. XI di questo trattato recitava:

" Los Gobiernos de los Estados en disputa se comprometen solemnemente a no ejecutar acto alguno de hostilidades, a prestos bellicos e moviciacion de fuerzas, a fin de no impedar el arreglo de la difficoldad o cuestion, por los establecidos en el presente convenio".

Premesso che la controversia portata in giudizio aveva dato origine a scontri armati tra i due Stati, il Tribunale arbitrale, appena istituito, osservò che il proprio dovere principale era quello di fare in modo che la decisione di merito non risultasse priva di efficacia pratica. L'organo adottò quindi un'ordinanza con la quale precisò, anzitutto, che le Parti dovevano dare immediata esecuzione all'art. XI del trattato istitutivo, conseguentemente disponendo che le forze armate dei due Stati dovevano cessare le ostilità e rientrare entro i confini territoriali dei rispettivi Stati[39].

La terminologia utilizzata evidenzia che il Tribunale presupponeva senz'altro la natura vincolante dell'ordinanza cautelare, e ciò in base al disposto dell'art. XI del trattato istitutivo. In definitiva, ad avviso del Tribunale, l'obbligo assunto dagli Stati contraenti di non impedire, tramite il ricorso alla forza armata, la soluzione delle

[39] GUGGENHEIM, *op. ult. cit.*, pp. 34-35; OELLERS-FRAHM, *Die einstweilige cit.*

controversie attraverso il ricorso alla procedura arbitrale, conferiva al Tribunale stesso il potere di ordinare la cessazione di qualsiasi atto di ostilità tra le parti alla lite.

Per quanto riguarda organi giurisdizionali attualmente operanti, si può osservare che la natura vincolante dei provvedimenti cautelari viene senz'altro assunta dalla Corte inter-americana dei diritti dell'uomo (che ai sensi dell'art. 63, par. 2, della Convenzione di San José è autorizzata a "adottare" i provvedimenti cautelari ritenuti necessari per evitare danni irreparabili agli individui). Sono due le ragioni che consentono di giungere a questa conclusione. Anzitutto, si può constatare che, nel proprio Regolamento di procedura, la Corte ha inserito una norma sulla tutela cautelare in cui ha soppresso la terminologia "neutra" dell'art. 63, par. 2, della Convenzione a vantaggio di un'espressione maggiormente idonea a connotare la natura vincolante del potere cautelare. L'art. 24, par.1, del Regolamento di procedura del gennaio 1991 stabilisce infatti che la Corte può "ordinare" (*ordenar*) provvedimenti cautelari, e non semplicemente " adottare" (*tomar*) questi provvedimenti, come invece dispone la norma convenzionale[40]. In secondo luogo, e si tratta di un aspetto abbastanza significativo, nei casi in cui la Corte ha constatato la mancata esecuzione di ordinanze cautelari, ha *intimato* al governo inadempiente di conformarsi all'ordinanza in questione. Un esempio in tal senso è offerto dall'affare *Bustios-Rojas*, concernente il Perù, e pendente innanzi alla Commissione interamericana dei diritti dell'uomo. Il Presidente della Corte,

[40] L'art. 24, par. 1, del Regolamento di procedura della Corte recita: "En cualquier estado del procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando se hago necesario para evitar daños irreparables a las personas, la Corte, de oficio o a istancia de parte, *podrá ordenar* las medidas provisionales que considere pertinentes, en los términos del artículo 63.2 de la Convención". Il Regolamento di procedura della Corte è riprodotto in Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991, OEA/Ser.L/V/III.25, doc.7, p. 18 ss.

su richiesta della Commissione, aveva infatti adottato un'ordinanza cautelare con la quale, *inter alia*, "ingiungeva" al Governo peruviano di prendere tutte le misure necessarie per proteggere la vita e la sicurezza personale dei ricorrenti e di taluni individui chiamati a testimoniare innanzi alla Commissione[41]. In seguito, riunitasi in sessione plenaria, la Corte venne informata della circostanza che il Governo peruviano non aveva eseguito l'ordinanza cautelare del Presidente. Per tale motivo, con ordinanza 8 agosto 1990, l'organo deliberò di "confermare" e "ratificare" l'ordinanza del Presidente; inoltre, chiaramente presupponendo la natura vincolante dei provvedimenti cautelari, la Corte stabilì:

"To give the Government of Peru a period of 30 days from the date of this Order *to comply with* the request of number 1 of the Order of June 5, 1990, and to inform the President of the Court in writing of the measures adopted" (corsivo aggiunto),

e:

"To authorise the President, in consultation with the Permament Commission, to adopt any additional provisional measures it considers necessary *to ensure the faithful*

[41] Come è noto, l'art. 63, par. 2, della Convenzione Interamericana dei diritti dell'uomo consente alla Commissione di richiedere alla Corte l'adozione di provvedimenti cautelari in relazione a casi non ancora sottoposti all'esame della Corte. Il caso *Bustios - Rojas* era pendente innanzi alla Commissione che, con risoluzione 16 maggio 1990, n. 2/90 (pubblicata in *Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights*, 1990, OAS/Ser.L/V/III.23, doc. 12, p. 23 ss.), ha chiesto alla Corte di adottare provvedimenti cautelari, così utilizzando per la prima volta i poteri che le sono conferiti dall'art. 63, par. 2, ult. parte, della Convenzione.

Non essendo in sessione la Corte, il Presidente - in applicazione dell'art. 23, par. 4, del Regolamento di procedura dell'organo, in data 5 giugno 1990 emanò un'ordinanza con la quale si accoglieva l'istanza cautelare della Commissione. Per il testo dell'ordinanza del Presidente v. *ibidem*, p. 27 ss.

fulfillment of this Order or any other measures it considers necessary to take in case of *a failure to comply*"[42] (corsivo aggiunto).

La terminogia utilizzata in questi brani induce a ritenere che la Corte presupponga senz'altro che i provvedimenti cautelari abbiano natura vincolante. Non sembra invece possibile ricavare dall'analisi dell'ordinanza in argomento nè, in generale, dalla giurisprudenza della Corte, elementi che consentano di chiarire le ragioni che hanno indotto l'organo a orientarsi per l'efficacia obbligatoria dei provvedimenti in questione.

4.2 Le posizioni da cui non si può trarre alcuna indicazione precisa sulla problematica in esame

La Corte internazionale di Giustizia appartiene invece alla seconda categoria sopra menzionata, vale a dire quella dei tribunali che non hanno assunto un orientamento chiaro in ordine alla questione della obbligatorietà o meno dei provvedimenti cautelari. Dall'esame della giurisprudenza dell'organo risulta in effetti arduo trarre elementi che contribuiscano a fare chiarezza su questa problematica, peraltro assai dibattuta in dottrina. A dire il vero, la Corte sembra anzi aver voluto accuratamente evitare di prendere una posizione esplicita in proposito[43]. Al riguardo, risultano emblematici

[42] Per il testo dell'ordinanza della Corte 8 agosto 1990 sulle misure cautelari nel caso *Bustios-Rojas* v. *ibidem*, p. 31 ss., nonchè *Human Rights Law Journal*, vol. 11, 1990, p. 257 ss.

[43] Vi sono studiosi che sostengono che, malgrado talune ambiguità, dall'esame di questa giurisprudenza emerge l'orinetamento dell'organo a favore della natura obbligatoria dei provvedimenti cautelari (v. Daniele). La maggioranza della dottrina pare invece condividere la tesi secondo al quale dalla giurisprudenza dell'organo alcuna indicazione chiara circa la problematica in esame.

alcuni brani della ordinanza emanata il 13 settembre 1993, nel caso relativo alla *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*[44]. La Corte, su istanza della Bosnia-Herzegovina, era stata sollecitata ad emanare provvedimenti cautelari aggiuntivi rispetto ai provvedimenti precedentemente adottati con l'ordinanza dell'8 aprile 1993.[45]. La Corte ha respinto la domanda della Bosnia-Herzegovina concernente l'emanazione di ulteriori misure provvisorie, e ha invece "riaffermato" i provvedimenti contenuti con quest'ultima ordinanza.

Nel motivare la propria decisione, la Corte ha fatto riferimento ai provvedimenti adottati l'ordinanza dell'8 aprile 1993, precisando di non essere convinta che "all that might have been done has been done to prevent commission of the crime of genocide in the territory of Bosnia-Herzegovina, and to ensure that no action is taken which may aggravate or extend the existing dispute or render it more difficult of solution". L'organo ha quindi ritenuto opportuno richiamare un *dictum* sui provvedimenti cautelari della sentenza del 26 giugno 1986, nel caso *Nicaragua*, e ha osservato:

"as.....previously found, 'when the Court finds that the situation requires that measures of this kind should be taken, it is incumbent on each party to take the Court's indication seriously into account...',

specificando che:

"this is particularly so in such a situation as now exists in Bosnia-Herzegovina where no reparation could efface the results of conduct which the Court may rule to have been contrary to international law".

---

[44] *ICJ Reports*, 1993, 325 ss.

[45] Con quest'ultima ordinanza, l'organo aveva richiesto alle parti di prendere le misure necessarie per impedire la commissione di atti di genocidio nel territorio della Bosnia-Herzegovina, nonché l'aggravarsi o l'estendersi della controversia

L'organo ha infine statuito:

"the present perilous situation demands, not an indication of provisional measures additional to those indicated by the Court's Order of 8 April 1993....but *immediate and effective implementation* of those measures[46]" (corsivo aggiunto).

Questi brani si prestano ad essere interpretati sia nel senso dell'obbligatorietà dei provvedimenti cautelari sia in senso opposto[47]. A favore della prima soluzione pare deporre, da un lato, il richiamo all'esistenza di un comportamento doveroso per entrambe le parti in seguito all'indicazione di misure cautelari ('when the Court finds that the situation requires that measures of this kind should be taken, *it is incumbent on each party...*) (corsivo aggiunto); dall'altro, la circostanza che la Corte - nel caso di specie - abbia respinto la richiesta di ulteriori provvedimenti cautelari e ribadito quelli già indicati, affermando in particolare che la situazione in Bosnia-Herzegovina richiedeva l'immediato e effettivo adempimento degli stessi[48]. In senso inverso, ovvero della non obbligatorietà dei provvedimenti in questione, si può evidenziare la

---

[46] *Ibidem*, pp. 347-349, paragrafi 57, 58, 59.

[47] Non così L. DANIELE, "*L'apport de la deuxième ordonnance de la Cour internationale de Justice cit.*", in *RGDIP*, 1994, che a p. 947 osserva: "Certes, la Cour n'était pas appelée à se prononcer *à titre principal* sur cette question, et partant, l'ordonnance ne contient pas une affirmation positive du caractère obligatoire des mesures. Il n'en demeure pas moins que la Cour n'est jamais allée aussi près d'une telle affirmation que dans la deuxième ordonnance. A ce propos, le fait d'avoir statué dans le dispotif que chaque mesure indiquée dans la première ordinnance et 'réaffirmée' dans la deuxième 'doit être immédiatement et effectivement mise en oeuvre' semble dévoiler, au-delà de la prudence du langage choisi, la vraie pensée de la Cour".

[48] Peraltro, anche nel dispositivo della ordinanza la Corte ha voluto sottolineare la necessità che ai provvedimenti già indicati dovesse essere data immediata esecuzione. Nel dispositivo dell'ordinanza, si legge infatti che la Corte, con tredici voti a favore e due contrari, "*Riaffirms* the provisional measure indicated in paragraph 52 A (1) of the Order made by the Court on 8 April 1993, which should be immediately and effectively implemented". La stessa formulazione è ripetuta con riferimento alla misura cautelare indicata al paragrafo 52 A (2) e 52 B della ordinanza emanata l'8 aprile. Da notare che la decisione di "riaffermare" la misura cautelare indicata al paragrafo 52 B è stata presa con 14 voti a favore e 1 voto contrario (v. *ICJ Reports cit.*, pp. 349-350).

precisazione della Corte circa il concreto comportamento richiesto alle parti in seguito all'indicazione di provvedimenti cautelari. L'organo si è infatti limitato a sottolineare che sulle parti "*it is incumbent to take the Court's indication seriously into account*" (corsivo aggiunto). In effetti, questa terminologia non pare certamente idonea a descrivere la natura vincolante dei provvedimenti in esame; sembra anzi che la Corte, effettuando la precisazione in questione, presupponesse che le parti avessero soltanto un dovere "morale", piuttosto che giuridico, di conformazione.

Analoghe ambiguità si rintracciano nella giurisprudenza antecedente all'ordinanza appena commentata. Esse vengono peraltro rafforzate dalla constatazione che la Corte (con l'unica eccezione della sentenza emanata il 26 giugno 1986, nel caso concernente le *Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua*[49]), di fronte a comportamenti oggettivamente contrari a ordinanze in materia cautelare, ha bensì espresso valutazioni negative circa gli stessi comportamenti, ma non ha mai direttamente collegato queste valutazioni al mancato adempimento alle ordinanze in questione. Nel caso *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, ad esempio, la Corte aveva adottato un'ordinanza cautelare che non era stata adempiuta dalle parti[50]. Nella sentenza di merito, facendo riferimento alla circostanza che il Governo iraniano aveva continuato a detenere gli ostaggi e a occupare i locali delle sedi diplomatiche e consolari statunitensi, l'organo ha riportato le osservazioni contenute nell'ordinanza cautelare e ha affermato:

---

[49]Si deve ricordare che, nella sentenza in questione, compare il *dictum* richiamato dall'organo nella seconda ordinanza sulle misure cautelari nel caso relativo alla *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (v. *I.C.J. Reports 1986*, p. 144, paragrafo 289).

[50]Ordinanza 15 dicembre 1979, in *I.C.J. Reports 1979*, p. 7 ss.

"It is matter of *deep regret* that the situation which occasioned those observations has not been rectified since they were made" (corsivo aggiunto).

Con riguardo al comportamento tenuto *sub judice* dagli Stati Uniti, i quali avevano tentato di liberare gli ostaggi attraverso un'azione militare in territorio iraniano, nella stessa sentenza la Corte ha precisato di essere:

"bound to observe that an operation undertaken in those circumstances, from whatever motive, is of a kind calculated to undermine respect for the judicial process in international relations",

ricordando che:

"in ....its Order of 15 December 1979, the Court has indicated that no action was to be taken by either party which might aggravate the tension between the two countries"[51].

Dall'esame di questi brani, emerge senza dubbio una valutazione negativa della Corte circa il comportamento delle parti, valutazione che pare indirettamente collegata all'inosservanza dell'ordinanza cautelare. Si potrebbe pertanto a prima vista sostenere che l'organo implicitamente presupponesse la natura vincolante dell'ordinanza stessa. Nondimeno, non si può ignorare che anche in questo caso la terminologia utilizzata può agevolmente condurre anche alla conclusione opposta, in specie nel brano riferito al comportamento iraniano. Si può in effetti osservare che se la Corte avesse realmente ritenuto vincolanti i provvedimenti cautelari, non si sarebbe certo limitata a esprimere "deep regret" nel constatare - sebbene implicitamente - il non adempimento agli stessi.

[51] *I.C.J. Reports 1980*, par. 92.

Un altro caso in cui la Corte pare aver voluto accuratamente evitare di prendere una posizione chiara circa la questione di cui si tratta è, infine, costituito dal caso concernente i *Nuclear Tests*. Nelle due sentenze concernenti le cause intentate, rispettivamente, dall'Australia e dalla nuova Zelanda contro la Francia, l'organo ha ritenuto necessario riportare *expressis verbis* la posizione dei due Governi attori circa gli esperimenti che la Francia aveva condotto in seguito ai provvedimenti cautelari indicati con le ordinanze 22 giugno 1973. Più precisamente, nella sentenza di merito sul caso "australiano" degli esperimenti nucleari, la Corte ha citato un brano di una comunicazione ufficiale del Governo australiano, e ha ricordato che:

"in the opinion of the Government of Australia the conduct of the French government constitues *a clear a deliberate breach* of the Order of the Court of 22 June 1973".

Un inciso di analogo tenore si rintraccia anche nella sentenza di merito relativa alla causa iniziata dalla Nuova Zelanda.

Le posizioni assunte dall'Australia e dalla Nuova Zelanda sono state riportate dalla Corte senza alcun commento. Questo potrebbe indurre a credere che l'organo abbia con ciò voluto farle proprie, così presupponendo la natura obbligatoria delle ordinanze cautelari in questione. D'altronde, si potrebbe obiettare che proprio l'assenza di commenti testimoni la mancanza di volontà della Corte di assumere un atteggiamento chiaro e definitivo sulla natura vincolante o meno dei provvedimenti cautelari[52].

[52] In proposito, in dottrina si è osservato che : "[o]f course, the Court is not responsible for the language used by parties. But the Court is responsible for its own selection of quotations and for supplying them with, or leaving them without, a commentary. The quoted passage form the Court's orded can therefore be interpreted as a tacit and indirect endorsement of the applicant's position. But in the light of the subsequent practice of the Court, it still appears that the way in which the quoted passage was drafted, was designed to create a certain

Pare a questo punto opportuno precisare che, se la Corte internazionale di giustizia ha finora mostrato un atteggiamento reticente o, almeno, assai prudente sulla questione in esame, è possibile rintracciare nella giurisprudenza della Corte permanente di giustizia internazionale un *dictum* che è stato interpretato da taluni studiosi nel senso dell'obbligatorietà dei provvedimenti cautelari. Si tratta di un brano dell'ordinanza sulle misure cautelari adottata il 5 dicembre 1939, nel caso *Electricity Company*, in cui - nel fare riferimento al potere cautelare contemplato dall'art. 41 dello Statuto - la Corte affermò:

"...la disposition précité du Statut applique le principe universellement admis devant les juridiction internationales et consacré d'ailleurs dans maintes conventions auxquelles la Bulgarie a été partie, - d'après lequel les parties en cause doivent s'abstenir de toute mesure susceptible d'avoir une répercussion préjudiciable à l'exécution de la décision à intervenir et, en général, ne laisser procéder à aucun acte, de quelque nature qu'il soit, susceptible d'aggraver ou d'étendre le différend"[53].

La dottrina in questione ha osservato che, avendo precisato che la competenza cautelare costituisce l'applicazione di un obbligo gravante sulle parti (vale a dire, l'obbligo di astenersi da misure pregiudizievoli all'esecuzione della decisione finale o suscettibili di aggravare o estendere la controversia), la Corte evidentemente riteneva che le misure adottate nell'esercizio di quella competenza avessero efficacia obbligatoria. Come si dirà invece più avanti, questa interpretazione non sembra del tutto

---

psychological climate rather than to engage a definite position of the Court on the question of the binding character of orders indicating provisional measures" (SZTUCKI, *op. cit.*, pp. 272-273)

[53] Ordinanza 5 dicembre 1939, in *PCIJ, Série A/B, 1939*, p.199.

convincente[54]. Per il momento, basti notare che - nel caso di specie - la Corte indicò una misura cautelare di contenuto affatto particolare. L'organo si limitò infatti a richiedere allo Stato convenuto di astenersi da qualsiasi comportamento pregiudizievole all'attuazione della sentenza definitiva, o comunque suscettibile di aggravare o estendere la controversia. In definitiva, la Corte si limitò a indicare in via cautelare una misura di contenuto identico a quello dell'obbligo generale di astensione ricordato dalla Corte. Se si tiene conto di ciò, nonché degli elementi che si evidenziaranno in seguito, sembra possibile sostenere che, con il *dictum* in questione, la Corte intendesse unicamente affermare la natura vincolante della misura cautelare indicata nel caso di specie, stante il *particolare contenuto* di tale misura. Non pare quindi che il *dictum* in argomento sia suscettibile di generalizzazioni, e cioè si presti a chiarire l'orientamento dell'organo sulla questione della efficacia giuridica dei provvedimenti cautelari[55].

Per concludere l'esame della giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia, occorre rilevare che, in talune dichiarazioni e opinioni individuali dei giudici dell'organo, è possibile rintracciare un orientamento favorevole all'obbligatorietà dei provvedimenti cautelari. Si tratta di affermazioni con le quali, in genere, i giudici osservano che lo Stato interessato non ha adempiuto a misure cautelari e, più o meno esplicitamente, qualificano l'inadempimento come contrario a un obbligo giuridico, senza tuttavia individuare il fondamento giuridico di questa posizione[56]. Nel caso

---

[54] V *infra*, p. 189.

[55] *Ibidem*

[56] V. la dichiarazione del giudice Ignacio-Pinto, in relazione al caso *Fisheries Jurisdiction* (*Repubblica federale tedesca* c. *Islanda*), in *I.C.J. Reports 1973*, p. 316, in cui - a proposito degli incidenti avvenuti nella zona di pesca contestata - il giudice afferma: "..these incidents...constitute so many *flagrant violations* on either side of the operative part of the Orders of 17 August 1972 [con cui la Corte indicava l'adozione di determinate misure cautelari]. In senso analogo v. opinione separata del giudice De Castro, nel caso della *Fisheries*

concernente *l'Application of the Convention for the Prevention and Punishment of Genocide*, taluni giudici sono andati oltre la mera proposizione della natura vincolante dei provvedimenti cautelari, avendo motivato la propria posizione sulla problematica in esame. In relazione alla seconda richiesta di misure cautelari, alcuni giudici hanno in effetti svolto un'indagine approfondita della problematica in esame. Più precisamente, da un lato, si è sostenuto che l'obbligatorietà dei provvedimenti cautelari può tra l'altro giustificarsi per il fatto che le parti hanno l'obbligo di astenersi da comportamenti pregiudizievoli all'attuazione della sentenza di merito[57]; dall'altro, si è posto l'accento sulla natura giurisdizionale della Corte, osservandosi che, poichè il procedimento per l'indicazione di misure cautelari costituisce una fase incidentale del procedimento principale, l'obbligatorietà della decisione finale logicamente presuppone anche l'obbligatorietà delle ordinanze cautelari[58].

5. Analisi della prassi internazionale degli Stati

Dall'esame della prassi degli Stati emergono due aspetti principali. Anzitutto, emerge che gli Stati che *hanno richiesto* l'adozione di provvedimenti cautelari, in taluni casi, hanno espressamente sostenuto la natura vincolante degli stessi. In secondo luogo, si può osservare che è difficile desumere *l'opinio* degli Stati sull'efficacia obbligatoria o meno dei provvedimenti cautelari dall'analisi del concreto comportamento tenuto dai destinatari di siffatti provvedimenti. Da un lato, si può notare che in tutti i casi in cui è

Juirsdiction, ICJ Reports 1974, p. 226; e del giudice *ad hoc* Barwick, nel caso relativo ai *Nuclear tests, ICJ Reports 1974*, p. 232.

[57] V. l'opinione individuale del giudice Weeramantry, *I.C.J. Reports 1993*, pp. 376-379.

[58] V. *ibidem*.

stata data effettiva esecuzione ai provvedimenti cautelari, gli Stati non hanno fornito alcuna motivazione circa il proprio comportamento. Dall'altro, nei casi di non ottemperanza ai provvedimenti cautelari, di rado gli Stati hanno motivato il proprio comportamento difforme.

Nelle pagine che seguono, si analizzerà la prassi degli Stati sulla problematica in esame alla luce di entrambi gli aspetti che si sono evidenziati, muovendo l'analisi dalle posizioni sulla natura vincolante dei provvedimenti cautelari assunte dagli Stati che hanno richiesto l'adozione di questi provvedimenti.

5.1 La posizione degli Stati richiedenti

Per quanto concerne le posizioni assunte dagli Stati che *hanno richiesto* l'emanazione di provvedimenti cautelari, si è osservato che questi hanno in taluni casi affermato la natura vincolante di quei provvedimenti. Lo Stato interessato si è però di solito limitato ad affermare l'obbligatorietà dei provvedimenti in questione, senza fornire alcuna motivazione a sostegno della propria posizione. A questo proposito, si può ricordare l'orientamento seguito dai Governi australiano e neozelandese nel caso relativo ai *Nuclear Tests*, deciso dalla Corte internazionale di giustizia. In seguito al mancato adempimento all'ordinanza cautelare del 22 giugno 1973, in una comunicazione scritta alla Corte, il rappresentante del governo australiano qualificò il comportamento francese "a clear and deliberate breach" di quell'ordinanza[59].

[59] Comunicazione del 19 settembre 1973 da parte del Governo australiano al Cancelliere della Corte, in *I.C.J. Pleadings*, vol. II, p.399. V. anche comunicazione del 29 agosto 197 al

Analogamente, il rappresentante del Governo neozelandese, sempre in una comunicazione scritta alla Corte, affermò che il comportamento francese costituiva "a clear breach" dell'ordinanza cautelare in argomento[60]. Poiché può parlarsi di "breach" solo nell'ipotesi di inosservanza di un obbligo giuridico, le dichiarazioni appena riportate chiaramente denotano che, ad avviso dei due Governi, l'ordinanza cautelare della Corte aveva natura vincolante. In entrambi i casi, però, i Governi in questione non hanno fornito alcuna motivazione circa il loro assunto giuridico.

Più recentemente, l'efficacia obbligatoria dei provvedimenti cautelari è stata presupposta dal Governo bosniaco nel caso relativo all'*Application of the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, attualmente all'esame della Corte internazionale di giustizia. Nel motivare la seconda richiesta di misure provvisorie, il Governo bosniaco ha più volte precisato che il comportamento della Iugoslavia (Serbia-Montenegro) in seguito alla prima ordinanza cautelare della Corte costituiva una *violation* di quell'ordinanza. In particolare, nell'esposto orale del 25 agosto 1993 in relazione alla seconda richiesta di misure cautelari, il rappresentante del Governo in questione ha evidenziato che la Repubblica federale iugoslava aveva "paid absolutely no attention whatsoever to this Court's Order, and immediately proceeded *to violate each and every one of its provisions* on a daily basis"(corsivo aggiunto)[61]. Il

---

Cancelliere della Corte, *ibidem*, p. 433; nota del 24 agosto 1973 al Ministro degli Esteri francese, in cui si legge che "[t]he Government of Australia protests vigorously against this deliberate *breach of the obligations* created by the Order of the Court, and calls for an assurance from the Government of France that no further breaches of the Order of the Court will take place" (corsivo aggiunto), *ibidem*, Vol. I, p. 547 (nella nota del 26 settembre 1973 al Ministro degli Esteri francese, il Governo australiano ha poi ribadito le affermazioni contenute in quest'ultima nota , *ibidem*, p. 549).

[60] *Ibidem*, Vol. II, p. 400; v. anche nota dell'1 novembre 1974 al Cancelliere della Corte, *ibidem*, p. 437, nonchè l'oral argument del Dr. Finlay, che qualifica il comportamento francese come "a clear and unmistakable breach" dell'ordinanza cautelare della Corte, *ibidem*, p. 257.

[61] V. esposto orale del prof. Boyle .

Governo della Bosnia-Herzegovina, nel sostenere che il comportamento iugoslavo costituiva una violazione della ordinanza cautelare della Corte, come l'Australia e la Nuova Zelanda nel caso più sopra richiamato, chiaramente muoveva dal presupposto che quell'ordinanza avesse natura vincolante; esso non ha però fornito alcuna motivazione a sostegno della propria posizione.

Occorre inoltre aggiungere che, nel caso in argomento, anche lo Stato convenuto (la Repubblica federale iugoslava) sembra aver affermato, sia pure indirettamente, che i provvedimenti cautelari della Corte hanno efficacia vincolante. La circostanza che una tale posizione sia stata propugnata dallo Stato convenuto non deve tuttavia sorprendere in quanto, in questo caso, anche siffatta posizione pare essere stata mantenuta per motivare la richiesta di provvedimenti cautelari ne confornti dello Stato attore (la Repubblica di Bosnia-Herzegovina). Di conseguenza, l'orientamento seguito dal Governo iugoslavo nel caso in questione costituisce una conferma del fatto che gli Stati che richiedono l'intervento cautelare della Corte, di norma, tendono a presupporre la natura vincolante dei provvedimenti interinali. Come appena notato, il Governo iugoslavo *sembra* aver affermato che le ordinanze cautelari della Corte istituiscono obblighi giuridici per i destinatari poichè, nel motivare la propria istanza cautelare, esso ha sottolineato che - a causa del comportamento bosniaco successivo all'emanazione dell'ordinanza cautelare dell'aprile 1993 - sussisteva "a grave risk of acts of genocide being committed". A tale proposito, il Governo iugoslavo ha quindi sostenuto che la "Bosnia-Herzegovina *too* is under *a clear obligation* to do all in its power to prevent the commission of acts of genocide". Questa precisazione si presta a essere estensivamente interpretata nel senso della obbligatorietà dei provvedimenti cautelari della Corte:

secondo tale interpretazione, la Repubblica iugoslava avrebbe cioé censurato il comportamento bosniaco in quanto tale comportamento si poneva in contrasto con l'ordinanza cautelare della Corte dell'aprile 1993, in virtù della quale incombeva sul Governo bosniaco *a clear obligation* di prevenire la commissione di atti di genocidio. In effetti, con l'ordinanza dell'8 aprile 1993, la Corte richiese a titolo di misura cautelare, sia alla Repubblica iugoslava che alla Repubblica di Bosnia-Herzegovina, di non intraprendere alcuna azione suscettibile di aggravare o estendere la controversia concernente la prevenzione o la repressione del crimine di genocidio. Ad avviso della Repubblica iugoslava, il comportamento bosniaco sarebbe quindi stato contrario a tale parte del dispositivo dell'ordinanza cautelare in argomento[62]. Occorre nondimeno precisare che la posizione del Governo iugoslavo di cui si discute si presta anche a un'altra interpretazione, più restrittiva. Secondo questa interpretazione, il Governo iugoslavo avrebbe voluto unicamente puntualizzare (al fine di giustificare la propria istanza cautelare) che *anche la Bosnia-Herzegovina* aveva l'obbligo di prevenire la commissione di atti di genocidio; ciò, tuttavia, non in virtù della ordinanza cautelare in questione, bensì sulla base degli obblighi derivanti dalla Convenzione sulla prevenzione e repressione del crimine di genocidio. Questa interpretazione potrebbe in effetti essere corroborata dalla lett. *A*), par. 1, del dispositivo dell'ordinanza cautelare dell'8 aprile, con il quale la Corte, *inter alia*, aveva richiesto solo alla Repubblica iugoslava, "*in pursuance of its undertaking in the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*", di adottare "all measures within its power to prevent commission of the crime of genocide" (corsivo aggiunto)[63]. Secondo questa interpretazione, la

[62] Ordinanza 8 aprile 1993, *I.C.J. Reports 1993*, p. 24.
[63] *Ibidem* .

precisazione effettuata dal Governo iugoslavo circa l'esistenza di un obbligo di prevenzione di atti di genocidio *anche* a carico della Bosnia-Herzegovina non sarebbe, in definitiva, collegata all'ordinanza cautelare dell'aprile del 1993, bensì ad obblighi comunque gravanti sul Governo bosniaco.

Conviene a questo punto osservare che non sempre gli Stati che hanno richiesto l'emanazione di misure provvisorie si sono limitati ad *affermare*, più o meno espressamente, la natura vincolante di quelle misure. In taluni casi, infatti, lo Stato istante ha ritenuto di dover *motivare* la propria posizione. Ancora una volta, ipotesi di questo tipo sono rintracciabili nella giurisprudenza della Corte internazionale di Giustizia. A tale proposito, merita attenzione la circostanza che, in tali ipotesi, il fondamento della obbligatorietà dei provvedimenti cautelari della Corte non è stato individuato nell'art. 41 dello Statuto, che prevede appunto la competenza dell'organo in materia. La natura vincolante dei provvedimenti in questione è stata invece principalmente desunta dal disposto di un'altra norma di origine pattizia, e cioè dall'art. 94, par. 1, della Carta delle Nazioni Unite. Poichè questa norma stabilisce che gli Stati membri dell'Organizzazione hanno l'obbligo di dare esecuzione alle decisioni della Corte, alcuni Stati hanno sostenuto che nell'espressione "decisioni" dovevano ricomprendersi non solo le sentenze di merito, ma anche qualsiasi altra ordinanza della Corte, in specie quelle in materia cautelare[64]. In questo senso, ad esempio, si è chiaramente espresso il delegato britannico nella sessione del Consiglio di Sicurezza concernente il mancato adempimento, da parte dell'Iran, ai provvedimenti cautelari

[64] Testo dell'art. 91 della Carta. Anche una certa dottrina ha sostenuto l'obbligatorietà dei provvedimenti cautelari tramite un'interpretazione estensiva del termine decisions che compare nel testo della norm ain questione. Citare questa dottrina.

indicati dalla Corte nel caso *Anglo-Iranian Oil Company*. Circa il comportamento iraniano, il rappresentante britannico affermò infatti:

"By article 94 [della Carta delle Nazioni Unite], each member of the United Nations undertakes to comply with the decision in any case to which it is a party. It follows, we think, that *the finding of the Court on interim measures of itself gives rise to international obligations, obligations under the Charter*[65]" (corsivo aggiunto).

Inoltre, una posizione analoga sembra essere stata assunta dagli Stati Uniti, nel caso relativo al *Personal and Diplomatic Staff in Tehran*. Nell'esposto orale di fronte alla Corte, il rappresentante statunitense dichiarò:

"Iran had formally undertaken, pursuant to Article 94, paragraph 1, of the Charter of the United Nations, *to comply with the decision of this Court* in any case to which Iran might be a party. Accordingly it was the hope and the expectation of the Government of the United States that the Government of Iran, *in compliance with its formal commitments and obligations, would obey any and all Orders and Judgements* which might be entered by this Court in the course of the present litigation" (corsivo aggiunto)[66].

Al riguardo, si potrebbe osservare che i due Governi in questione presupponevano che la natura vincolante dei provvedimenti cautelari dovesse essere espressamente prevista da una norma pattizia. Ma tra l'art. 94, par. 1, della Carta delle Nazioni Unite, che sancisce chiaramente un obbligo di esecuzione, e l'art. 41 dello Statuto della Corte, che invece non specifica la natura dei provvedimenti cautelari, gli Stati in questione hanno optato per la prima disposizione. Tale orientamento pare piuttosto significativo, in quanto esso denota che, almeno indirettamente, ad avviso dei due Governi in

[65] SCOR, 6th year, 559th meeting, 1 ottobre 1951, p. 4, paras. 17-18.
[66] Il brano è citato da SZTUCKI, *op. cit.*, p. 279.

questione non era possibile fondare la natura obbligatoria dei provvedimenti cautelari attraverso un'interpretazione estensiva dell'art. 41 dello Statuto.

Nondimeno, questo orientamento non sembra essere stato considerato come l'unico possibile, almeno da uno dei due Governi in questione. Sempre in occasione della sessione del Consiglio di Sicurezza sul caso relativo all'*Anglo-Iranian Company*, il Delegato britannico ha infatti sostenuto la tesi della efficacia obbligatoria dei provvedimenti cautelari ricorrendo anche a un altro argomento. Egli ha infatti osservato:

"The whole object of interim measures..is to preserve the respective rights of the parties pending the final decision...Now, it is established that a final judgment of the Court is binding on the parties; that, indeed, is expressly stated by Articles 59 and 60 of the Statute and Article 94, paragraph 1, of the Charter. But, clearly, there would be no point in making the final judgment binding if one of the parties could frustrate that decision in advance by actions which would render the final judgment nugatory. It is, therefore, a *necessary consequence*, we suggest, of the bindingness of the final decision thatt the interim measures intended to preserve its efficacy *should* equally be binding" (corsivo aggiunto)[67].

Secondo questa impostazione, l'obbligatorietà dei provvedimenti cautelari non dovrebbe essere prevista espressamente da una norma di origine convenzionale; stante la funzione adempiuta dai provvedimenti cautelari rispetto alla decisione finale, la natura vincolante di quei provvedimenti costituirebbe invero la inevitabile conseguenza logico-giuridica dell'obbligatorietà della decisione finale. In sostanza, ad avviso del rappresentante britannico, non avrebbe alcun senso stabilire che la sentenza di merito ha efficacia obbligatoria, se dall'altro lato si afferma che le parti alla lite rimangono libere

[67] SCOR cit., p. 20, para. 94.

Si deve osservare che questa impostazione è rimasta isolata nella prassi internazionale degli Stati. Ad ogni modo, come si avrà occasione di osservare più avanti, essa ha avuto un seguito piuttosto significativo in dottrina. Quanto alla possibilità di affermare la natura vincolante dei provvedimenti cautelari della Corte internazionale di Giustizia sulla base del disposto dell'art. 94, par. 1, della Carta delle Nazioni Unite, si deve precisare che anche questa impostazione non ha mancato di suscitare consensi tra gli studiosi della tutela cautelare. Nondimeno, anche questa impostazione è rimasta isolata nella pratica degli Stati.

5.2 Le posizioni degli Stati destinatari

Si può ora passare ad esaminare quali posizioni hanno assunto gli Stati che sono stati destinatari di provvedimenti cautelari.

In proposito, si deve anzitutto notare che dalle informazioni disponibili emerge che - oltre alle ordinanze cautelari della Corte di giustizia delle Comunità europee - gli Stati hanno in gran parte adempiuto alle misure cautelari della Corte interamericana dei diritti dell'uomo, o perlomeno hanno cercato di dimostrare alla Corte di essersi conformati a quelle misure[68]. Inoltre, risulta che gli Stati si sono conformati, nella maggior parte dei casi, alle ordinanze cautelari emanate sia dalla Corte sia dalla Commissione europea dei

[68] Sul punto, v. PASQUALUCCI, *op. cit.*, pp. 844

diritti dell'uomo. Infine, una cospicua prassi di adempimento è stata sviluppata nei casi sottoposti alla giurisdizione del Tribunale dei Reclami Iran-Stati Uniti.

Da tutti questi casi non è tuttavia possibile rintracciare alcun elemento circa l'*opinio* degli Stati sulla problematica in esame. Ciò perchè, ogni volta che è stata data effettiva esecuzione a ordinanze cautelari, lo Stato interessato non ha ritenuto di dover motivare il proprio comportamento conforme. Non pare conseguentemente possibile stabilire in modo alcuno se gli Stati, nell'adempiere a provvedimenti cautelari, ritenessero o meno di conformarsi ad un obbligo giuridico[69].

Circa le posizioni assunte dagli Stati che non hanno dato esecuzione ai provvedimenti cautelari, si deve osservare che solo in due casi lo Stato inadempiente ha sostenuto che l'ordinanza cautelare difettava di efficacia obbligatoria in quanto tale efficacia non era stata attribuita espressamente da una norma del trattato istitutivo. Si

[69] Quanto ai casi di più frequente inosservanza, essi concernono le misure cautelari indicate dalla Corte internazionale di Giustizia. Prescindendo dalle ordinanze cautelari adottate tra le due guerre mondiali (in relazione alle quali non si hanno informazioni precise circa la loro effettiva esecuzione), sembra in effetti che gli Stati abbiano adempiuto le misure cautelari solo nel caso della *Controversia di frontiera*. Nella sentenza di merito, la Corte - riferendosi all'adempimento all'ordinanza cautelare - ha dato atto "with satisfaction" del comportamento delle parti, e ha dichiarato di essere "happy to record the adherence of both parties to the international judicial process and to the peaceful settlement of disputes"(*I.C.J. Reports 1986*, p. 649, par. 178 (riportare il brano per intero). Conviene peraltro evidenziare che, in questo caso, la Corte era stata adita in base ad un titolo di competenza *ad hoc*, e cioè per effetto di un compromesso arbitrale stipulato dalle parti alla lite. Ciò ha comportato che, nel caso di specie, le misure cautelari sono state indicate in assenza di qualsiasi contestazione sulla giurisdizione della Corte. In effetti, ciò di norma non accade: le misure cautelari sono state infatti spesso emanate in relazione a procedimenti avviati con ricorso *unilaterale*, rispetto ai quali lo Stato convenuto ha sempre eccepito il difetto di giurisdizione della Corte Tra l'altro, nella maggior parte dei casi, non solo sembra che gli Stati non si siano conformati alle misure cautelari, ma risulta anche che (almeno quando la Corte è stata adita in via unilaterale) queste misure sono state emanate nell'ambito di procedimento caratterizzato dalla mancata comparizione dello Stato convenuto. Una recente eccezione è tuttavia costituita dal caso concernente l'*Application of the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*. Pare interessante puntualizzare che la Iugoslavia contestava il titolo di giurisdizione della Corte, ma ha tuttavia chiesto alla Corte stessa di indicare misure cautelari nei confronti della Bosnia-Herzegovina.

tratta del caso *Cruz Varas* c. *Svezia* recentemente deciso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, di cui si è avuto occasione di parlare in precedenza. Per giustificare l'inosservanza di un'indicazione cautelare della Commissione, di fronte agli organi di garanzia di Strasburgo il Governo svedese affermò infatti che le indicazioni cautelari non istituivano obblighi giuridici per i destinatari in quanto mancava, nella Convenzione di Roma, un'espressa disposizione in materia[70]. Un analogo orientamento è stato tenuto dal Governo del Nicaragua, nel caso concernente la controversia tra questo Governo e l'Honduras e per la cui soluzione i due Stati in questione nel 1907 istituirono un tribunale arbitrale, sulla base della Convenzione di Corinto. Come si è già detto, il Governo nicaraguense si rifiutò di adempiere all'ordinanza cautelare emanata da quel Tribunale, affermando che la Convenzione di Corinto non prevedeva che l'organo internazionale potesse emanare provvedimenti cautelari ad efficacia obbligatoria.

I due casi appena richiamati costituiscono gli unici casi rintracciabili nella prassi internazionale in cui lo Stato inadempiente ha giustificato il proprio comportamento affermando la natura non obbligatoria dei provvedimenti cautelari a causa dell'assenza di una norma di origine pattizia attributiva (controllare caso recente inadempimento da parte della Francia, sistema europeo). Piuttosto paradossalmente, circa le ordinanze cautelari della Corte internazionale di Giustizia, in relazione alle quali più frequentemente si registrano episodi di inadempimento, nessuno Stato ha mai motivato l'inosservanza sostenendo che l'art. 41 dello Statuto non contemplava espressamente

[70] V. rapporto della Commisione, in *European Court* cit., p. 49, p. 106, nonché Cour/ Misc (90) 322, p. 11. Oltre a ciò, il Governo svedese sostenne che il valore non vincolante delle indicazioni cautelari della Commissione trovava una conferma nella formulazione dell'art. 36 del Regolamento di procedura e dalle espressioni utilizzate dalla Commissione nell'applicare tale disposizione. Aggiungere le altre motivazioni, che sembrano non avere alcun peso (valore dichiarativo della sentenza finale, legilsazione interna).

l'efficacia obbligatoria delle ordinanze cautelari. Durante la sessione del Consiglio di Sicurezza nel caso relativo all'*Anglo-Iranian Oil Company,* il rappresentante dell'Iran, invece di negare la natura vincolante di quelle ordinanze in base al disposto dell'art. 41, ritenne di doversi limitare a contestare l'argomentazione britannica, la quale si fondava, come si è detto, sull'art. 94, par. 1, della Carta delle Nazioni Unite. In sostanza, per il Governo iraniano, le misure cautelari della Corte erano sprovviste di efficacia giuridica obbligatoria in quanto il par. 1 del citato art. 94 attribuiva tale efficacia solo alle decisioni *finali* dell'organo. In seno al Consiglio di Sicurezza, il rappresentante iraniano precisò infatti:

" If we look to Article 41 of the Statute of the Court, which confers on the latter power to indicate provisional measures, it appears that these cannot be final since Article 41 states that they are to be suggested '*pending the final decision*'. *It is only to the final judgment, however, that the Statute (Article 59) attributes binding force.* It is only the final judgment which is a binding decision that Members of the United Nations have, by Article 94 of the Charter, given undertakings of compliance - and then only in cases to which they are parties"[71] (corsivo aggiunto)

Inoltre, davanti alla Corte, il Governo iraniano osservò che l'ordinanza cautelare della Corte

"n'avait en rien la portée d'un arrêt. Elle ne prétendait en aucune façon se prévaloir de la force obligatoire prévue pour les arrêts par l'article 94 de la Charte"[72].

[71] SCOR cit., 560th meeting, para 60.
[72] Pleadings, p. 446. V. anche p. 282-286.

A prescindere dal significato da attribuire al termine "decisions" che compare nel testo dell'art. 94, par. 1, della Carta delle Unite, pare evidente che i provvedimenti cautelari sono necessariamente di natura provvisoria, proprio in quanto vengono emanati per proteggere i diritti dedotti in giudizio minacciati dal decorso di tempo necessario allo svoglimento del procedimento principale. Essendo adottati in base ad una cognizione necessaraiamente sommaria circa l'esistenza del diritto che si reputa meritovele di tutela interinale, tali provvedimenti non sono idonei a regolare in maniera definitiva il rapporto controverso e sono conseguentemente sprovvisti della c.d. efficacia di cosa giudicata propria della sentenza definitiva. Nondimeno, un provvedimento provvisorio può ben essere di natura vincolante: il problema della obbligatorietà è - in altri termini - cosa affatto distinta da quello della definitività o meno di un provvedimento giurisdizionale. Questa puntualizzazione pare importante in quanto l'affermazione del Governo iraniano da ultimo citata potrebbe dare luogo a fraintendimenti. In definitiva, ciò che preme puntualizzare è che i provvedimenti cautelari non hanno certamente la medesima natura delle sentenze definitive: da tale constatazione non può trarsi però alcuna conclusione circa l'obbligatorietà o meno di quei provvedimenti. Per confutare la posizione espressa dal Delegato britannico, occorreva appunto dimostrare che il termine "decision" di cui all'art. 94, par. 1, della Carta si riferisce *unicamente* alle sentenze definitive e non anche alle altre ordinanze della Corte. Conviene inoltre rilevare che non solo l'Iran non abbia cercato di dimostrare che l'interpretazione dell'art. 94, par. 1, della Carta effettuata dal Governo britannico era, a proprio avviso, erronea; il governo in questione ha anche del tutto ignorato l'altro argomento addotto dal delegato britannico a sostegno della tesi della

obbligatorietà dei provvedimenti cautelari, e cioè quello basato sul legame "funzionale" tra decisione finale e ordinanza cautelare. Infine, conviene ribadire che l'Iran non ha ritenuto di dover contestare l'asserita natura obbligatoria dei provvedimenti cautelari da parte della Gran Bretagna facendo riferimento all'interpretazione letterale dell'art. 41 dello Statuto della Corte.

Con l'unica eccezione costituita dalla posizione assunta dal Governo iraniano nel caso relativo *all'Anglo-Iranian*, nessuno Stato ha mai giustificato il rifiuto di conformarsi alle ordinanze cautelari della Corte internazionale di giustizia eccependo il difetto di efficacia obbligatoria di quelle ordinanze. Nei rari casi in cui sono state fornite motivazioni circa il rifiuto di conformarsi a ordinanze cautelari, il Governo interessato ha invece invocato il difetto di giurisdizione della Corte in ordine al caso di specie. In proposito, risulta emblematica la posizione assunta dal Governo islandese, nel caso relativo alla *Fisheries Jurisdiction*. In una nota scritta al Governo britannico in data 30 agosto 1972 si legge infatti:

" The Ministry has the honour to state that the Government of Iceland has informed the International Court of Justice that it will not consider the Order of the Court *as binding in any way since the Court has no jurisdiction in the matter*[73] (corsivo aggiunto).

Da ciò si potrebbe forse dedurre che, ad avviso del Governo islandese, sussistendo un valido titolo di giurisdizione sul caso di specie, quel Governo avrebbe potuto riconscere efficacia vincolante ai provvedimenti cautelari della Corte.

[73] *I.C.J. Pleadings*, vol. I, p. 389.

In conclusione, si può osservare che la prassi degli Stati sulla problematica in esame è frammentaria e contradditoria. Dall'analisi del comportamento seguito dagli Stati e dalle opinioni da questi ultimi espresse circa l'obbligatorietà o meno dei provvedimenti cautelari non è quindi possibile trarre alcuna indicazione utile per individuare quale sia l'effettivo convincimento degli Stati in proposito.

6. Le posizioni della dottrina: gli argomenti a favore della tesi della natura non vincolante dei provvedimenti cautelari

La dottrina appare profondamente divisa sulla questione dell'efficacia giuridica obbligatoria o meno dei provvedimenti cautelari in assenza di un'espressa norma attributiva. Inoltre, le posizioni a favore e contro l'obbligatorietà non si prestano facilmente a essere raggruppate in indirizzi uniformi, in quanto è possibile rintracciare numerose, e spesso significative, differenziazioni tra gli studiosi che sostengono la medesima tesi. Nelle pagine che seguono si cercherà pertanto di illustrare le principali argomentazioni nella consapevolezza della difficoltà di tener conto delle molteplici sfaccettature che la dottrina assume nella tematica in esame. Occorre inoltre precisare che la presente analisi, per i suoi precipui obiettivi, prescinderà dalle opinioni che tendono a escludere o affermare l'obbligatorietà dei provvedimenti cautelari sulla base dell'interpretazione letterale e sistematica del trattato istitutivo di uno specifico tribunale. Queste ultime opinioni non si prestano infatti a generalizzazioni, e dunque

non risultano direttamente pertinenti in uno studio sui principi generali in tema di tutela cautelare.

In linea generale, i sostenitori della tesi della non obbligatorietà dei provvedimenti cautelari (beninteso, sempre nell'assenza di una espressa norma attributiva) si basano essenzialmente sul principio tradizionale per il quale le limitazioni alla libertà degli Stati non possono essere presunte[74]. In sostanza, in virtù di quest'ultimo principio, il trattato istitutivo di un organo internazionale non potrebbe essere interpretato nel senso di attribuire all'organo stesso un potere di emanare provvedimenti a effetti obbligatori non previsti espressamente dal trattato[75]. Ciò, evidentemente, sia nel caso in cui il trattato contempli una norma sul potere cautelare ambigua quanto alla natura vincolante o meno di quel potere, sia nel caso in cui nel trattato non si rivenga alcuna norma in materia. Un autorevole studioso, sia pure con specifico riferimento alla Corte permanente di giustizia internazionale, ha poi avanzato un altro argomento per negare efficacia obbligatoria ai provvedimenti deliberati dall'organo in virtù dell'art 41 dello Statuto. Ad avviso di questo studioso, i provvedimenti cautelari non avrebbero natura vincolante non solo in ragione della formulazione dell'art. 41 (che utilizza il verbo "indicate" nel riferirsi al potere cautelare della Corte), ma anche perchè tali provvedimenti vengono adottati prima che l'organo abbia accertato, in maniera definitiva, l'esistenza di un valido titolo di giurisdizione in ordine al caso in esame[76]. Infine, un'altra opinione (piuttosto isolata)

---

[74] V. cap. 1, par. 6.1.

[75] G. VENTURINI, *op. cit.*, p. 179; TORALDO SERRA, *op. cit.*, pp. 83-96.

[76] HAMMARSKJÖLD, *op. cit.*, p. 19, ove l'autore rileva che la circostanza che la Corte "peut...indiquer des mesures conservatoires avant d'avoir constaté que le fond de l'affaire rentre dans sa jurisdiction.....présuppose...que les mesures n'ont pas un caractère obligatoire". In senso analogo v. GROSS, *Some Observation on Provisional Measures*, in *International Law at a Time of Perplexity. Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Boston, London, 1989, p. 307, per il quale "Considering the language of Article 41(1) of the Court's Statute and

contesta la natura vincolante dei provvedimenti interinali in ragione dei diversi presupposti della tutela cautelare apprestata, da un lato, dall'organo internazionale e, dall'altro, dal giudice interno. Più precisamente, secondo questa dottrina, che peraltro fa esclusivo riferimento alla Corte internazionale di giustizia, le ordinanze cautelari di quest'ultima sarebbero prive di efficacia obbligatoria in quanto la Corte, a differenza dei tribunali interni, non procederebbe ad un accertamento - sia pure sommario - dell' "apparente buon diritto" della parte richiedente (il c.d. *fumus boni iuris*)[77]. La dottrina in argomento osserva infatti che la Corte internazionale di giustizia condiziona l'indicazione di provvedimenti interinali "al mero *periculum in mora* incombente, a giudizio della stessa Corte, su ciascuna delle parti"; in altri termini, la Corte considererebbe "le rispettive probabilità di successo nel giudizio principale da un punto di vista meramente meccanico e non dal punto di vista del fondamento, sia pure apparente, delle rispettive pretese". Ad avviso di questa dottrina, questo procedimento "tradirebbe" lo scopo stesso della tutela interinale, in quanto esso, di fatto, favorirebbe una parte a scapito dell'altra "non in base ad una *maggiore fondatezza giuridica della*

---

the practice of States....., it would seem that such measures were not considered as binding. The fact that they are indicated after a more or less summary consideratiomn of the question whether the Court has jurisdiction on the merits is certainly a contributory factor".

[77] V. G. TESAURO, *Le misure cautelari della Corte internazionale di Giustizia*, in *Comunicazioni e studi*, vol. XIV, *Il Processo internazionale. Studi in onore di Gaetano Morelli*, p. 897 L'autore osserva che il motivo che induce a escludere valore vincolante alle ordinanze cautelari della Corte "non è dato tanto dalla circostanza che nell'art. 41 dello Statuto della Corte si è impiegato un verbo piuttosto che un altro, le formule ben potendo essere superate da una prassi diversamente orientata; quanto dal modo in cui l'istituto delle misure cautelari nel processo internazionale è stato convenzionalemente predisposto ed è attuato, in breve per le istituzionali carenze che del procedimento cautelare nl suo insieme ha messo in evidenza la prassi della Corte". Secondo questo autore, "l'indicazione di misure cautelari, in tanto ha un senso - logico, prima ancora che giuridico - in quanto si fondi sull' "apparente buon diritto", come si usa dire, della parte richiedente; ed in quanto in tale prospettiva sia motivata. Così come l'azione principale tende ad accertare il fondamento della domanda, così l'azione cautelare tende ad ovviare al *periculum in mora* sulla base di una valutazione, sommaria perchè urgente, dell'apparente fondamento della domanda stessa".

pretesa, ma ad una *pari probabilità di successo* sul piano statistico". Tutto ciò conduce la dottrina in esame ad osservare che l'accertamento dell'esistenza del *fumus* costituisce non solo presupposto indefettibile dell'obbligatorietà dei provvedimenti cautelari, ma anche elemento essenziale e indispensabile perchè la tutela cautelare "abbia senso"[78].

I sostenitori della prima opinione menzionata affermano che i provvedimenti cautelari non producono *effetti obbligatori* in assenza di una norma pattizia espressamente attributiva di tali effetti, e ciò in virtù del criterio ermeneutico sull'interpretazione restrittiva dei trattati per il quale, in caso di dubbio, gli obblighi che limitano la libertà degli Stati sovrani non possono essere presunti (c.d. principio *in dubio mitius*). Al riguardo si deve comunque ricordare che i sostenitori di questa opinione affermano anche, sempre in virtù di quel criterio ermeneutico, che il *potere cautelare* non può trovare la sua fonte che in una norma convenzionale[79].

Conviene osservare che le due asserzioni della dottrina in esame appena menzionate sono logicamente confliggenti. Infatti, se si sostiene che il potere cautelare può essere esercitato solo in presenza di una norma pattizia attributiva espressamente del potere (in quanto altrimenti si avrebbe una limitazione inammissibile della libertà degli Stati), si presuppone la natura *necessariamente vincolante* dei provvedimenti emanati nell'esercizio di siffatto potere[80]. Ebbene, in presenza di una norma convenzionale specificamente attributiva del potere cautelare (come nel caso dell'art. 41 dello Statuto della Corte internazioale di Giustizia), la dottrina in esame, volendo essere coerente, dovrebbe desumerne la natura vincolante dei provvedimenti cautelari. Ciò non avviene,

---

[78] *Ibidem.*

[79] V. *supra*, cap. 1, par. 6.2.

[80] Nel capitolo 1 si è in effetti avuto occasione di osservare che solo provvedimenti di natura vincolante risulterebbero idonei a produrre una limitazione della sfera di libertà degli Stati.

in quanto, come si è detto, questa dottrina ritiene che la natura vincolante dei provvedimenti in questione debba essere esplicitamente prevista in via pattizia. In definitiva, gli autori in questione, per non cadere in una contraddizione insanabile, dovrebbero effettuare una scelta tra due proposizioni: asserire che il potere cautelare può essere esercitato (sia pure solo con effetti raccomandatori) anche in assenza di una norma pattizia attributiva, ed esigere che gli eventuali effetti obbligatori siano espressamente previsti da una norma convenzionale; oppure ammettere che - per il principio *in dubio mitius* - il potere cautelare debba essere sempre espressamente conferito in via pattizia, perché tale potere produce sempre effetti vincolanti, e dunque non richiedere che in presenza di una norma pattizia attributiva, questa norma contempli anche espressamente gli effetti obbligatori dei provvedimenti cautelari.

A parte la contraddizione che si è appena rilevata, l'argomento avanzato dalla dottrina in esame potrebbe, in sé per sé, apparire non del tutto privo di fondamento. Tuttavia, non si può fare a meno di notare che tale argomento si fonda su un criterio di interpretazione dei trattati che, all'epoca attuale, risulta ormai essere superato da criteri ermeneutici estensivi, in particolare al criterio c.d dell'*effet utile*. Su ciò concorda non solo gran parte della dottrina degli ultimi decenni, ma indicazioni in tal senso sono anche desumibili dall'esame della giurisprudenza internazionale. In definitiva, se il principio *in dubio mitius* poteva senz'altro dirsi dominante nel diritto internazionale tradizionale, ciò non pare più vero nell'ordinamento giuridico attuale. Di conseguenza, la fondatezza dell'opinione che nega efficacia obbligatoria ai provvedimenti cautelari in virtù del criterio restrittivo appena menzionato necessita di essere verificata alla luce dei nuovi "principi" in tema di interpretazione. Su questo punto si ritornerà tuttavia in

seguito, una volta concluso l'esame degli orientamenti dottrinali sulla problematica in argomento[81].

Si può ora passare ad esaminare un altro argomento avanzato a sostegno della tesi della non obbligatorietà dei provvedimenti cautelari, in specie di quelli adottati dalla Corte permanente di Giustizia internazionale e della Corte internazionale di Giustizia. Si tratta della opinione secondo la quale i provvedimenti cautelari adottati dalla Corte internazionale di giustizia non sarebbero di natura vincolante in quanto l'organo non accerterebbe, in via definitiva, l'esistenza di un titolo di giurisdizione prima dell'emanazione di quei provvedimenti. Conviene sottolineare che gli studiosi che sostengono l'opinione in argomento, affermano anche che la natura non vincolante del potere cautelare della Corte deriva, tra l'altro, dalla formulazione dell'art. 41 dello Statuto, il quale conferisce alla Corte il potere di "indicate" provvedimenti interinali[82]. Ebbene, proprio quest'ultima proposizione (che peraltro costituisce spesso l'argomento principale dei fautori della tesi della non obbligatorietà dei provvedimenti cautelari della Corte), evidenzia come l'opinione basata sul difetto di accertamento definitivo di giurisdizione sia, in effetti, contraddittoria e fallace. È invero evidente che l'opinione in discorso, per essere sostenuta con coerenza, dovrebbe prescindere dalla formulazione letterale dell'art. 41 dello Statuto. In altri termini, se si sostiene che l'ostacolo per affermare l'obbligatorietà dei provvedimenti cautelatri della Corte è rappresentato dall'assenza dell'accertamento definitivo di giurisdizione nella fase del procedimento

[81] V. *infra*, par. 8.2 e 8.3.

[82] Questa opinione, come è chiaro, può essere riferita a qualsiasi organo internazionale il cui trattato istitutivo contempli una norma sulla tutela cautelare di tenore letterale analogo a quello dell'art. 41 dello Statuto e che, in aggiunta, eserciti la competenza in materia prima di aver accertato definitivamente la propria giurisdizione sulla domanda principale.

cautelare, deve conseguentemente affermarsi che tale ostacolo *sussisterebbe in ogni* caso, e cioé anche qualora l'art. 41 dello Statuto prevedesse espressamente la natura vincolante del potere cautelare. Ciò però non fanno gli studiosi che sostengono l'opinione in esame: come si è precisato, essi ritengono infatti che l'utilizzazione del verbo "indicate" escluda, in radice, che i provvedimenti interinali della Corte possano produrre effetti giuridici obbligatori. In definitiva, anche i sostenitori di questa opinione dovrebbero effettuare una scelta, per non cadere in una contraddizione: affermare che i provvedimenti cautelari non possono *comunque* avere natura vincolante nelle ipotesi in cui l'organo internazionale non sia in grado di accertare, preventivamente e in via definitiva, la propria giurisdizione sul merito della controversia; oppure negare la natura obbligatoria dei provvedimenti cautelari solo sulla base dell'interpretazione letterale della norma che contempla il potere di emanare quei provvedimenti, prescindendo da qualsiasi considerazione relativa alla dichiarazione definitiva o meno sulla giurisdizione principale di merito.

Rispetto all'ultima opinione menzionata, occorre anzitutto notare che essa, nell'escludere che la Corte internazionale di giustizia proceda ad un accertamento sommario del *fumus boni iuris* ai fini dell'indicazione di misure interinali, sembra presupporre che tale accertamento comporti necessariamente un esame piuttosto rigoroso del merito della controversia. La *fondatezza giuridica della pretesa*, infatti, può essere accertata solo se si procede ad una valutazione probabilistica delle possibilità di successo della domanda principale; e una siffatta valutazione probabilistica presuppone necessariamente una valutazione abbastanza ponderata delle questioni di diritto e di fatto su cui quella domanda si fonda.

Ebbene, si può certamente convenire, con la dottrina in argomento, che la Corte non condiziona l'indicazione di misure cautelari all'esistenza del *fumus* secondo il procedimento appena descritto. Dall'esame della giurisprudenza dell'organo emerge però che il *fumus boni iuris* costituisce comunque un presupposto per l'indicazione di provvedimenti cautelari; solo che l'accertamento di questo presupposto viene effettuato in base a criteri meno rigorosi rispetto a quelli indicati dalla dottrina in esame. Infatti, invece di procedere a un giudizio positivo circa la probabilità di successo della domanda principale (invece cioè di stabilire la fondatezza giuridica delle pretese poste a fondamento di quest'ultima), ai fini della tutela cautelare la Corte si preoccupa di verificare che quella domanda non sia manifestamente infondata *ictu oculi*, o addirittura pretestuosa, con ciò seguendo un indirizzo analogo a quello della giurisprudenza di taluni ordinamenti interni.

L'obiezione principale che può essere mossa rispetto all'opinione dottrinale in esame concerne quindi l'assunto stesso secondo cui, nel processo innanzi alla Corte internazionale di giustizia, l'indicazione di provvedimenti cautelari non avvenga in seguito all'accertamento del *fumus*, così come avviene negli ordinamenti interni. Tale assunto si rivela erroneo in quanto esso si fonda sulla convinzione che l'accertamento del *fumus* richieda al giudice interno, e quindi anche al giudice internazionale, di procedere ad un esame piuttosto rigoroso del merito della controversia per valutare le probabilità di successo della domanda principake. Ebbene, tale convinzione - e l'assunto che ne consegue - non sembrano fondati.

In effetti, una delle problematiche concernenti la tutela cautelare nell'ambito dei sistemi processuali nazionali è costituita proprio dal grado di sommarietà della

cognizione di merito con il quale, nel procedimento cautelare, il giudice deve accertare l'esistenza del *fumus*. Tale problematica non ha trovato la medesima soluzione nei sistemi processuali nazionali e, in taluni casi, anche all'interno di uno stesso ordinamento. A quest'ultimo proposito, basti ricordare il cambiamento di indirizzo giurisprudenziale originato dalla sentenza della *House of Lords* in relazione al caso *American Cyanamid Co.* c. *Ethicon Ltd.* Fino all'emanazione di questa celebre decisione, l'accertamento dell'esistenza del *fumus boni iuris* (o - per essere più precisi - del *prima facie case*, secondo la terminologia giuridica inglese) veniva effettuato a seguito di un giudizio positivo circa la probabile fondatezza delle ragioni dell'istante. In altri termini, fino alla decisione in argomento, i giudici anglosassoni accertavano la sussistenza del *fumus* a seguito di un esame piuttosto rigoroso del merito della controversia. Essi seguivano quindi quel procedimento che non si rintraccia nella giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia e che ha indotto la dottrina in esame a negare efficacia obbligatoria ai provvedimenti cautelari. Con la sentenza sul caso *America Cyanamid* , la *House of Lords* ha enunciato un nuovo principio, secondo il quale il giudice, ai fini dell'emanazione delle misure cautelari (*interlocutory injunctions*), deve semplicemente convincersi che "the claim is is not frivolous or vexatious", ovvero che vi sia "a serious question to be tried"; ciò evidentemente comporta che l'accertamento del *fumus* si limita ad una cognizione del tutto sommaria del merito della controversia[83]. Il principio enunciato dalla *House of Lords* è, a ben vedere, il medesimo criterio seguito dalla Corte internazionale di giustizia e, in genere,

[83] V. *supra*, Introduzione, par.1. In proposito si può ricordare che Lord Diplock, che redasse la decisione sul caso *American Cyanamid*, sottolineò che "a preliminary attempt to predict the ultimate outcome was so fraught with dander and difficulty that it ought not be undertaken at all".

dagli organi di giustizia internazionale, per l'accertamento di quello che può considerarsi uno dei tradizionali presupposti della tutela cautelare.

7. (Segue) Gli argomenti a favore della tesi dell'obbligatorietà dei provvedimenti cautelari

Si può ora passare ad esaminare le principali argomentazioni avanzate a sostegno della tesi dell'efficacia obbligatoria dei provvedimenti cautelari.

Secondo un primo indirizzo dottrinale, il potere cautelare avrebbe natura vincolante in virtù del rapporto esistente tra siffatto potere e quello che, secondo i seguaci di questo indirizzo, costituisce un fondamentale principio generale del processo internazionale. In virtù di tale principio, le parti di una controversia, in pendenza di giudizio, avrebbero l'obbligo di astenersi da comportamenti che potrebbero pregiudicare l'efficacia pratica della sentenza definitiva, o comunque vanificare la materia del contendere[84]. Ad avviso della dottrina che propugna l'opinione in esame, il potere cautelare avrebbe necessariamente natura vincolante in quanto esso costituirebbe nient'altro che un'applicazione concreta, o comunque una specificazione, del principio in argomento. Ciò perchè l'organo di giustizia, per effetto dell'emanazione dei provvedimenti cautelari, precisererebbe *in casu* le concrete misure che le parti devono adottare per

[84] In proposito si è osservato che: "...in inter-State litigation where the jurisdiction of a tribunal is always based , in one way or another, on the consent of the parties, it must be a matter of elementary logic and of good faith - which is one of the cornerstones of international law - that the parties are supposed not to act in any way which might frustrate the resultsand the very sense of the procedure to which they voluntarily gave their consent" (SZTUCKI, *op. cit.*, p. 79).

conformarsi all'obbligo (di contenuto generale) imposto da quel principio[85]. In altri termini, secondo l'efficace affermazione di un autorevole studioso, con l'emanazione di provvedimenti cautelari l'organo internazionale darebbe unicamente "life and blood to a rule that already exists in principle"[86].

Al fine di corroborare il proprio assunto di partenza, vale a dire che il potere cautelare costituisce un'applicazione pratica del principio di cui si è detto, la dottrina in questione è solita richiamare un celebre brano della ordinanza cautelare pronunciata il 5 dicembre 1939 dalla Corte permanente di giustizia internazionale, nell'affare *Electricity Company*. In quella occasione, come si è avuto modo di osservare più sopra, la Corte ebbe a precisare che l'art. 41 del proprio Statuto (concernente la competenza in materia cautelare) "applique le principe universellement admis devant les juridictions internationales ....d'après lequel les parties en cause doivent s'abstenir de toute mesure susceptible d'avoir une répercussion préjudiciable à l'exécution de la décision à intervenir et, en général, ne laisser procéder à aucun acte, de quelque nature qu'il soit, susceptible d'aggraver ou d'étendre le différend"[87].

---

[85] Questa tesi è stata inizialmente elaborata dal Delegato statunitense Root in seno al Comitato dei Giuristi che redasse lo Statuto della Corte, il quale precisò che: "The Parties to a case, when they submitted their controversy to the Court, might be regarded as having come under an obligation not to destroy the subject matter of their controversy or in any way to anticipate the judgment of the Court by action of their own. Such an obligation was implied in their acceptance of the jurisdiction of the Court. Under Article 41 of the Statute, the Court would merely indicate what the duty of the parties required and what action was necessary if the parties conformed with the obligations involved by their submission to the Court" (il brano in questione è citato da SZTUCKI, *op. cit.*, p. 79). In dottrina ha sostenuto con decisione la tesi in questione HAMBRO, *op. cit.*, p. 166 ss.

[86] HAMBRO, *op. cit.*, p. 167.

[87] Conviene puntualizzare che l'opinione in argomento viene tradizionalmente avanzata per giustificare la natura vincolante dei provvedimenti cautelari adottati in forza di una *norma* sulla competenza cautelare che è di natura convenzionale, ma risulta ambigua quanto all'efficacia giuridica di quei provvedimenti Più precisamente, l'opinione in questione è stata inizialmente elaborata per affermare la natura vincolante dei provvedimenti cautelari della Corte permanente di giustizia internazionale e, in seguito, della Corte internazionale di giustizia. Nondimeno, essa

L'opinione in esame suscita perplessità che meritano di essere evidenziate. Sotto il profilo teorico, è opportuno osservare che questa dottrina che non pare preoccuparsi di fornire alcuna "prova", sulla base del diritto positivo, circa il fatto che l'obbligo delle parti di adempiere a provvedimenti cautelari costituisca un'applicazione pratica dell'obbligo generale di astenersi da comportamenti che potrebbero compromettere la efficacia pratica della decisione di merito. Ammessa l'esistenza di un siffatto obbligo di astensione di natura consuetudinaria (esistenza che peraltro la dottrina in esame non si preoccupa di corroborare, ma semplicemente postula), l'opinione in esame sembra in realtà risolversi in una petizione di principio. In effetti, tale dottrina si limita solo a richiamare un *dictum* della Corte permanente di giustizia internazionale, che non solo è rimasto isolato nella giurisprudenza dell'organo, ma che peraltro - come si cercherà in seguito di dimostrare - non pare nemmeno essere stato correttamente interpretato[88].

---

presenta un carattere "generale", nel senso che essa si presta a essere riferita a tutti quei tribunali, i quali - come la Corte internazionale di giustizia - sono autorizzati dai rispettivi strumenti istitutivi ad apprestare una tutela cautelare di cui non è certa, in via convenzionale, la effettiva natura vincolante.

Ci si potrebbe chiedere come mai l'opinione di cui si discute non sembra mai essere stata utilizzata anche in altra ipotesi, e cioè al fine di giustificare la natura vincolante di provvedimenti cautelari adottati *in assenza* di una norma convenzionale che conferisca espressamente all'organo internazionale il potere cautelare (si pensi alla Corte europea dei diritti dell'uomo). Una possibile, e plausibile, spiegazione può muovere dal presupposto che l'opinione di cui si discute sia stata *deliberatamente* affermata *solo* con riferimento a tribunali espressamente autorizzati dal trattato istitutivo ad apprestare una tutela interinale. Ciò farebbe pensare che la dottrina in esame implicitamente consideri che il potere cautelare, non essendo previsto da un principio generale, possa essere conferito solo in via pattizia; in altri termini, questo potere potrebbe avere la propria *fonte* solo in una norma espressa del trattato istitutivo. Solo in presenza di una siffatta norma, che tuttavia risulti ambigua quanto all'efficacia dei provvedimenti adottati nell'esercizio di quel potere, l'assoluta esigenza di non pregiudicare l'efficacia pratica della sentenza finale conferirebbe obbligatorietà a quei provvedimenti. In definitiva, l'opinione in questione non sarebbe stata mai utilizzata con riferimento ai tribunali privi di una competenza cautelare in via pattizia per il semplice fatto che questi tribunali, ad avviso degli studiosi che sostengono quell'opinione,. non avrebbero il potere di esercitare tale competenza Ciò naturalmente starebbe a significare che, ad avviso dei sostenitori della opinione in esame, il potere cautelare deve trovare la propria fonte in una norma espressa del trattato istititutivo.

[88] V. *infra*, p. 189.

Conviene aggiungere che, sotto il profilo teorico, l'obbligo di astensione in argomento e il potere di un organo internazionale di indicare provvedimenti cautelari hanno una natura talmente eterogenea che risulta davvero difficile immaginare che l'ultimo non sia altro che una specificazione del primo[89]. L'obbligo di astensione gravante sulle parti in giudizio (sempre ammessa la sua esistenza) ha, in effetti, contenuto "generale", nel senso che esso non specifica da quali concreti comportamenti le parti hanno l'obbligo di astenersi per non pregiudicare l'efficacia pratica della decisione finale. Tale obbligo conferisce, allo Stato parte di una controversia *sub iudice*, il diritto di pretendere dall'altra parte l'*astensione* da comportamenti pregiudizievoli all'efficacia pratica della decisione finale. In principio, ciascuna delle parti ha poi la facoltà di valutare, in concreto, che tale obbligo sia adempiuto, e quindi appurare se certi specifici comportamenti tenuti dalla controparte in pendenza di giudizio siano effettivamente pregiudizievoli all'efficacia pratica della decisione finale. Il potere cautelare consiste invece nella emanazione di provvedimenti per effetto dei quali l'organo giurisdizionale indica alle parti le misure che devono essere adottate per vanificare il c.d. *periculum in mora*. Tali misure possono consistere nella richiesta di un comportamento non solo *omissivo*, ma anche *attivo*, e cioè comportare non solo l'*astensione*, ma anche l'*adozione* di determinati comportamenti[90]. In definitiva, l'emanazione di provvedimenti cautelari può essere necessaria anche se entrambe le parti si conformano all'obbligo di astensione in discorso, e ciò in quanto il *periculum in*

[89] In dottrina si usa parlare di "remedial norms" per riferirsi agli obblighi delle parti *pendente lite* di astenersi da comportamenti che potrebbero pregiudicare il conseguimento pratico del bene di cui si è chiesta la tutela giurisdizionale; l'espressione "remedial jurisdiction" viene invece utilizzata per indicare l'esistenza di un organo che ha il potere di apprestare una tutela interinale (sul punto, v. DUMBAULD, *op. cit.*, p. 93).

[90] V. *supra*, Introduzione, par. 1.

mora può essere rimosso solo se le parti, in luogo da astenersi, adottano specifiche e concrete misure.

Queste considerazioni sembrano sufficienti per dimostrare come l'esercizio del potere cautelare non possa considersi come una specificazione, caso per caso, di un obbligo generale di astensione gravante sulle parti. Se si vuole sostenere la tesi contraria, si dovrebbe infatti conseguentemente presupporre che l'organo internazionale possa emanare provvedimenti cautelari unicamente a contenuto omissivo, e mai a contenuto attivo. Però siffatta limitazione contrasta, anzitutto, con la funzione stessa cui la tutela cautelare è preordinata, funzione che necessariamente richiede che il giudice abbia un certo margine di discrezionalità nella determinazione delle misure che, in concreto, possono risultare idonee a ovviare al *periculum in mora*. In secondo luogo, questa limitazione appare in diretto contrasto anche con le norme pattizie sulla tutela cautelare di molti organi internazionali, compresa la Corte internazionale di giustizia. Tali norme stabiliscono invero che l'organo possa adottare tutte le misure a finalità cautelare che esso ritenga necessarie per proteggere i diritti delle parti in pendenza di giudizio; quelle norme, dunque, attribuiscono all'organo un ampio margine di discrezionalità in ordine alla determinazione delle misure in questione[91].

Per ovviare all'inconveniente sopra evidenziato, che ridurrebbe il potere cautelare alla mera emanazione di provvedimenti di contenuto *omissivo*, non vale sostenere - come invece si è recentemente fatto in dottrina - che l'opinione in esame avrebbe almeno il merito di individuare il fondamento giuridico dell'obbligatorietà dei

[91] V. *supra*, capitolo 1, par. 1, specialmente nota n. 7.

provvedimenti cautelari a carattere omissivo[92]. Al riguardo si può obiettare che, in realtà, neanche tale merito può essere riconosciuto all'opinione in discorso. Questa opinione, proprio per il presupposto su cui si fonda, non si presta infatti a fornire una giustificazione dell'obbligatorietà di taluni provvedimenti cautelari, e non di altri. Il presupposto di tale opinione, in effetti, è che l'esercizio del potere cautelare *tout court* costituisce una specificazione *in casu* dell'obbligo generale di astensione gravante sulle parti alla lite. D'altro canto non parrebbe logico sostenere che il potere cautelare rappresenti talvolta una specificazione concreta di quell'obbligo generale di astensione, e cioè quando si tratti di adottare misure cautelari di contenuto omissivo, e talaltra non lo sia..

Se sotto il profilo teorico l'opinione in esame non pare soddisfacente, non si può fare a meno di osservare che tale opinione non sembra corroborata nemmeno dalla prassi internazionale. Dall'esame di quest'ultima, emerge anzi che gli Stati non sembrano affatto presupporre che il potere cautelare costituisca una specificazione di un obbligo gravante sulle parti in pendenza di giudizio. Secondo quanto riportato recentemente in dottrina, infatti, non meno di 115 trattati (su 163 presi in esame) contengono sia una norma che conferisce ad un organo di giustizia il potere di apprestare una tutela interinale, sia una norma che impone alle parti di astenersi, *sub iudice*, da

[92] V DANIELE, *Le misure cautelari* cit., che - con riferimento alla opinione in argomento - afferma che questa opinione "appare fondata....benchè ....essa non sia applicabile a tutti i casi. L'autore sostiene infatti che quella opinione non sembra "valere, oltre che per le misure generiche, anche per quelle specifiche". Ciò in quanto "misure del tipo di qulle indicate dalla Corte nei casi dell'*Anglo-Iranian Oil*, o del *Personale diplomatico* o della *Controversia di frontiera* mirano a ottenere dalle Parti determinati comportamenti attivi e non si accontentano invece dimere e generiche astensioni. Esse sembrano dunque travalicare la portata dell'obbligo generale di astensione. Appare dunque necessario distinguere tra misure generiche, la cui efficacia vincolante sembra potersi ricondurre *anche* al principio generale di cui sopra [quello di astenersi da comportamenti pregiudizievoli per la decisione finale], e misure specifiche, la cui obbligatoretà deve invece essere ricavata da altre fonte normativa" (pp. 164-165).

comportamenti che potrebbero avere effetti pregiudizievoli per la decisione finale[93]. Se gli Stati contraenti hanno espressamente stabilito che essi hanno un obbligo di astensione *pendente lite* e, al contempo, che l'organo di giustizia ha il potere di emanare provvedimenti cautelari, evidentemente con ciò essi hanno voluto dimostrare che, a loro giudizio, il potere cautelare non costituisce necessariamente una specificazione dell'obbligo in questione. È in effetti chiaro che gli Stati contraenti, se fossero stati dell'opinione contraria, non avrebbero avuto alcuna necessità di prevedere, in aggiunta ad una norma sul potere cautelare, una norma relativa all'obbligo di tenere un determinato comportamento in pendenza di giudizio[94].

Circa il *dictum* della Corte permanente di giustizia internazionale nell'affare *Electricity Company*, conviene osservare che gli studiosi che sostengono l'opinione in esame non hanno probabilmente adeguatamente valutato due aspetti di quella decisione. Anzitutto, è significativo che la Corte abbia effettuato la precisazione in argomento *solo* in quella occasione. Ciò pare in effetti piuttosto insolito: se la Corte era dell'opinione che l'art. 41 costituisse nient'altro che una specificazione di un obbligo generale di astensione, cosa che avrebbe conferito efficacia obbligatoria ai provvedimenti emanati in forza di quell'articolo, perchè l'organo non ha successivamente ritenuto di dover ribadire siffatta precisazione? Ebbene, sembra che la ragione possa essere ricercata solo se si interpreta tale *dictum* alla luce del dispositivo dell'ordinanza cautelare relativa al caso *Electricity Company*. Conviene infatti precisare che, nell'affare in questione, la Corte si è unicamente limitata a richiedere al governo bulgaro, a titolo di misura

[93] SZTUCKI, *op. cit.*, p. 80/

[94] Tale obbligo sarebbe di natura dichiarativa, dato che per i sostenitori dell'opinione in esame l'obbligo di astensione sarebbe comunque imposto da un principio o norma di natura consuetudinaria.

cautelare, di astenersi dall'intraprendere "aucun acte, de quelque nature qu'il soit, susceptible de préjuger des droits réclamés par le Gouvernement belge ou d'aggraver ou d'étendre le différend soumis à la Cour". In altri termini, nel caso di specie, l'organo ha emanato un'unica misura a finalità cautelare, con la quale ha richiesto al governo bulgaro di *astenersi* da comportamenti suscettibili di pregiudicare i diritti dedotti in giudizio, o comunque aggravare o estendere la controversia. In definitiva, la Corte non ha fatto altro che ribadire quell'obbligo generale di astensione, di cui essa aveva affermato l'esistenza nel *dictum* in argomento. È dunque evidente che, in questo caso, la misura cautelare aveva natura vincolante, ma solo in quanto essa aveva una portata meramente dichiarativa di un obbligo comunque incombente (ad avviso della Corte) sullo Stato destinatario di quella misura.

Si deve inoltre osservare che, in tutti gli altri casi in cui ha apprestato una tutela cautelare, la Corte ha sempre indicato misure cautelari a contenuto specifico (attivo o omissivo) e, oltre a tali misure, ha adottato la misura cautelare concernente l'obbligo generale di astensione indicata nell'affare *Electricity Company*[95]. Questa constatazione induce a osservare che la Corte non presuppone che l'esercizio del potere cautelare costuisca una specificazione dell'obbligo di astensione da comportamenti pregiudizievoli. Se davvero fosse di quest'avviso, quando richiede alle parti di adottare specifici comportamenti, o di astenersi da tali comportamenti comportamenti, l'organo non avrebbe invero alcuna necessità di indicare *anche* (sempre a titolo di misura cautelare) che le parti devono astenersi da qualsiasi comportamento suscettibile di

[95] Per limitarci alle ordinanze cautelari più recenti, si veda la decisione del 15 marzo 1996, nel caso concernente *La frontère terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, e la decisione dell'8 aprile 1993, nel caso concernente l'*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*.

pregiudicare l'efficacia pratica della sentenza di merito, o di aggravare o estendere la controversia.

Queste considerazioni consentono quindi di sostenere che il *dictum* della Corte permanente di giustizia internazionale nel caso *Electricity Company* (che peraltro, come si è correttamente osservato, "has exercised a tremendous influence on the doctrine, on the arguments of the requesting States before the Court, as well as on the individual opinions of judges"[96]) non costituisce affatto un elemento a favore della opinione in argomento. Nel caso di specie, la Corte ha infatti statuito che il potere cautelare costituisce un'applicazione dell'obbligo generale di astensione gravante sulle parti solo in quanto, in quel caso, a titolo di *unica misura cautelare*, l'organo ha chiesto al governo bulgaro di dare adempimento all'obbligo in questione. Sostenere che con quel *dictum* la Corte intendesse statuire un principio di carattere generale, come fa la dottrina in esame, significa effettuare una forzatura, che tra l'altro pare del tutto contradetta dall'analisi della giurisprudenza dell'organo in materia cautelare.

Un altro argomento che viene frequentemente avanzato dalla dottrina che sostiene la tesi dell'obbligatorietà dei provvedimenti cautelari muove dalla precipua funzione svolta dalla tutela cautelare rispetto alla decisione finale di merito. La tutela cautelare, come è noto, è preordinata all'emanazione di una sentenza di merito che abbia pratica efficacia: i provvedimenti cautelari hanno cioè il compito di "proteggere" l'eventuale decisione di accoglimento della domanda principale, impedendo che il tempo necessario allo svolgimento del processo arrechi un pregiudizio irreparabile alle situazioni giuridiche vantate con quella domanda[97]. Alla luce di questa ben precisa finalità, la

[96] V. SZTUCKI, *op. cit.*, p. 83.
[97] V. *supra*, Introduzione, par. 1.

dottrina in esame osserva che i provvedimenti cautelari hanno natura necessariamente vincolante in quanto, solo se dotati di siffatta natura, possono assicurare la protezione dei diritti dedotti in giudizio, e quindi l'emanazione di una sentenza che abbia un'utilità concreta per l'attore. Posto che non vi è alcun dubbio sull'efficacia obbligatoria di quest'ultima, tale dottrina conclude pertanto che l'obbligatorietà dei provvedimenti cautelari costituisce la inevitabile conseguenza logico-giuridica della natura vincolante della sentenza di merito, la cui pratica efficacia deve essere assicurata dai provvedimenti in argomento[98].

Questa opinione non ha mancato si sollevare obiezioni tra gli studiosi che sostengono la tesi della non obbligatorietà dei provvedimenti cautelari. Più precisamente, si è evidenziato che, per effetto della separazione ed autonomia del procedimento cautelare rispetto al procedimento principale, l'obbligatorietà della decisione finale non presuppone necessariamente l'obbligatorietà dei provvedimenti interinali. Sarebbe quindi possibile concepire provvedimenti cautelari di natura raccomandatoria nell'ambito di procedimenti tipicamente giurisdizionali (che cioè sfociano nell'emanazione di una sentenza di natura vincolante), e provvedimenti cautelari di natura vincolante nell'ambito di procedimenti non giurisdizionali di soluzione delle controversie non giurisdizionali (che cioè non sfociano in un provvedimento finale di natura vincolante per le parti)[99]. Questa obiezione non appare però del tutto

---

[98] Questa opinione è stata propugnata dal delegato britannico in seno al Consiglio di Sicurezza nel caso *dell'Anglo American Oil Company* (v.*supra*). In dottrina, la opinione in questione è stata sostenuta da FITZMAURICE, *op. cit.*, p. 122; CROCKETT, *The Effects of Interim measures of protection in the ICJ*, in *California Western Int. Law Journal*, 1977, pp. 348-384; PESCATORE, *op. cit.*, p. 350.

[99] VENTURINI, *op. cit.*, pp. 178-179, il quale osserva come l'obbligatorietà o meno delle misure cautelari "non dipenda affatto dall'obbligatorietà della decisione finale", e ciò a causa della "separazione ed autonomia dei due procedimenti. È quindi possibile che il provvedimento

soddisfacente, in quanto essa si risolve in una petizione di principio, in sè affatto inidonea a confutare la opinione in esame. Quest'ultima si propone di individuare il fondamento giuridico della obbligatorietà dei provvedimenti cautelari proprio in relazione a tutti quei casi in cui siffatta obbligatorietà non sia stata espressamente attribuita in via convenzionale. Per contestare questa opinione non basta pertanto sostenere che, per effetto del principio dell'autonomia e separazione dei due procedimenti, è possibile delineare ipotesi in cui i provvedimenti cautelari non sono obbligatori; nemmeno serve, per suffragare questa affermazione, ricordare - a titolo esemplificativo - che vi sono norme di natura pattizia che non attribuiscono espressamente all'organo internazionale il potere di emanare provvediementi cautelari di natura vincolante. Il principio della separazione e autonomia del procedimento cautelare rispetto al procedimento principale non consente, in definitiva, di fornire alcuna valida obiezione all'opinione in argomento.

---

cautelare abbia semplice valore indicativo, costituisca un semplice obbligo morale, mentre il procedimento principale ha vera e propria forza obbligatoria: è questo il caso della Corte permanente di giustizia internazionale. Inversamente si possono concepire, in base a tale principio, misure cautelari obbloigatorie e conclusioni sul merito non obbligatorie". Il Venturini, tra l'altro, non manca di notare che, in tale ultima ipotesi, "la non obbligatorietà del risultato del procediemtno sul merito esclude il carattere giurisdizionale dell procedimento stesso e quindi la natura cautelare delle misure indicate nel corso di esso". Questa impostazione è stata sostanzialmente condivisa da SZTUCKI, *op. cit.*, p. 263, per il quale "No conclusion as to the legal status of interim measures can be drawn from the assumption that an interlocutory decision is binding if the final decision to which it relates is regarded as binding; and conversely, that an interlocutory decision is not binding wen related to the final decision of non-binding character. Although this construction holds true in most cases, it does not follow from any peremptory 'symmetry' in various procedures for settlement of disputes, and exceptions to thi s construction in both directions are known in international law". A titolo esemplificativo, nella nota al testo n. 204, l'autore ricorda che "the European Court of Human Rights may be quoted as an example of judicial instance whose final decisions are binding...but which in the field of interim measures may only 'bring to the attention of the parties any interim measure the adoption of which seems desirable'", nonchè la circostanza che "at least a dozen treaties, including the Treaties of Locarno, of 1925(art. 19), and the 'Gondra treaty', of 1923 (Art. 5 of the Annex) provide for binding interim measures decided by organs of conciliation or inquiry, although their final conlusions are not binding".

In effetti, non può negarsi che i provvedimenti cautelari, per adempiere efficacemente la propria funzione, dovrebbero avere natura vincolante. Tuttavia, l'obiezione principale che si può avanzare nei confronti dell'opinione in argomento è che essa si basa su un argomentazione puramente logica, che inoltre prescinde dal fatto che - nell'ordinamento internazionale - è del tutto concepibile che gli Stati si sottopongano soltanto a un potere cautelare di natura raccomandatoria. Ciò soprattutto in considerazione del fatto che taluni organi di giustizia possano trovarsi nella necessità di apprestare una tutela interinale in una situazione di incertezza circa la propria giurisdizione sul caso di specie.

In effetti, se si cercano le ragioni dell'obbligatorietà dei provvedimenti cautelari negli ordinamenti interni, ci si avvede che tale obbligatorietà costituisce una conseguenza "inevitabile" del rapporto funzionale di quei provvedimenti con la sentenza di merito in virtù della particolare struttura dell'attività giurisdizionale. Tale attività si impone ai consociati a prescindere dalla loro accettazione: il ricorso giurisdizioonale costituisce (almeno in principio) l'unico mezzo per l'affermazione delle proprie pretese. In questo contesto, negli ordinamenti interni è imperativo che lo Stato garantisca che l'attività giurisdizionale non sia esercitata "inutilmente" per l'attore che ha ragione. Il giudice è dunque munito dei poteri necessari a assicurare che il tempo necessario per lo svolgimento del processo non causi un pregiudizio irreparabile ai diritti dedotti in giudizio: tale garanzia è appunto fornita dalla tutela cautelare che avrà dunque, in un contesto come quello appena descritto, natura necessariamente vincolante.

L'ultimo argomento avanzato a favore della tesi della obbligatorietà dei provvedimenti cautelari è quello secondo cui il potere di emanare provvedimenti cautelari ad efficacia obbligatoria costituisce un potere *implicitamente* attribuito ad un

organo internazionale per effetto del trattato istitutivo di quell'organo. Come si è avuto modo di precisare nel primo capitolo, i sostenitori dell'opinione in argomento ricordano che, secondo il criterio dei poteri impliciti, devono considerarsi necessariamente attribuiti ad un'organizzazione o ad un organo internazionale tutti quei poteri che risultano indispensabili per l'esercizio delle competenze espressamente attribuite dal trattato istitutivo. Muovendo dall'osservazione che il criterio ermeneutico in discorso può essere utilizzato anche con riferimento allo strumento istitutivo di un organo di giustizia internazionale, la dottrina in esame osserva che il potere di adottare provvedimenti cautelari di natura vincolante costituirebbe un potere "indispensabile" per l'esercizio effettivo della competenza espressamente attribuita all'organo di giustizia internazionale, e cioè risolvere una determinata controversia mediante una decisione vincolante. In proposito, si argomenta che un organo giurisdizionale non potrebbe adempiere efficacemente a siffatto compito se, per il verificarsi di un pregiudizio irreparabile ai diritti dedotti in giudizio, risultasse poi impossibile emanare una sentenza che abbia efficacia concreta per la parte vittoriosa della controversia.

Per rafforzare la propria opinione (e, in definitiva, contrastare la tesi che per negare efficacia obbligatoria alle misure cautelari in assenza di una norma pattizia attributiva fa leva sul principio secondo il quale le limitazioni alla libertà degli Stati non si presumono), gli autori che sostengono l'opinione in esame hanno poi avanzato tre argomentazioni. In primo luogo, essi osservano che l'attribuzione ad un organo giurisdizionale di poteri di natura vincolante aggiuntivi rispetti a quelli previsti in via pattizia non è stata mai posta in dubbio in ordine a questioni quali il potere dell'organo di stabilire un termine finale per la produzione o la presentazione di atti processuali, per

stabilire la data di un'udienza, nonchè per molte altre questioni inerenti allo svolgimento del procedimento principale[100]. In secondo luogo, si è fatto notare che le misure che rimangono delimitate nel quadro dell'istituto della tutela cautelare non comportano una restrizione alla libertà degli Stati aggiuntiva rispetto alla restrizione di libertà derivante dalla libera sottoposizione alla giurisdizione di un organo di giustizia internazionale[101]. Infine, si è evidenziato che la norma interpretativa per la quale le limitazioni alla sfera di libertà degli Stati non si presumono risulta comunque subordinata ad altri criteri ermeneutici, tra cui deve ricomprendersi quello dei poteri impliciti[102].

---

[100] V. OELLERS-FRAHM, *op. cit.*, p. 134, che per rafforzare la proposizione secondo la quale un tribunale, per poter adempiere alla propria funzione giurisdizionale, deve poter adottare tutte le misure necessarie per l'efficace esercizio di tale funzione, osserva: "Das wurde nie in Zweifel gezogen z. B. für das Recht, Fristen fur das Vorbringen, die Vorlage von Akten etc. zu setzen, fur die Anderaumung eines Terminis zur mündlichen Verhandlung sowie für alle möglichen prozeßleitenden Verfügungen seitens des Gerichts".

Pare necessario aggiungere che in dottrina vi è stato uno studioso che, con riferimento alla Corte internazionale di Giustizia, ha osservato come non si comprenderebbe perchè *solo* le ordinanze emanate in virtù dell'art. 41 dello Statuto dovrebbero essere sprovviste di effetti obbligatori. Questo studioso fa notare che nessuno metterebbe mai in dubbio la natura vincolante delle ordinanze adottate ai sensi degli articoli 48 ("The Court shall make orders for the conduct of the case, shall decise the form and time in which each party must conclude its arguments, and make all arrangements connected with the taking of evidence") e 49 ("The Court may, even before the hearings begin, call upon the agents to produce any document or to supply any explanations") dello Statuto. Sulla base di questa osservazione, lo studioso in questione, riferendosi alle ordinanze in materia cautelare, pone il seguente interrogativo: "Why should they, and they alone, of all the Court's decisions be of a purely advisory, hortative or recommendatory character?" (V. HAMBRO, *op. cit.*, pp. 169-170). A nostro avviso, la risposta a tale quesito riposa, come si dirà in seguito nel testo, sulla natura del tutto peculiare dei provvedimenti cautelari, i quali - a differenza dei provvedimenti emanati ex art. 48 e 49 dello Statuto - richiedono un comportamento di natura extra-processuale.

[101] Ad avviso della Oellers-Frahm, "Daß überhaupt durch den Erlaß einstweiliger Maßnahmen die Souveränität in einem Maße beeinträchtigt wird, das über das Maß der freiwilligen Souveränitätsaufgabe durch die Unterwerfung unter die Gerichtsbarkeit eines internationalen Gerichts hinausgeht, bestreitet schon einleuchtend der ungarisch-rumänische Gemischte Schiedsgerichtshof". Dopodichè, la Oellers-Frahm osserva conclusivamente: "Maßnahmen jedoch, die in dem fur das Institut der einstweiligen Anordnung abgestececkten Rahmen bleiben, schränken die Souveränität nicht weiter ein, als es bereits freiwilling durch die Zustimmung zur Gerichtstbarkeit seitens der Staaten geschehen ist" (*op. cit.*, pp. 136-137).

[102] La Oellers-Frahm osserva: "Dieser Grundsatz der restriktiven Auslegung hat jedoch, wie die internationale Judikatur darlegt, subsidiären Charakter gegenüber anderen Interpretationsmethoden, wie z. B. der der *implied powers*. Der Grund für die Subsidiarität des

Varie obiezioni sembrano potersi sollevare in ordine a ciascuna di tali argomentazioni. Circa la prima, non si può fare a meno di notare che le attività citate a titolo esemplificativo per dimostrare l'esistenza di indiscussi poteri decisionali di un organo giurisdizionale non previsti dallo strumento istitutivo ineriscono tutte all'esercizio di poteri tipicamente *ordinatori* di un procedimento giurisdizionale. La determinazione di un termine finale per la presentazione o produzione di atti processuali, o di una data per un'udienza, e così via, cotituiscono in effetti esempi tipici di attività di amministrazione della giustizia, attività le quali si estrinsecano con provvedimenti che vengono ad imporre alle parti comportamenti di natura esclusivamente *endoprocessuale*, e dunque non veri e propri *obblighi*, bensì *oneri*. Ben diverso è il caso del potere cautelare il cui esercizio produca effetti obbligatori. I provvedimenti cautelari hanno invero una natura "ibrida". Da un lato, la loro adozione può essere avvicinata all'esercizio di poteri di natura procedimentale, e ciò per il fatto che tali provvedimenti sono in qualche modo prodromici all'emanazione del provvedimento definitivo (nel senso che vengono emanati "in attesa" di quest'ultimo). Dall'altro lato, deve però osservarsi che con i provvedimenti cautelari l'organo non si limita a richiedere ai destinatari comportamenti di tipo endoprocessuali, come invece avviene con gli altri provvedimenti ricordati dalla dottrina in argomento. Al contrario, le misure cautelari vengono ad imporre - sia pure provvisoriamente - comportamenti *al di*

Grundsatzes der restriktiven Auslegung betreffend die Souveränität de Staaten ist der, daß es Sinn und Zweck eines völkerrechtlichen Vertrages ist, durch eine Beschränkung der Souveränität der Vertragspartein Regeln des gegensteitigen Verhaltens aufzustellen. Werden diese Regeln nicht in dem genannten Sinn verstanden, so muß ihre Bedeutung stark in Zweifel gezogen werden" (*op. cit.*, p. 136).

fuori del processo[103]. Se si affermasse la natura vincolante dei provvedimenti in questione in assenza di una norma pattizia attributiva, si verrebbero pertanto a imporre in capo ai destinatari dei *veri e propri obblighi* non previsti dal trattato istitutivo.

In relazione al secondo argomento prospettato dagli autori che sostengono l'opinione in argomento, non può certamente negarsi che gli Stati che si sottopongono volontariamente alla giurisdizione di un tribunale internazionale compiano un atto con cui limitano la propria sfera di libertà. Questo non comporta, tuttavia, che l'obbligo di sottostare a provvedimenti cautelari sia necessariamente contenuto in tale atto. Il potere di adottare provvedimenti cautelari di natura vincolante non costituisce infatti un *minus* rispetto al potere di decidere una controversia, sebbene il primo si eserciti con provvedimenti di natura provvisoria preordinati all'effettivo espletamento della funzione giurisdizionale. Ciò per due ragioni principali. La prima è che la tutela cautelare viene apprestata in seguito ad una cognizione solo sommaria dei diritti che vengono dedotti in giudizio. In sostanza esiste sempre la possibilità che i provvedimenti interinalmente

[103] Pare opportuno osservare che la profonda differenza tra i provvedimenti cautelari e i provvedimenti ordinatori del procedimento, naturalmente, non è stata ignorata dalla Oellers-Frahm, che nel capitolo introduttivo della propria monografia si preoccupa giustamente di puntualizzare: "Der Ausschaltung einer derartigen faktischen Klärung der Streitigkeit dienen die einstweiligen Anordnungen, deren Inhalt ist, die Parteien einem Verhalten zu bestimmen, das die praktische Wirksamkeit des richterlichen Urteils nicht untergräbt, mit dem Ziel, ein Mindestmaß an Rechtssicherheit sichrzustellen, die Voraussetzung jeder richterlichen Entscheidung ist. Das bedeutet, daß die einstweiligen Maßnahmen ein außerprozessuales Verhalten der parteien zu regeln haben, das den Prozeß durch eine materiell nicht wiedergutzumachende Verletzung von im Streit befindlichen Rechten zu beeinflussen angetan ist....Die Tatsache, daß die einsteweiligen Verfügungen eine *Schutzmaßnahme* darstellen, nicht eine den Prozeß vorbereitende Maßnahmen, grenzt sie gegen ihnen änliche prozessuale Zwischenentscheidungen (*interlocutory awards*), die der Regelung des Prozeßverlaufs dienen..."(*op. cit.*, p. 10). L'autore non ritiene però che la disomogeneità tra misure cautelari e misure ordinatorie del procedimento principale costituisca un ostacolo logico per affermare che, come non sembra discutibile che un tribunale abbia - anche nel silenzio del trattato istitutivo - il potere di *ordinare* le misure rientranti nella seconda categoria, non si vede perchè quello stesso tribunale non debba avere anche il potere di *ordinare* misure provvisorie.

adottati a protezione di questi diritti possano *ex post* risultare non giustificati in relazione all'esito del procedimento principale, e cioè quando con la decisione finale di merito si accerta l'insussistenza delle pretese che si erano ritenute meritevoli di tutela provvisoria. Verificandosi tale eventualità, i provvedimenti cautelari verrebbero pertanto a limitare, sia pure provvisoriamente, la sfera di libertà degli Stati, senza che tale limitazione trovi un legittimo fondamento nell'ordinamento giuridico. In secondo luogo, e si tratta di un aspetto che pare ancora più significativo, può accadere che l'organo internazionale debba indicare il provvedimento cautelare prima ancora di avere accertato definitivamente l'esistenza di un titolo di giurisdizione. Qualora, in seguito all'adozione di misure cautelari, l'organo rilevi il proprio difetto di giurisdizione, la compressione ingiustificata della libertà statale provocata dall'obbligo di sottostare a quelle misure si manifesta con maggiore evidenza rispetto all'ipotesi precedente. Nell'assenza di un titolo di giurisdizione, l'organo non avrebbe infatti potuto emanare alcun tipo di provvedimento, compresi quelli a finalità cautelare: se i provvedimenti cautelari avessero natura *implicitamente* vincolante, ciò rende palese il contrasto tra la limitazione all'esercizio dei diritti o delle facoltà statali colpite dalle misure cautelari e la successiva dichiarazione di difetto di giurisdizione. Tali considerazioni consentono in definitiva di osservare che l'esercizio di un potere decisionale in materia cautelare non può semplicemente ritenersi *contenuto* nel potere dell'organo di risolvere la lite nel merito.

Infine, circa l'argomento secondo il quale il tradizionale criterio restrittivo di interpretazione dei trattati sarebbe "subordinato" ad altri criteri ermeneutici, tra cui quello dei poteri impliciti, non si può negare che l'opinione dottrinale in esame avanzi

con ciò una proposizione in principio corretta[104]. Nondimeno, questa opinione si limita semplicemente a "rilevare" il rapporto di subordinazione innanzi ricordato senza fornire alcun elemento volto a suffragare l'asserita subordinazione. In realtà, ciò che andrebbe dimostrato è proprio che l'attribuzione implicita di un potere cautelare di natura vincolante costituisce il risultato di un'interpretazione corretta del trattato istitutivo di un organo giurisdizionale.

Occorre tuttavia osservare che l'opinione dottrinale in discorso ha il merito di evidenziare che il criterio di interpretazione dei trattati basato sul principio *in dubio mitius* non può in effetti ritenersi un "dogma" nel diritto internazionale contemporaneo. È quindi necessario appurare se, ricorrendo a criteri ermeneutici estensivi diversi da quello dei poteri impliciti, è possibile affermare o meno la natura vincolante del potere cautelare.

[104] Un autorevole studioso, richiamato anche dalla Oellers-Frahm a sostegno della propria affermazione, facendo riferimento alla Corte permanente di giustizia internazionale e alla Corte internazionale di giustia, ha osservato che "the combination of the recognition of the principle of restrictive interpretation with the refusal to apply it in individual cases on the ground that the treaty is clear or that *restrictive interpretation can be resorted to only if all other methods of interpretation have failed* is a frequent feature of the jurisprudence of the Court" (così LAUTERPACHT, *Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties*, in *British Yearbookk of Int. Law*, vol. XXVI, 1949, p. 61 (corsivo aggiunto).

8. La necessità di una soluzione articolata al problema in esame

Dall'analisi effettuata, emerge che nessuna delle opinioni dottrinali sulla questione dell'obbligatorietà o meno dei provvedimenti cautelari risulta completamente appagante. Vi è inoltre un vizio di fondo che accomuna tutte queste opinioni: quello di avanzare argomentazioni (a favore o contro la natura vincolante dei provvedimenti cautelari) comunque indifferenziate rispetto ai diversi organi di giustizia internazionale. Si ritiene invece che una distinzione vada effettuata, e ciò sotto un duplice profilo. Anzitutto, occorre distinguere l'ipotesi in cui vi sia una norma di origine pattizia attributiva della competenza ad apprestere una tutela interninale, dall'ipotesi in cui tale norma esista, ma tuttavia non risulti perspicua circa l'efficacia giuridica obbligatoria o meno dei provvedimenti in argomento. In secondo luogo, e limitatamente a quest'ultima situazione, è necessario effettuare una distinzione in base al contesto in cui l'organo di giustizia internazionale si trova ad operare per effetto del trattato istitutivo.

Alla luce di questa duplice distinzione, è possibile individuare una soluzione differenziata al problema dell'obbligatorietà o meno dei provvedimenti cautelari, e ciò anche al fine di fornire una chiave di lettura della giurisprudenza e della prassi internazionale che, a prima vista, risulterebbero incongruenti e frammentarie.

8.1 L'efficacia giuridica dei provvedimenti cautelari adottati in assenza di un'espressa autorizzazione convenzionale

Nell'ipotesi in cui il trattato istitutivo non contenga una norma sulla tutela cautelare, l'organo internazionale è comunque legittimitato ad apprestare tale tutela in virtù di una norma generale di diritto internazionale. Questa norma impone infatti agli Stati che istituiscono un organo di giustizia internazionale l'obbligo di sottostare all'esercizio del potere cautelare da parte dell'organo in questione. In virtù di questa norma, però, gli Stati restano liberi di adempiere o meno ai provvedimenti adottati nell'esercizio di tale potere: la norma in questione, infatti, attribuisce ad ogni organo di giustizia un potere cautelare di *natura raccomandatoria*.

In queste circostanze, è evidente che i provvedimenti cautelari potrebbero avere natura vincolante solo se si riuscisse a dimostrare l'esistenza di uno specifico fondamento giuridico che conferisca loro tale natura. Ebbene, esclusa la possibilità di ricorrere alla teoria dei poteri impliciti per attribuire a ogni organo il potere di adottare provvedimenti cautelari ad efficacia obbligatoria, non si vede come ciò possa risultare possibile. In assenza di una volontà specifica degli Stati di consentire all'organo di adottare provvedimenti cautelari, e visto che in tale ipotesi la norma consuetudinaria legittima solo l'adozione di provvedimenti cautelari non obbligatori, non si può che escludere la natura vincolante dei provvedimenti cautelari. Diversamente, si verrebbe chiaramente ad attribuire all'organo internazionale il potere di imporre agli Stati *obblighi giuridici* da essi in alcun modo previsti nel trattato istitutivo, il che si pone in palese contrasto con il principio di libertà degli Stati.

Tale conclusione è confermata, anzitutto, dall'analisi della giurisprudenza internazionale, più precisamente, dalla posizione assunta dalla Corte europea dei

diritti dell'uomo nell'affare *Cruz Varas*[105]. In secondo luogo, tale conclusione risulta corrispondente al dato della prassi degli Stati, i quali ultimi non si sono opposti all'esercizio del potere cautelare nell'assenza di un'autorizzazione convenzionale, bensì hanno contestato con fermezza che - in tale ipotesi - l'organo internazionale potesse adottare provvedimenti cautelari di natura vincolante[106].

Conviene tuttavia precisare due aspetti. Anzitutto, la natura non vincolante dei provvedimenti cautelari non equivale a dire questi provvedimenti non abbiano in alcun caso efficacia obbligatoria. È in effetti ben possibile che il comportamento concretamente richiesto alle parti costituisca l'oggetto di un obbligo già gravante sulle parti, in virtù di una norma di diritto internazionale generale o pattizio. In secondo luogo, la natura non vincolante dei provvedimenti cautelari adottati nell'ipotesi in considerazione non impedisce che si producano effetti giuridici sfavorevoli per il destinatario che adotti un comportamento difforme.

A quest'ultimo proposito, conviene osservare che la Corte europea dei diritti dell'uomo, nel caso *Cruz Varas*, ha in effetti prospettato la c.d. teoria di aggravamento di responsabilità. Secondo questa impostazione, quanto meno in relazione a casi di "violazioni potenziali" dell'art. 3 della Convenzione, lo Stato che non si conformi alle richieste cautelari degli organi di Strasburgo assume il rischio di essere successivamente dichiarato inadempiente ai senso dello stesso art. 3. Ciò fa sì che, verificandosi tale ultima eventualità, la responsabilità dello Stato potrà risultare aggravata dal mancato adempimento al provvedimento cautelare[107].

---

[105] V. *supra*, par. 3.
[106] V. *supra*, par. 5.2.
[107] V. *supra*, nota 37.

Conviene osservare che un'analoga posizione è stata già sostenuta in dottrina da uno studioso italiano. Secondo quest'autore, infatti, "non è da escludere che il consiglio autorevole, contenuto in un provvedimento cautelare" trasformi "lo stato soggettivo di buona fede, di colpa o di dolo" che può essere preso in considerazione ai fini della determinazione dell'entità della sanzione o dell'ammontare della riparazione derivanti dall'accertamento di responsabilità. Inaltri termini, secondo questo autore, l'organo internazionale, "nella valutazione finale che confermi, nella sostanza, un'ordinanza cautelare rimasta ineseguita....potrà condannare, od aggravare quantitativamente la condanna ad una sanzione o ad una riparazione" lo Stato che non sia sia conformato all'ordinanza cautelare"[108].

8.2 L'efficacia giuridica dei provvedimenti cautelari adottati in presenza di un'espressa autorizzazione convenzionale da parte di organi operanti in un contesto marcatamente giurisdizionalizzato

Nelle ipotesi in cui un organo internazionale sia espressamente autorizzato da una norma di origine pattizia ad apprestare una tutela interinale, occorre chiedersi se la natura vincolante dei provvedimenti cautelari possa essere desunta in via *ermeneutica*.

A questo proposito, conviene anzitutto ricordare (come si è già avuto occasione di osservare in precedenza) che il criterio restrittivo di interpretazione dei trattati, il quale condurrebbe a sostenere la tesi della non obbligatorietà dei provvedimenti cautelari, ha

[108] BARILE, *Osservazioni cit.*, p. 154 ss. In questo senso anche BENVENUTI, *op. cit.*, p.269.

ormai assunto, nella giurisprudenza internazionale, un valore che può essere definito "residuale". Secondo un consolidato indirizzo della Corte internazionale di giustizia, nonchè di altri organi giurisdizionali internazionali, si dovrebbe cioè ricorrere al criterio restrittivo di interpretazione dei trattati solo qualora non risulti possibile appurare la volontà delle parti ricorrendo ad altri criteri di interpretazione dei trattati.

Ciò premesso, si può affermare che in taluni casi è possibile sostenere che i provvedimenti cautelari hanno natura vincolante. Si tratta dell'ipotesi in cui gli Stati abbiano istituito un organo internazionale allo scopo precipuo di garantire l'applicazione giuridica di un ordinamento giuridico omogeneo e abbiano conseguentemente rinunciato al ricorso a forme di autotutela privata. La norma sulla tutela cautelare, se interpretata nel senso dell'obbligatorietà dei provvedimenti cautelari, acquista una propria coerenza sistematica all'interno del trattato che la prevede.

Pe essere più chiari sul punto, si può precisare che se si muove da una approfondita analisi della *ratio* della tutela cautelare negli ordinamenti interni, ci si avvede che questa tutela viene concepita per garantire efficacia pratica alla sentenza definitiva per una ragione ben precisa, strettamente connessa al modo in cui è strutturata la giurisdizione all'interno degli ordinamenti nazionali. Il principio di effettività della funzione giurisdizionale, principio che la tutela cautelare (insieme ad altre tipologie di provvedimenti) mira ad assicurare, costituisce infatti la indispensabile conseguenza del *divieto di autotutela privata* e dell'*obbligatorietà della soluzione giudiziale* delle liti. In altri termini, negli ordinamenti interni, lo Stato si preoccupa di garantire che il tempo necessario allo svolgimento del processo non risulti pregiudizievole all'attore che ha ragione, per il fatto che esso *impone* ai consociati di servirsi del processo per

l'affermazione dei propri diritti. Sarebbe in effetti del tutto incongruente che un soggetto fosse obbligato a rivolgersi al giudice per il riconoscimento delle proprie pretese, se poi questo stesso giudice risultasse sprovvisto dei poteri necessari a garantire che la sentenza, una volta emanata, consenta all'attore il conseguimento pratico del bene che gli viene riconosciuto dalla legge. In definitiva, è possibile sostenere che la natura vincolante dei provvedimenti cautelari è indissolubilmente connessa all'esistenza di un sistema giurisdizionale, obbligatorio e accentrato, per la soluzione delle liti nell'ambito di un ordinamento giuridico uniforme. In definitiva, è la coerenza interna stessa dei sistemi processuali statali che richiede che il giudice possa obbligare le parti a adottare misure provvisorie necessarie a assicurare efficacia concreta alla sentenza di merito.

Con questa precisazione, appare chiaro che nell'ipotesi in cui la norma sulla tutela cautelare sia inserita in un trattato istitutivo di un organo di giustizia internazioanle che opera, per volontà degli stessi Stati che lo hanno istituito, in un contesto che presenta caratteri analoghi a quelli della giurisdizione interna, la corretta interpretazione di quella norma vuole che i provvedimenti cautelari abbiano efficacia obbligatoria.

Questa conclusione risulta peraltro confermata dall'esame della giurisprudenza internazionale, e in particolar modo dalla giurisprudenza della Corte inter-americana di diritti dell'uomo. La Corte ha infatti seguito un orientamento dal quale si desume con chiarezza la natura vincolante dei provvedimenti cautelari. In ciò l'organo non ha mai incontrato l'opposizione degli Stati.

8.3 L'efficacia giuridica dei provvedimenti cautelari adottati in presenza di un'espressa autorizzazione convenzionale da parte di organi operanti in contesti non giurisdizionalizzati

Una diversa soluzione si impone nel caso in cui la norma sulla tutela cautelare sia inserita in un trattato istitutivo di un organo internazionale che non operi in un contesto e per delle finalità come quelle evidenziate nel paragrafo precedente. Naturalmente, non si nutre alcun dubbio sull'utilità, per la giustizia internazionale, di provvedimenti cautelari che abbiano, anche in siffatte ipotesi, efficacia obbligatoria. Tuttavia, nel difetto delle condizioni tipiche dell'esercizio di giurisdizione in senso stretto, il contenuto extra-processuale delle misure cautelari, il fondamento volontario della giurisdizione internazionale, e la circostanza che i destinatari di quelle misure sono Stati sovrani inducono piuttosto a sostenere la tesi della non obbligatorietà dei provvedimenti cautelari.

L'esempio della Corte internazionale di Giustizia è, in proposito, emblematico. La Corte opera in un contesto e per delle finalità ben lontane da quelle che invece necessariamente implicano (*in primis* nell'ordinamento interno) che i provvedimenti cautelari abbiano natura vincolante. La Corte non costituisce, in definitiva, l'organo di giustizia dell'ordinamento internazionale, ma una forma molto evoluta di arbitrato rispetto alla quale sono stati concepiti meccanismi atti a facilitare il ricorso unilaterale per la soluzione delle controversie. D'altro canto, la circostanza che la Corte svolga la propria funzione in un contesto ben diverso da quello di altri organi di giustizia a carattere permanente, quali la Corte inter-americana dei diritti dell'uomo, è resa

palese dal fatto che l'accertamento dell'esistenza della propria giurisdizione si presenta spesso lungo e complesso. Ciò fa sì che la Corte debba di solito limitarsi ad accertare l'esistenza di un *fumus* di giurisdizione ai fini dell'indicazione di provvedimenti cautelari, il che naturalmente non esclude la possibilità che, successivamente, essa ribalti la propria valutazione sul punto, e dichiari il proprio difetto di giurisdizione.

In queste circostanze, mancano quindi quegli elementi che consentirebbero di interpretare la norma sulla tutela cautelare nel senso della natura vincolante del potere cautelare. Certo, si potrebbe essere tentati di "sacrificare" il principio della libertà degli Stati, che trova la sua espressione nel criterio restrittivo di interpretazione dei trattati, facendo ricorso al criterio ermeneutico di "effettività", che peraltro (secondo quanto osservato da un autorevole studioso) "has played a prominent and ever-growing part in the administration of international law"[109].

In virtù di questo criterio, che viene anche denominato dell'*effet utile*, fra i possibili risultati interpretativi di una norma giuridica, è necessario prescegliere l'interpretazione che conferisce pieno significato al disposto di quella norma (*ut res magis valeat quam pereat*). Per quanto direttamente concerne questo studio, si potrebbe pertanto sostenere - che, per conferire "pieno significato" alle disposizioni sui provvedimenti cautelari contenute nei trattati istitutivi degli organi di giustizia in considerazione, è necessario presupporre la natura vincolante dei provvedimenti in questione.

Circa la possibilità di seguire tale impostazione, conviene effettuare una duplice considerazione di natura preliminare. Anzitutto, è necessario ancora una volta

---

[109] H. LAUTERPACHT, *Restrictive interpretation and the Principle of Effectiveness* cit., p. 67

sottolineare che i provvedimenti cautelari hanno una natura del tutto peculiare rispetto ad altri provvedimenti giurisdizionali di natura procedurale: ciò perchè essi richiedono dei comportamenti *extra-processuali*, che possono risultare ingiustificati nel caso si accerti successivamente la infondatezza delle pretese vantate con la domanda principale. Come si è già sottolineato la tutela cautelare viene infatti esercitata solo in seguito a un giudizio sommario sulla possibile esistenza del diritto dedotto in giudizio; non può quindi escludersi che, con la sentenza definitiva, il giudizio effettuato in sede cautelare possa venire ribaltato, respingendosi la domanda principale e dunque ritenendo insussistente il diritto tutelato in via interinale con un provvedimento cautelare. In secondo luogo, conviene ancora una volta ribadire che, proprio a causa del carattere marcatamente arbitrale degli organi di giustizia in esame, la tutela cautelare viene di norma apprestata prima del giudizio definitivo sull'esistenza di giurisdizione.

Alla luce di ciò, occorre dunque chiedersi se il criterio *dell'effet util* possa prevalere sul principio *in dubio mitius*, così giustificando la efficacia obbligatoria dei provvedimenti cautelari. Al riguardo, sembra consigliabile un atteggiamento prudente. Sembrano infatti condivisibili le osservazioni di un autorevole studioso, che ha precisato come il criterio dell'*effet utile* difficilmente costituisce un criterio da utilizzare per scegliere "between the simple alternatives of a literal interpretation or an interpretation leading to an absurdity"; di norma, invero, l'interprete è posto di fronte alla scelta "between two opposing contentions neither of which is absurd". In definitiva, secondo quanto opportunamente osservato dallo studioso in questione, "also in this matter the choice is not between full effectiveness and utter frustration of the purpose of the treaty. The decision ... is usually between a higher and a lower degree of effectiveness. If the

States have decided for the latter, is it within the province of a court....to bring about the former?"[110].

Il quesito posto da quest'autore concerne anche l'ipotesi in cui il trattato istitutivo di un organo di giustizia contenga una norma sul potere cautelare che non attribuisca espressamente efficacia vincolante ai provvedimenti emanati nell'esercizio di quel potere. In effetti, sostenere che i provvedimenti cautelari hanno natura di raccomandazioni in base alla lettera di quella norma non significa proporre un'interpretazione che priva totalmente di efficacia l'esercizio di quel potere. I provvedimenti cautelari, seppure sprovvisti di natura giuridicamente vincolante, potrebbero comunque (come si è detto in precedenza) produrre effetti giuridici, oltre ad dar luogo a effetti di natura "politica", e cioè a effetti non certamente trascurabili in un settore come quello delle relazioni internazionali. Ovviamente, con ciò non si vuole disconoscere il fatto che il riconoscimento della natura obbligatoria conferirebbe piena efficacia a quei provvedimenti. Ciò che qui preme puntualizzare è che spesso gli Stati parti a un trattato non intendono limitare la propria sfera di libertà oltre quanto espressamente previsto in quel trattato. Ebbene, si ritiene che questo può essere il caso dell'istituzione di organi di giustizia che non operano in contesti marcatamente giurisdizionalizzati.

Naturalmente, occorre ricordare che i provvedimenti cautelari adottati dagli organi in questione possono, in taluni casi, produrre effetti obbligatori Ci si intende riferire alle ipotesi in cui le misure cautelari riproducano il contenuto di obblighi, di natura consuetudinaria o pattizia, comunque gravanti sui destinatari di queste misure. A

[110] *Ibidem*, p. 70.

questo proposito, sono emblematiche alcune ordinanze cautelari adottate dalla Corte internazionale di giustizia, e precisamente con le si richiede alle parti, o a una sola di esse, di astenersi da comportamenti pregiudizievoli all'efficacia pratica della sentenza di merito. Nella misura in cui è possibile rinvenire, nell'ordinamento internazionale, un obbligo di natura generale che imponga alle parti a una lite di astenersi da comportamenti pregiudizievoli, pare in effetti chiaro che una siffatta ordinanza ha contenuto prescrittivo in quanto di portata dichiarativa di un obbligo internazionale generale già gravante sui destinatari. È possibile inoltre rintracciare, sempre nella giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia, ordinanze cautelari per effetto delle quali si è richiesta l'adozione di comportamenti che, di fatto, erano comunque obbligatori per effetti di una norma di origine pattizia.Un esempio recente è costituito da una misura provvsioria adottata con la prima ordinanza cautelare nel caso relativo alla *Convention for the prevention and Punishment of the Crime of genocide*. Si tratta della richiesta al Governo della Repubblica federale di Iugoslavia di adottare

"immediately, *in pursuance of its undertaking in the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* of 9 December 1948...all the measures within its powers to prevent the commission of the crime of genocide" (corsivo aggiunto).

È evidente che questa misura cautelare ha contenuto prescrittivo: essa ha infatti una portata dichiarativa dell'obbligo derivante dalla Convenzione in questione, e rispetto

alla quale la Repubblica federale è parte, di adottare comunque qualsiasi misura necessaria a prevenire la commissione di atti di genocidio.

Conclusioni

1. Al termine dell'indagine, può risultare utile ripercorrere brevemente il cammino svolto. L'obiettivo era quello di approfondire talune problematiche che l'istituto della tutela cautelare solleva nell'ambito dell'ordinamento internazionale, e precisamente la questione della *fonte* del potere cautelare, quella del possibile *esercizio* di tale potere già prima del giudizio sull'esistenza di giurisdizione dell'organo o sulla ricevibilità della domanda e, infine, la questione della *natura vincolante* o meno dei provvedimenti emanati a fini cautelari.

La scelta di tali problematiche non è stata casuale, bensì guidata da una duplice considerazione. Da un lato, siffatte problematiche sono comuni a gran parte degli organi che esercitano funzioni giudiziali. Ciò ha quindi consentito di effettuare uno studio "generale" sulla tutela cautelare, malgrado la disomogeneità concernente la disciplina di dettaglio dell'istituto dei diversi organi di giustizia internazionale. Dall'altro lato, ciascuna delle questioni che sono state oggetto di studio si configurano come peculiari all'ordinamento internazionale, in quanto non ponendosi all'interno dei sistemi processuali nazionali. La ragione di siffatta *specificità* trae origine dalle profonde differenze esistenti tra il modo ed il contesto normativo in cui l'attività giurisdizionale viene esercitata, rispettivamente, a livello internazionale e statale, in particolare dalla struttura paritaria dell'ordinamento internazionale e dalla circostanza che la giustizia internazionale può radicarsi solo in presenza del consenso degli Stati parti a una controversia. Ciò fa sì che l'istituto della tutela cautelare, in ambito internazionale,

sollevi questioni che nei sistemi giuridici interni non hanno occasione di porsi, in ragione dell'accentramento dell'esercizio di giurisdizione da parte dello Stato.

Nell'ordinamento internazionale occorre infatti chiedersi se il potere cautelare possa essere esercitato anche nel silenzio dello strumento istitutivo dell'organo di giustizia, e cioè se siffatto potere debba essere o meno espressamente conferito con una norma di origine pattizia. In secondo luogo, si pone il problema di indagare se la tutela cautelare possa essere apprestata anche prima che l'organo abbia accertato l'esistenza di tutte le condizioni alle quali gli Stati parti di una controversia hanno subordinato l'esercizio di funzioni giudiziali nei loro confronti. Infine, è necessario verificare quale sia l'efficacia giuridica dei provvedimenti cautelari, più precisamente se questi ultimi abbiano o meno natura vincolante in assenza di una norma attributiva di origine pattizia.

A ben vedere, ciascuna delle tre problematiche in questione richiede che venga effettuato un bilanciamento tra due opposte esigenze, o meglio, tra due principi che tra loro possono risultare confliggenti: il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale e il principio del rispetto della libertà degli Stati. Il primo principio vuole infatti che l'accertamento giudiziale delle situazioni giuridiche si concluda con l'adozione di un provvedimento definitivo provvisto di efficacia pratica. I provvedimenti cautelari mirano appunto a garantire questo risultato, che può essere messo in pericolo dal tempo necessario allo svolgimento del processo a cognizione piena. Alla luce del principio di effettività della tutela giurisdizionale, sarebbe in principio necessario adottare un'impostazione il più possibile "liberale" alle tre problematiche sopra menzionate. Anzitutto, per quanto concerne la fonte del potere cautelare, si dovrebbe sostenere che siffatto potere è inerente a ciascun organo di

giustizia internazionale, e cioè che esso può essere esercitato anche nel silenzio del trattato istitutivo. Per quanto concerne la seconda problematica, si dovrebbe considerare legittima l'adozione di provvedimenti cautelari *in limine litis*, e precisamente in tutte le ipotesi in cui l'accertamento preliminare dell'esistenza dei presupposti per il valido instaurarsi del giudizio principale (sussitenza di un titolo di giurisdizione e delle condizioni di ricevibilità della domanda) richieda il trascorrere di un periodo lungo di tempo. Ciò in quanto, in tali ipotesi, subordinandosi la possibilità di apprestare una tutela cautelare a siffatto accertamento preliminare, si verrebbe a ritardare pericolosamente l'intervento interinale, con tutte le possibili conseguenze sfavorevoli sotto il profilo dell'efficacia pratica del futuro provvedimento definitivo. Infine, in ordine al problema dell'efficacia giuridica dei provvedimenti cautelari, il principio di effettività della tutela giurisdizionale vorrebbe che questi provvedimenti avessero necessariamente natura vincolante: se così non fosse, i destinatari dei provvedimenti in questione potrebbero infatti legittimamente non dare esecuzione a quei provvedimenti, con ciò frustrando lo scopo in vista del quale la tutela interinale è stata apprestata.

Il principio del rispetto della sfera di libertà degli Stati, da cui deriva anche il fondamento consensuale dell'esercizio di giurisdizione, conduce invece a risultati opposti. Circa la prima problematica, quanto meno in linea generale, tale principio implica che il giudice o l'arbitro internazionale possano esercitare solo quei poteri che sono loro stati espressamente conferiti mediante lo strumento istitutivo: l'organo internazionale non potrebbe pertanto apprestare una tutela cautelare in assenza di una espressa autorizzazione degli Stati. Per quanto concerne la seconda problematica, il principio della libertà degli Stati comporterebbe che l'organo di giustizia non possa

esercitare alcuno dei suoi poteri senza aver preliminarmente accertato l'esistenza di tutte le condizioni cui gli Stati hanno appunto subordinato l'esercizio dell'attività giurisdizionale. Ciò potrebbe apparire tanto più corretto se si considera che il potere cautelare costituisce non un potere di tipo meramente ordinatorio, e dunque destinato ad esaurire i suoi effetti *nell'ambito del processo*, bensì un potere i cui effetti vengono a prodursi *al di fuori* del processo. Infine, in ordine alla questione dell'efficacia obbligatoria dei provvedimenti cautelari, come si è detto il principio in argomento non solo precluderebbe all'organo di apprestare una tutela interinale in assenza di un'espressa autorizzazione del trattato istitutivo; tale principio *a fortiori* comporterebbe che i provvedimenti in argomento abbiano natura vincolante solo in virtù di una norma di origine pattizia espressamente attributiva.

Nell'indagine svolta si è dedicato un capitolo allo studio di ciascuna di queste problematiche. La struttura di ogni capitolo è sostanzialmente identica: anzitutto, si è fornito una breve descrizione del problema in esame, procedendo poi ad una disamina degli indirizzi seguiti dalla giurisprudenza, dalla prassi degli Stati e, infine, dalla dottrina. Al termine di ciascun capitolo, si è fornito una possibile soluzione a ciascuna problematica, sempre tenendo conto della necessità di effettuare il bilanciamento tra il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale e quello, fondamentale nell'ordinamento internazionale, del rispetto della sfera di libertà degli Stati.

2. Nel *primo capitolo*, si è esaminato il problema della fonte del potere cautelare, al fine di accertare se la competenza ad apprestare una tutela cautelare debba essere conferita, direttamente o implicitamente, mediante il trattato istitutivo, o se invece sia

possibile individuare una fonte generale, come tale attributiva di siffatta competenza a qualsiasi organo di giustizia internazionale, a prescindere dalla volontà (espressa o inespressa) degli Stati quale risulta incorporata nello strumento istitutivo. A tal proposito, si è evidenziato che, nell'assenza di una norma espressamente attributiva, occorreva individuare la fonte di un potere cautelare di natura raccomandatoria, o comunque di natura non necessariamente vincolante. Ciò nella convinzione che il problema dell'esercizio del potere cautelare nel silenzio del trattatato istitutivo sia questione affatto distinta da quella natura giuridica dei provvedimenti emanati nell'esercizio di questo potere. Tale convinzione è tra l'altro confermata dal fatto che, nella prassi internazionale, ai provvedimenti cautelari viene riconosciuta sia natura vincolante che natura non vincolante. Dovendo individuare la fonte del potere cautelare, pare pertanto chiaro che occorre prescindere dalla questione dell'efficacia giuridica obbligatoria o meno dell'esercizio di tale potere. Si tratta di una precisazione importante, che invece la dottrina ha finora trascurato di effettuare, così proponendo delle soluzioni non del tutto appaganti alla problematica in questione.

L'analisi dei testi normativi ha evidenziato che, mentre taluni organi di giustizia sono autorizzati ad adottare provvedimenti cautelari da una norma di origine pattizia (che peraltro, in talune ipotesi, espressamente conferisce natura vincolante a tali provvedimenti), gli strumenti istitutivi di numerosi altri organi internazionali non contengono una norma di siffatto contenuto. Tali organi hanno di solito provveduto a colmare questa lacuna in occasione dell'adozione dei rispettivi regolamenti procedura, così attribuendosi il potere di apprestare, all'occorrenza, una tutela interinale. È questo, ad esempio, il caso di organi di natura permanente piuttosto noti: per il passato, si può

ricordare il Tribunale delle Nazioni Unite per la Libia; per il presente, basti pensare alla Corte europea dei diritti dell'uomo, nonché alla Commissione europea e alla Commissione inter-americana dei diritti dell'uomo.

Dall'esame della giurisprudenza e della prassi degli organi che hanno avuto occasione di apprestare una tutela interinale sono emersi numerosi elementi che inducono a ritenere che il potere cautelare possa essere esercitato anche nel silenzio del trattato istitutivo. Anzitutto, si è avuto occasione di osservare che taluni organi di giustizia hanno sostenuto che il potere cautelare aveva natura *inerente*, peraltro utilizzando formulazioni che lasciano chiaramente intendere l'efficacia obbligatoria dei provvedimenti cautelari, e ciò anche se questi organi erano espressamente autorizzati dal trattato istitutivo ad adottare provvedimenti cautelari. Gli organi in questione evidententemente presupponevano che il fondamento del potere di adottare provvedimenti cautelari non fosse costituito dalla norma di origine pattizia. Per essere più precisi, in taluni casi tale presa di posizione è stata esplicita: in effetti, il fondamento giuridico dell'adozione di provvedimenti cautelari è stato individuato nell'esistenza di tale potere inerente, precisandosi inoltre che la norma di natura convenzionale sulla competenza cautelare "embodi[ed] the generally accepted rule that an international tribunal is allowed to take interim measures". In secondo luogo, si è potuto evidenziare che l'adozione di provvedimenti cautelari in assenza di un'autorizzazione convenzionale non costituisce un fenomeno isolato nella pratica giudiziale, ma ha assunto notevoli dimensioni. Da un lato, gli organi che hanno provveduto a inserire, nel regolamento di procedura, una norma sulla tutela cautelare che non era invece contenuta nella normativa primaria, hanno dato ampia applicazione a tali norme regolamentari;

dall'altro lato, vi sono stati numerosi casi in cui la tutela cautelare è stata apprestata anche nell'assenza di una norma regolamentare. A quest'ultimo proposito, a parte gli interventi interinali di due tribunali arbitrali a carattere non permanente, è parsa emblematica la cospicua prassi in materia cautelare sviluppata dalla Commissione europea dei diritti dell'uomo, nel periodo antecedente l'adozione del Regolamento di procedura del 1974 (nel quale l'organo inserì una norma regolamentare sui provvedimenti cautelari che, di fatto, venne a codificare la prassi fino ad allora seguita).

Anche dall'esame della prassi degli Stati sono emersi taluni elementi che lasciano presupporre che la competenza cautelare non debba essere espressamente prevista nello strumento istitutivo dell'organo internazionale. Gli elementi più significativi sembrano consistere, anzitutto, nella circostanza che - nel richiedere l'intervento cautelare della Corte internazionale di Giustizia - taluni Stati hanno ritenuto di dover qualificare come *inerente* il potere di effettuare siffatto intervento, e ciò malgrado il fatto che l'organo in questione fosse espressamente autorizzato dall'art. 41 dello Statuto ad apprestare una tutela interinale. Il secondo elemento è costituito dalla constatazione che nessuno Stato ha mai contestato l'adozione di provvedimenti cautelari da parte di organi cui il trattato istitutivo non conferiva tale potere (beninteso, nei limiti in cui a tali provvedimenti non veniva attribuita natura vincolante); ciò sia nell'ipotesi in cui la tutela interinale è stata apprestata in applicazione di una norma regolamentare, sia nell'assenza di qualsiasi disposizione (primaria o regolamentare) in materia.

Alla luce di tutti questi elementi, è parsa inadeguata l'opinione dottrinale secondo la quale il potere cautelare può essere esercitato solo in presenza di una norma di origine pattizia attributiva del potere in questione. Questa opinione non risulta infatti aderente al

dato oggettivo della prassi, dalla quale emerge che numerosi organi internazionale hanno apprestato una tutela interinale nel silenzio del trattato istitutivo. D'altro canto, a sostegno dell'opinione in questione si utilizza un argomento (e cioè il principio ermeneutico *in dubio mitius*) dal quale si desume con chiarezza che ai provvedimenti cautelari viene implicitamente riconosciuta efficacia vincolante. La dottrina in esame pare quindi sovrapporre due problemi, e cioè quello dell'esercizio di un potere cautelare (di natura non necessariamente vincolante) nel silenzio del trattato istitutivo e il problema della natura vincolante dei provvedimenti cautelari in assenza di una norma espressa attribuitiva. In definitiva, l'opinione in questione sembra tutt'al più tesa a dimostrare la necessità del fondamento giuridico pattizio del potere dell'organo di adottare provvedimenti cautelari *di natura vincolante*. Essa appare pertanto riduttiva, in quanto sostanzialmente inidonea a fornire l'inquadramento teorico dell'esercizio di un potere cautelare che non necessariamente si esercita mediante l'emanazione di provvedimenti ad efficacia giuridica obbligatoria.

Nel corso dell'indagine si è però avuto occasione di evidenziare che non risultano del tutto soddisfacenti nemmeno le opinioni dottrinali che si propongono di fornire siffatto inquadramento, così giustificando l'esercizio del potere cautelare in assenza di una norma di origine pattizia attributiva. È anzitutto parsa opinabile la tesi secondo la quale, se il trattato istitutivo autorizza l'organo ad adottare il proprio regolamento di procedura, ciò significa che gli Stati hanno implicitamente e preventivamente fornito il proprio consenso all'adozione di una norma sulla tutela cautelare, e conseguentemente all'applicazione concreta di tale norma. L'opinione in questione tralascia infatti di evidenziare che la condizione cui è subordinato il conferimento del potere

regolamentare è che tale potere venga esercitato *entro i limiti* della normativa primaria, e cioè venga utilizzato per disciplinare nel dettaglio, ed eventualmente per integrare, l'esercizio delle competenze espressamente attribuite. Ciò posto, per la precipua natura della competenza cautelare, risulta senz'altro discutibile affermare che mediante la previsione in via regolamentare di siffatta competenza (che senza dubbio non rientra nell'ipotesi della previsione di una disciplina di dettaglio) l'organo si limiti a *integrare* le competenze contemplate nella normativa primaria. Inoltre, pare evidente che la tesi in questione non riesce a individuare il fondamento giuridico dell'adozione di provvedimenti cautelari in assenza di qualsiasi una norma del regolamento di procedura, così risultando inidonea a spiegare e giustificare la prassi seguita da taluni organi internazionali (in particolare, dalla Commissione europea dei diritti dell'uomo nel periodo antecedente l'adozione del Regolamento di procedura del 1974).

Dal momento in cui la problematica in questione richiedeva di individuare il fondamento giuridico dell'adozione di provvedimenti cautelari non necessariamente di natura vincolante (e ciò perchè dalla prassi emerge, come si è detto, che ai provvedimenti cautelari talvolta viene riconosciuta la natura di raccomandazioni, talaltra quella di decisioni) l'analisi svolta ha evidenziato che ai fini di questa problematica non assume diretta pertinenza il ricorso al criterio ermeneutico c.d . *dei poteri impliciti*. Si è infatti osservato che questo criterio ermeneutico giustifica l'attribuzione "per implicazione" soltanto di quei poteri necessari all'*efficace esercizio* delle competenze espressamente attribuite. Ebbene, se si sostiene (come ha fatto una parte della dottrina) che il potere cautelare è necessario ad assicurare l'efficace esercizio, da parte di un organo di giustizia, della propria competenza a decidere una lite nel merito (cioè di

emanare una sentenza provvista di efficacia concreta), è evidente che in tal modo si presuppone che i provvedimenti cautelari abbiano natura intrinsecamente vincolante. Se infatti i provvedimenti cautelari potessero essere legittimamente disattesi dai destinatari, il giudice si verrebbe ad attribuire un potere implicito non necessario per l'emanazione di un provvedimento definitivo dotato di pratica efficacia. Anche l'opinione in questione è quindi apparsa riduttiva, in quanto inidonea a individuare il fondamento giuridico del potere di adottare provvedimenti cautelari di natura non vincolante. Infine, non è apparsa soddisfacente l'opinione che individua in un principio generale di diritto operante *in foro domestico* la fonte generale del potere cautelare. Il motivo principale è costituito dalla circostanza che, nel diritto internazionale contemporaneo, è piuttosto dubbia la valenza dei principi generali di diritto quale fonte eteronoma di diritto internazionale. È apparso conseguentemente discutibile che, mediante il ricorso ad un principio comune ai principali sistemi giuridici nazionali, fosse possibile intergrare le lacune sulla tutela cautelare rilevabili negli strumenti istitutivi degli organi di giustizia internazionali.

Gli aspetti opinabili di ciascuna tesi dottrinale hanno indotto a seguire una diversa impostazione teorica al problema della fonte del potere cautelare. Proprio alla luce della giurisprudenza e della prassi statale, si è potuto infatti ricostruire una norma consuetudinaria che attribuisce il potere cautelare a qualsiasi organo di giustizia internazionale. La norma in questione costituisce la fonte di un potere cautelare di natura *raccomandatoria*: gli elementi desumibili dalla prassi internazionale non consentono di ricostruire una norma consuetudinaria concernente il potere di ogni organo internazionale di adottare provvedimenti cautelari di natura vincolante. Ciò può

spiegarsi se si tiene conto del conflitto tra il principio di effettività della tutela giurisdizionale e quello della libertà degli Stati cui si è fatto riferimento in precedenza. La natura non vincolante del potere cautelare sembra in effetti costituire il "prezzo" pagato al principio di libertà, nel momento in cui a qualsiasi organo internazionale viene riconosciuto, nel silenzio del trattato istitutivo, il potere di richiedere alle parti l'adozione di comportamenti *extra-processuali* a seguito di un accertamento meramente sommario delle situazioni giuridiche che l'organo intende tutelare interinalmente.

3. Nel *secondo capitolo* si è esaminato il problema dell'esercizio del potere cautelare in situazioni di incertezza circa il futuro svolgimento del giudizio principale, al fine di verificare se, e a quali condizioni, l'organo possa adottare provvedimenti cautelari prima del giudizio definitivo sulle eccezioni di giurisdizione e di irricevibilità materiale del ricorso principale. Nell'ordinamento internazionale, infatti, accade di frequente che l'accertamento della fondatezza di tali eccezioni richieda il trascorrere di un periodo piuttosto lungo di tempo. Subordinandosi l'adozione di provvedimenti cautelari a siffatto accertamento, si rischia pertanto di ritardare pericolosamente l'intervento interinale, perchè è possibile che nel frattempo si verifichi quel pregiudizio irreparabile ai diritti dedotti in giudizio che un tempestivo intervento cautelare del giudice avrebbe potuto scongiurare.

Si è anzitutto evidenziato che non appare corretta l'impostazione della gran parte della dottrina che, ai fini della problematica in esame, trascura di distinguere tra eccezioni di giurisdizione e eccezioni di ricevibilità della domanda principale, visto che in entrambi i casi si intende impedire al giudice di conoscere la lite nel merito. Si

afferma in sostanza che, essendo i provvedimenti cautelari strumentali all'emanazione del provvedimento definitivo (nel senso che essi vengono adottati per garantire efficacia pratica alla sentenza di merito) in linea di principio l'adozione di questi provvedimenti presuppone che si sia accertato che la sentenza di merito verrà effettivamente pronunciata. Conseguentemente, ai fini della problematica in esame, la dottrina non ha ritenuto che la distinzione tra eccezioni di giurisdizione e eccezioni di irricevibilità avesse pratica rilevanza, o comunque fosse suscettibile di valutazioni differenziate. Ciò perchè, sia nel caso di contestazioni sulla giurisdizione dell'organo, sia in quello di contestazioni sulla ricevibilità della domanda principale, la fondatezza di tali eccezioni impedirebbe lo svolgimento del procedimento principale, e quindi l'emanazione della sentenza di merito.

Tale impostazione, come si diceva, non è apparsa corretta. Si è infatti precisato che la strumentalità dei provvedimenti rispetto al provvedimento definitivo non implica che, al momento dell'adozione di questi provvedimenti, il giudice debba essere certo del fatto che vi sarà un provvedimento definitivo. In proposito, basti semplicemente pensare che - in seguito all'adozione di provvedimenti cautelari - possono verificarsi diverse ipotesi di estinzione del processo principale, quali il venir meno della materia del contendere o la rinuncia da parte dell'attore al ricorso principale. Il giudice che appresti una tutela interinale non potrà mai essere certo del fatto che, nel futuro, non si realizzerà alcuna di queste ipotesi, e quindi non potrà avere alcuna certezza circa l'emanazione del provvedimento definitivo.

Certo è che l'incertezza sull'esistenza della giurisdizione e sulla ricevibilità della domanda principale non mancano di riflettersi e di condizionare l'esercizio del potere cautelare. Ma ciò per motivi diversi da quelli generalmente indicati dalla dottrina.

Anzitutto, l'adozione di provvedimenti cautelari dovrebbe presupporre che l'organo sia provvisto di *giurisdizione* per la semplice ragione che il potere cautelare costituisce, appunto, un potere giurisdizionale. Nell'ordinamento internazionale ciò è tanto più essenziale in ragione del fondamento consensuale dell'esercizio di giurisdizione: infatti, se il giudice che appresta una tutela cautelare non fosse provvisto di un titolo di giurisdizione in ordine al ricorso principale, non vi sarebbe alcun altro organo munito del potere di decidere in merito a tale ricorso. Il difetto di giurisdizione si configurerebbe pertanto come *assoluto*, e l'emanazione di provvedimenti cautelari avrebbe dato luogo ad un'inammissibile limitazione della sfera di libertà degli Stati.

Tuttavia, come si è detto, l'accertamento dell'esistenza di giurisdizione non sempre si presenta agevole. Gli strumenti pattizi mediante i quali gli Stati si sottopongono alla giurisdizione di taluni organi, in effetti, sono spesso accompagnati da riserve che, nei casi concreti, pongono complessi problemi di interpretazione (quale è il caso, ad esempio, della Corte internazionale di Giustizia). In queste ipotesi risulterebbe contrario alla *ratio* stessa della tutela cautelare subordinare l'emanazione di provvedimenti cautelari all'accertamento della giurisdizione. D'altro canto, non è nemmeno possibile concepire che l'organo appresti una tutela interinale prescindendo da qualsiasi valutazione circa l'esistenza di giurisdizione.

Anche in questo caso, la risposta che la giurisprudenza ha dato a questo dilemma costituisce il risultato del bilanciamento tra l'esigenza di effettività della tutela

giurisdizionale e quella del rispetto della sfera di libertà statale. In presenza di contestazioni sulla giurisdizione non agevolmente risolvibili, l'organo verrà ad apprestare la tutela interinale solo dopo aver accertato l'esistenza di uno strumeno idoneo a radicare *prima facie* la propria giurisdizione in ordine al caso in esame. Tale soluzione corrisponde alla prassi degli Stati ed è inoltre stata sostenuta dalla maggior parte della dottrina.

Circa l'altro presupposto che condiziona il valido instaurarsi del giudizio principale, nel corso dell'indagine si è avuto occasione di evidenziare che l'accertamento della ricevibilità della domanda principale non costituisce un presupposto generale per l'adozione di provvedimenti cautelari. Le eccezioni di irricevibilità (e particolarmente quelle di irricevibilità materiale, cui si è in sostanza limitata la nostra indagine per i motivi esposti nel corso della stessa), se pure mirano a impedire che l'organo esamini la lite nel merito, non si concretano infatti in una contestazione circa l'esercizio di qualsiasi attività giurisdizionale in senso tecnico, compresa quella cautelare. Per effetto delle eccezioni di ricevibilità si contesta infatti il difetto di requisiti attinenti al diritto d'azione, e non già la sussistenza del potere giurisdizionale del giudice. Naturalmente, se le eccezioni di ricevibilità non vengono preliminarmente risolte, il giudice non potrà conoscere nel merito la lite; ciò tuttavia non implica che al giudice sia precluso l'esercizio di altre funzioni giurisdizionali, tra le quali quella cautelare. D'altro canto, una conferma indiretta di queste considerazioni è fornita dalla circostanza che, in taluni casi, il giudice competente ad apprestare una tutela cautelare non è al contempo competente a decidere in ordine alla ricevibilità della domanda principale (si pensi al caso della Corte di Giustizia delle Comunità europee, o a quello della Corte

interamericana dei diritti dell'uomo, nelle ipotesi in cui quest'ultima è richiesta di esercitare la competenza cautelare in casi che non sono pendenti innanzi ad essa, ma che sono invece pendenti innanzi alla Commissione).

Naturalmente, ciò non significa che - ai fini dell'adozione di provvedimenti cautelari - l'organo internazionale possa prescindere da qualsiasi valutazione preliminare sulla ricevibilità. L'esame della giurisprudenza, in particolar modo quella della Corte internazionale di Giustizia, ha evidenziato in effetti che viene comunque effettuata una qualche valutazione preliminare in materia. Analogamente, dall'esame della prassi degli Stati, è emerso il convincimento di questi ultimi in ordine all'esistenza di un "collegamento" tra tutela cautelare e ricevibilità del ricorso principale.

A nostro avviso, il problema del rapporto tra tutela cautelare e ricevibilità della domanda principale trova la propria soluzione all'interno dei principi generali che disciplinano l'istituto in questione. Nell'introduzione, si è avuto occasione di puntualizzare che uno dei presupposti tipici dell'esercizio del potere cautelare è costituito dall'accertamento del c. d. *fumus boni iuris*. Mediante l'accertamento del *fumus*, il giudice deve verificare - in seguito a una cognizione necessariamente sommaria - il possibile accoglimento della domanda principale in relazione alla quale viene richiesta la tutela interinale. Ebbene, è parso sufficiente chiaro che tale giudizio non verte soltanto nel merito della controversia, e cioè non si limita all'accertamento della possibile sussistenza della situazione giuridica di cui si chiede la tutela giurisdizionale in via principale. Tale giudizio deve infatti svolgersi necessariamente anche con riguardo alla possibile esistenza delle condizioni di ricevibilità materiale della domanda principale, poiché non sarebbe altrimenti possibile affermare che vi è la

possibilità che quest'ultima venga accolta . Ciò, in definitiva, ha consentito di affermare che la problematica del rapporto tra tutela cautelare e incertezza sulla ricevibilità del ricorso principale è assorbita da quella, più generale, concernente l'accertamento del *fumus boni iuris*.

4. Nel *terzo capitolo* si è affrontato il problema dell'efficacia giuridica obbligatoria o meno dei provvedimenti cautelari. In proposito, si è osservato che tale problema si pone in due ipotesi. Anzitutto, nelle ipotesi in cui una norma di origine pattizia preveda la competenza cautelare dell'organo, ma tuttavia risulti di difficile interpretazione in ordine alla natura vincolante o meno dei provvedimenti emanati nell'esercizio di questa competenza. È questo principalmente il caso della Corte internazionale di Giustizia (e, tra le due guerre mondiali, della Corte permanente di Giustizia internazionale), della Corte inter-americana dei diritti dell'uomo e del Tribunale dei Reclami Iran-Stati Uniti. In secondo luogo, la problematica in esame concerne gli organi internazionale che non sono autorizzati ad apprestare una tutela interinale sulla base di una norma di origine convenzionale, quale è il caso della Corte e della Commissione europea dei diritti dell'uomo. L'esercizio del potere cautelare da parte di questi organi risulta legittimato in virtù di una norma consuetudinaria ormai operante nell'ordinamento internazionale (norma consuetudinaria che si è ricostruita nel primo capitolo) e che tuttavia, nel silenzio del trattato istitutivo, attribuisce il potere di adottare provvedimenti cautelari aventi meramente l'efficacia di raccomandazioni. In relazione a questi organi, si è dovuto in sostanza verificare se era possibile individuare una fonte attributiva di un potere cautelare di natura vincolante, consapevoli della circostanza che, in tale

— quali effetti giuridici ?

eventualità, l'importanza teorica e pratica della norma consuetudinaria attributiva di un potere cautelare di natura raccomandatoria sarebbe risultata significativamente ridimensionata

L'analisi della giurisprudenza internazionale in ordine alla problematica in questione è risultata contradditoria. Taluni organi, e in specie il Tribunale dei Reclami Iran-Stati Uniti, hanno affermato la natura *inerente* del potere di apprestare provvedimenti cautelari di natura vincolante; altri organi, e precisamente la Corte europea dei diritti dell'uomo, hanno invece sostenuto che i provvedimenti cautelari hanno efficacia obbligatoria solo in presenza di una norma di origine pattizia espressamente attributiva. Infine, molti altri organi di giustizia hanno ritenuto di non dover assumere una posizione espressa in ordine a tale problematica: alcuni di questi organi, ed è questo il caso della Corte inter-americana dei diritti dell'uomo, hanno sviluppato una giurisprudenza dalla quale indirettamente si desume la natura vincolante dei provvedimenti cautelari; altri organi hanno invece mostrato un atteggiamento "reticente", o comunque assai prudente, sulla problematica in esame, come senz'altro evidenzia l'analisi della giurisprudenza della Corte internazionale di Giustizia.

Nessuna indicazione precisa circa il convincimento degli Stati sulla natura vincolante o meno dei provvedimenti cautelari è emersa dall'analisi della prassi. Nelle ipotesi in cui è stata sviluppata una prassi di adempimento alle misure cautelari, non è stata fornita alcuna motivazione in proposito: non è risultato dunque possibile stabilire se il comportamento conforme costituiva espressione dell'*opinio* degli Stati circa l'efficacia giuridica obbligatoria di quelle misure. Inoltre, quando sono state assunte delle posizioni espresse, l'analisi di queste posizioni evidenzia due orientamenti opposti. Taluni Stati

hanno infatti affermato la natura vincolante dei provvedimenti cautelari, senza tuttavia fornire motivazioni sul punto. Questa ipotesi si è frequentemente verificata quando è stato richiesto l'intervento interinale della Corte internazionale di giustizia. Altri Stati hanno invece contestato l'efficacia obbligatoria delle misure cautelari. Le argomentazioni fornite a sostegno di questa affermazione sono state di vario genere, ma solo in un caso si è sostenuto che la natura vincolante dei provvedimenti cautelari deve essere espressamente prevista da una norma di origine pattizia: si tratta della posizione assunta dalla Svezia in relazione ai provvedimenti cautelari adottati dagli organi di garanzia dei diritti dell'uomo di Strasburgo. Per quanto riguarda i provvedimenti cautelari adottati da altri organi, e precisamente dei provvedimenti adottati dalla Corte internazionale di Giustizia, nessuno Stato sembra aver mai contestato l'efficacia obbligatoria dei provvedimenti cautelari affermando che tale efficacia non è stata espressamente attribuita dall'art. 41 dello Statuto. In taluni casi, l'accento è stato invece posto sull'asserito difetto di giurisdizione dell'organo sulla controversia in relazione alla quale le misure cautelari erano state adottate.

L'analisi della dottrina ha consentito di osservare che nessuna delle opinioni prospettate, per una ragione o per un'altra, può ritenersi completamente appagante, e ciò sia per quanto riguarda le opinioni secondo le quali i provvedimenti cautelari non hanno efficacia obbligatoria, sia per quando riguarda le opinioni che tale efficacia cercano di dimostrare. La critica che può comunque essere mossa nei confronti di tutte queste opinioni consiste nella circostanza che ciascuna di esse intende fornire una soluzione "unica" alla problematica in esame, e cioè intende negare, o affermare, la natura

vincolante dei provvedimenti cautelari senza effettuare alcuna distinzione tra i diversi organi di giustizia internazionali.

Siffatta distinzione è invece parsa indispensabile per una corretta impostazione al problema in argomento. Anzitutto, si è ritenuto necessario distinguere nettamente il caso in cui non esista alcuna norma di origine pattizia attributiva della competenza cautelare da quello in cui siffatta norma esista, ma risulti di difficile interpretazione in ordine all'efficacia vincolante o meno di siffatti provvedimenti. Circa la prima situazione, che è poi quella in cui si trovano a operare gli organi di garanzia dei diritti dell'uomo di Strasburgo, non è risultato possibile individuare alcun fondamento giuridico per l'obbligatorietà dei provvedimenti cautelari adottati da questi organi. Questi ultimi sono autorizzati ad apprestare una tutela interinale in virtù dell'esistenza di una norma consuetudinaria, che tuttavia costituisce la fonte di un potere cautelare meramente raccomandatorio. Per affermare la natura vincolante di questo potere, si sarebbe dovuta in sostanza dimostrare l'esistenza di un'altra fonte del potere cautelare, diversa da quella di origine consuetudinaria. Ciò non è parso possibile. Per quanto risulti logico e necessario che i provvedimenti cautelari abbiano efficacia obbligatoria, non può in effetti ignorarsi il fatto che nell'ordinamento internazionale, se gli Stati non vogliono attribuire all'organo il potere di adottare interinalmente provvedimenti dotati di tale efficacia, essi sono liberi di farlo, magari prevedendo espressamente la natura di raccomandazioni dei provvedimenti in questione. Ebbene, se gli Stati non hanno nemmeno manifestato espressamente la volontà di attribuire all'organo il potere di adottare provvedimenti cautelari, non si vede come a tale potere possa riconoscersi natura vincolante senza con ciò violare il principio del rispetto della libertà degli Stati.

Pare infatti indubitabile che, in assenza di qualsiasi norma sulla tutela cautelare di origine pattizia, affermare che i provvedimenti cautelari producono effetti obbligatori significa imporre agli Stati degli obblighi *aggiuntivi* non previsti dal trattato, come tali ingiustificati. Questa osservazione è d'altro canto confermata dalla recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'affare *Cruz Varas*, nonché dalla prassi degli Stati. Da quest'ultima è emerso infatti che, quando l'organo non era autorizzato da una norma pattizia ad apprestare una tutela interinale, e tuttavia ha adottato provvedimenti cautelari affermandone la natura vincolante, tale orientamento ha incontrato la ferma opposizione degli Stati destinatari.

Più complesso è il caso in cui un organo sia espressamente autorizzato ad esercitare il potere cautelare da una norma di origine convenzionale, e tuttavia questa norma risulti ambigua quanto alla natura vincolante o meno di tale potere. In questo caso, la norma in questione può ritenersi meramente dichiarativa della norma di origine consuetudinaria sul potere cautelare solo qualora essa attribuisca con chiarezza ai provvedimenti cautelari la natura di raccomandazioni. Diversamente, occorre accertare in via ermeneutica se è possibile o meno affermare la efficacia obbligatoria dei provvedimenti emanati nell'esercizio di questa competenza.

La risposta al quesito è apparsa negativa in relazione a taluni organi internazionali, mentre si è sostenuta la tesi opposta in relazione ad altri organi di giustizia. Il criterio scriminante è stato individuato alla luce delle particolari condizioni entro le quali, per volontà degli Stati, l'organo internazionale si trova ad operare, in particolar modo sotto il profilo della certezza di giurisdizione e delle finalità per le quali l'organo è stato istituito.

Vi sono in effetti organi di giustizia che si trovano a operare in un contesto per taluni aspetti assimilabile a quello degli ordinamenti giuridici interni: oltre a risultare di natura pre-costituita, la giurisdizione di questi organi risulta chiaramente e sufficientemente delimitata dallo strumento istitutivo, tanto che difficilmente si pone il problema dell'esercizio del potere cautelare prima di un giudizio positivo sulla giurisdizione; inoltre, essi sono stati *specificamente istituiti* per assicurare l'applicazione di un determinato ordinamento giuridico e per risolvere una determinata categoria di controversie. Un esempio è al riguardo costituito dalla Corte inter-americana dei diritti dell'uomo, oltre che dal Tribunale dei Reclami Iran-Stati Uniti. Altri organi di giustizia si trovano invece ad operare in contesti e per finalità del tutto differenti da quelli appena descritti. Si pensi al caso della Corte internazionale di giustizia, che pur essendo il principale organo di giustizia internazionale, non costituisce l'organo di giustizia *dell'ordinamento internazionale*. La Corte costituisce infatti una forma molto evoluta di arbitrato internazionale, rispetto alla quale sono stati concepiti dei meccanismi atti a facilitare la soluzione giudiziale delle controversie tra Stati, quale è il caso della c.d. clausola opzionale. Tra l'altro, l'accertamento dei limiti della giurisdizione della Corte non si presenta quasi mai agevole, dato che gli Stati sono soliti accompagnare le proprie dichiarazioni di accettazione della giurisdizione dell'organo con riserve che pongono complessi problemi di interpretazione. Ciò fa si che la Corte si trovi molto spesso ad apprestare la tutela cautelare senza avere certezza in ordine alla sussistenza della propria giurisdizione nel caso di specie.

Per quanto riguarda gli organi rientranti nella prima categoria, numerosi elementi consentono di interpretare estensivamente la norma di origine pattizia sulla tutela

cautelare, e cioè di attribuire efficacia vincolante ai provvedimenti cautelari. La circostanza che questi organi abbiano giurisdizione obbligatoria e "accentrata" per la soluzione di una determinata categoria di controversie, il che comporta che (almeno in linea di principio) sia vietato il ricorso all'autotutela privata, fa sì che a livello internazionale si riproducano le medesime condizioni che, negli ordinamenti interni, necessariamente impongano che la tutela giurisdizionale sia *effettiva*. La coerenza interna del sistema per la soluzione giudiziale delle liti istituito dagli Stati vuole infatti che l'obbligo di servirsi del processo non risulti pregiudizievole all'attore che può avere ragione, e dunque che il potere dell'organo di adottare provvedimenti cautelari sia un potere di natura vincolante. Questa conclusione trova inoltre conferma nella prassi internazionale: gli organi in questione hanno sviluppato una giurisprudenza dalla quale emerge il convincimento circa la natura vincolante del potere di adottare provvedimenti cautelari, senza con ciò incontrare mai l'opposizione degli Stati. Questi ultimi, anzi, si sono tendenzialmente conformati ai provvedimenti cautelari; quando sono risultati inadempienti hanno cercato di giustificare il proprio comportamento difforme senza mai contestare il potere dell'organo di emanare provvedimenti cautelari ad efficacia obbligatoria.

Per quanto riguarda gli organi che rientrano nella seconda categoria, e in particolar modo la Corte internazionale di giustizia, si è dovuto raggiungere la conclusione opposta. Diversamente dalla situazione appena descritta, nessun elemento induce a ritenere che il principio del rispetto della libertà degli Stati, che sul piano ermeneutico si esprime mediante il ricorso al criterio di interpretazione restrittiva dei trattati, possa essere sacrificato al fine di riconoscere efficacia obbligatoria ai provvedimenti cautelari.

Nel caso della Corte internazionale di giustizia vi è anzi un importante elemento che induce a prediligere un'interpretazione restrittiva della norma sulla tutela cautelare. Questo elemento è costituito dal fatto che l'organo solitamente appresta una tutela interinale sulla base di un giudizio solo provvisorio circa la sussistenza della propria giurisdizione. Vi è dunque sempre il rischio che la Corte rilevi in seguito il proprio difetto di giurisdizione, e conseguentemente che i provvedimenti cautelari non risultino legittimati dalla sussistenza del potere giurisdizionale dell'organo.

Si è comunque avuto occasione di precisare che, sebbene taluni organi di giustizia non hanno il potere di adottare provvedimenti cautelari di natura vincolante, non è infrequente l'ipotesi che tali provvedimenti abbiano efficacia obbligatoria in quanto essi richiedono di tenere un comportamento già prescritto dal diritto internazionale. Inoltre, si è potuto osservare che - pur avendo natura di raccomandazioni - tali provvedimenti sono suscettibili di produrre effetti giuridici diversi dell'obbligatorietà di rilevanza non marginale. In particolare, nel caso in cui lo Stato non adempia a un provvedimento cautelare, e qualora effettivamente si accerti la sussistenza della situazione giuridica a protezione della quale i provvedimenti cautelari erano stati emanati, sembra prospettabile un aggravamento di responsabilità dello Stato inadempiente.

5. In conclusione, la nostra indagine ha consentito l'individuazione di principi uniformatori cui ricorrere per la soluzione delle problematiche specifiche della tutela cautelare nell'ordinamento internazionale.

Anzitutto, si è ricostruita l'esistenza di una norma consuetudinaria in virtù della quale, nel momento dell'istituzione di un organo di giustizia internazionale, gli Stati

sono obbligati a riconoscere a quest'organo il potere di adottare provvedimenti cautelari, nei limiti in cui tali provvedimenti non abbiano natura vincolante. Il potere cautelare può pertanto considerarsi "inerente" a qualsiasi organo di giustizia internazionale, nel senso che per impedirne l'esercizio è necessario che gli Stato prevedano una norma espressa a tal fine.

In secondo luogo, si è evidenziato che, per quanto riguarda il problema dell'esercizio del potere cautelare in una situazione di incertezza circa il futuro svolgimento del processo principale, la dottrina non ha operato la necessaria distinzione tra questioni di giurisdizione e questioni concernenti la ricevibilità della domanda principale. La nostra indagine ha invece dimostrato che tale distinzione è importante, e consente di individuare soluzioni differenziate alla problematica in questione. Il giudizio positivo sulla giurisdizione costituisce infatti un presupposto generale per l'adozione di provvedimenti cautelari. Questo implica che - per la specifica *ratio* della tutela interinale - quando il giudizio definitivo sulla giurisdizione si presenti lungo e complesso, il giudice debba comunque esprimere siffatto giudizio positivo, sia pure in via provvisoria. La ricevibilità della domanda non costituisce invece un presupposto generale per l'adozione di provvedimenti cautelari. Nondimeno, il giudice che appresti una tutela cautelare risulta comunque vincolato ad effettuare una valutazione in proposito, in quanto sono gli stessi principi generali che informano l'istituto ad imporre un giudizio sul possibile accoglimento della domanda principale. In definitiva, si è evidenziato che il problema dei rapporti tra esercizio della tutela cautelare e incertezza circa la ricevibilità materiale della domanda principale trova la propria soluzione all'interno della stessa disciplina generale della tutela cautelare, in specie nella

circostanza che il giudice cautelare è comunque obbligato ad effettuare un accertamento circa l'esistenza del c.d *fumus boni iuris*.

Infine, circa il problema dell'efficacia giuridica obbligatoria o meno dei provvedimenti cautelari, si è cercato di dimostrare che non risulta corretta la tendenza della dottrina a fornire una soluzione unica al problema, e cioè una soluzione riferibile a qualsiasi organo di giustizia internazionale. La nostra indagine ha invece dimostrato che occorre individuare soluzioni differenziate, distinguendo anzitutto le ipotesi in cui il trattato istitutivo dell'organo non contenga una norma sulla tutela cautelare da quella in cui sia rinvenibile siffatta norma, che però risulta di difficile interpretazione in ordine al problema in questione. Nella prima ipotesi, il potere cautelare non produce effetti vicolanti, in quanto viene esercitato sulla base della norma di natura consuetudinaria che attribuisce a ogni organo il potere di raccomandare provvedimenti cautelari pur nel silenzio del trattato istitutivo. Pur non avendo dubbi sulla necessità di riconoscere efficacia vincolante ai provvedimenti cautelari, non è infatti apparso possibile giustificare il potere dell'organo internazionale di adottare provvedimenti che, se obbligatori, imporrebbero a carico degli Stati degli obblighi da questi ultimi non previsti nel trattato istitutivo. Per quanto riguarda la seconda ipotesi, la presenza di una norma pattizia sulla tutela cautelare naturalmente evidenzia un volontà espressa degli Stati di attribuire all'organo il potere cautelare, e conseguentemente consente di ricercare in via interpretativa la soluzione al problema della natura vincolante o meno di quei provvedimenti. La possibilità di desumere in via ermeneutica l'efficacia obbligatoria dei provvedimenti cautelari è parsa praticabile solo in relazione a determinati organi di giustizia internazionale. Si tratta di quegli organi, di natura permanente, che operano in

un contesto tale da presupporre logicamente la efficacia obbligatoria dei provvedimenti cautelari, in quanto l'istituzione di questi organi è stata concepita per garantire l'applicazione di un determinato ordinamento giuridico, conseguentemente dando luogo al divieto il ricorso all'autotutela privata. All'argomentazione logica, si aggiunge il ricorso all'interpretazione teleologica della norma sulla tutela cautelare: avendo gli Stati creato un determinato sistema di soluzione delle liti obbligatorio e accentrato al fine di garantire l'applicazione di un ordinamento giuridico omogeno, in cui peraltro i limiti del potere giurisdizionale dell'organo sono sufficientemente chiari e delimitati, la norma attributiva del potere cautelare - interpretata alla luce dello scopo del trattato - consente di affermare che tale potere ha necessariamente natura vincolante. Diversamente, nelle ipotesi in cui l'organo internazionale presenti delle spiccate caratteristiche arbitrali, e cioè non costituisca l'organo di giustizia di un determinato ordinamento giuridico omogeneo a competenza obbligatoria e esclusiva, vengono a mancare i necessari elementi che - nella ipotesi precedente - rendono coerente l'interpretazione estensiva della norma sui provvedimenti cautelari sotto il profilo dell'efficacia obbligatoria di questi provvedimenti. Seguendo questa impostazione, e cioè individuando i principi che consentono di dare una risposta differenziata al problema dell'obbligatorietà dei provvedimenti cautelari, si è potuto inquadrare in un contesto teorico il dato della prassi internazionale, che altrimenti risulterebbe contraddittorio e frammentario.

BIBLIOGRAFIA

1. Studi di carattere generale sulle misure cautelari

ADEDE, *The Rule on Interlocutory Injunctions Under Donestic Law and the Interim Measures of Protection Under International Law: Some Critical Differences*, in *Syracuse Journal of Int. Law and Commerce*, 1975-76, p. 277 ss.

COCÂTRE-ZILGIEN, *Les mesures conservatoires en droit international*, in *Revue égyptienne de droit international*, 1955, p. 73 ss.

COCÂTRE-ZILGIEN, *Les mesures conservatoires decidées par le juge ou par l'arbitre international*, in *Revue Générale de droit international public*, 1966, p. 5 ss.

COLLINS, *Provisional and Protective Measures in International Litigation*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1992-III, p. 13 ss.

DUMBAULD, *Interim Measures of Protection in International Controversies*, 's-Gravenhage, 1932

ELKIND, *Interim Measures. A Functional Approach*, The Hague, 1981

FITZMAURICE, *The Law and Procedure of the Internazional Court of Justice, 1951-4: Questions of Jurisdiction, Competence and Procedure*, in *British Yearbook of Int. Law*, 1956, p. 107 ss.

GUGGENHEIM, *Les mesures provisoires de procédure internationale et leur influence sur le développement du Droit des Gens*, Paris, 1931

GUGGENHEIM, *Les mesures conservatoires dans la procédure arbitrale et judiciaire*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1932, vol. 40, p. 649 ss.

HAMMARSKJÖLD, *Quelques aspects de la question des mesures conservatoires en droit international positif*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1935, vol. 5, p. 5 ss.

NIEMEYER, *Einstweilige Verfügungen des Weltgerichtshofs, ihr Wesen und ihre Grenzen*, Leipzig, 1932

OELLERS-FRAHM, *Die Einstweilige Anordnung in der internationalen Gerichtsbarkeit*, Berlin, 1975

OELLERS-FRAHM, *Interim Measures of Protection*, in *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. I, Settlement of Disputes, 1981, p. 69 ss., e *Addendum, idem*, vol. 2, 1995.

PESCATORE, *Les mesures conservatoires et les référés*, in *La juridictione internationale permanente*, Paris, 1986, p. 317 ss.

TORALDO-SERRA, *Le misure provvisorie internazionali. Ricerca storico-giuridica*, Roma, 1973

VENTURINI, *Le misure cautelari nel diritto internazionale*, in *Archivio giuridico 'Filippo Serafini'*, 1938, vol. CXIX, p. 40 ss. e p. 152 ss.

2. Studi relativi alle misure cautelari della Corte permanente di Giustizia internazionale e della Corte internazionale di Giustizia

ARBOUR, *Quelques refléxion sur les mesures conservatoires indiquées par la Cour internationale de Justice*, in *Les Cahiers de Droit (Quebec)*, 1975, vol. 16, p. 531 ss.

BARILE, *Osservazioni sulle indicazioni di misure cautelari nel procedimento dsvanti alla Corte internazionale di Giustizia*, in *Comunicazioni e studi*, 1952, vol. 4, p. 146 ss.

BARILE, *Sulla competenza della Corte internazionale di Giustizia ad indicare misure cautelari*, in *Rivista di diritto int.*, 1958, vol. 41, p. 120 ss.

BARILE, *Sulle misure cautelari nell'affare degli esperimenti cautelari*, in *Rivista di diritto int.*, 1974, vol. 62, p. 17 ss.

BENVENUTI, *Corte internazionale di Giustizia*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*[4], p. 269 ss.

BETTATI, *L'affaire du plateau continental de la mer Egée devant la Cour international de Jusitice; demande en indication de mesures conservatoires*, in *Annuaire français de droit int.*, 1976, vol. 22, p. 99 ss.

BERNHARDT, *The provisional measures Procedure of the International Court of Justicethrough U.S. Staff in Tehran: Fiat Justicia Pereat Curia*, in *Virginia Journal of Int. Law*, 1980, vol. 20, p. 557 ss.

BEVERIDGE, *Case Concerning Arbitral Award of 31 July 1989: Provisional Measures, Merits*, in *Int. Comparative Law Quarterly*, vol. 41, p. 891 ss.

BOISSON DE CHAZOURNES, *Les ordonnances en indication de mesures conservatoires dans l'affaire relatice à l'application de la Convention pour la prévention et la repression du crime de génocide*, in *Annuaire français de droit int.*, 1993, p. 514 ss.

COT, *Affaires des essaais nucléaires. Demandes en indication de mesures conservatoires*, in *Annuaire français de droit int.*, 1973, vol. 19, p. 252 ss.

COUSSIRAT-COUSTERE, *Indication de mesures conservatoires dans l'affaire du personnel diplomatique et consualire des Etats Unis a Téheran*, in *Annuaire français de droit int.*, 1979, vol. 25, p. 297 ss.

CROCKETT, *The Effects of Interim Measures of Protection in the International Court of Justice*, in *California Western Int. Law Journal*, 1977, vol. 7, p. 348 ss.

DAMATO, *L'accertamento della Competenza Ratione personae ai fini dell'indicazione di misure cautelari da parte della Corte internazionale di giustizia*, in *Studi in ricordo di Antonio Filippo Panzera*, Bari, 1995, p.299 ss.

DANIELE, *Le misure cautelari nel processo dinanzi alla Corte internazionale di Giustizia*, Milano, 1993

DANIELE, *La prima ordinanza sulle misure cautelari nell'affare tra Bosnia-Herzegovina e Jugoslavia*, in *Rivista di diritto int.*, 1993, vol. 76, p. 373 ss.

DANIELE, *L'apport de la deuxième ordonnance de la Cour internationale sur les mesures conservatoires dans l'affaire Bosnie-Herzegovine c. Yugoslavie*, in *Revue Générale de droit international public*, 1994, p. 931 ss.

DE ARÉCHAGA, *International Law in the Past Third of a Century*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1978-I, p. 160 ss.

DIPLOCK, *Interim Relief in cases of Contested Jurisdiction. Two Cases in the International Court of Justice: Nuclear Test Case (Australia v. France), Agean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)*, in *The Sidney Law Review*, 1977, vol. 8, p. 477 ss.

DUMBAULD, *Relief Pendente Lite in the Permanent Court of Justice*, in *American Journal of Int. Law*, 1945, vol. 39, p. 391 ss.

DUMBAULD, *Relief Pendente Lite in the International Court of Justice*, in *Pennsylvania Bar Assiciation Quarterly*, 1962, vol. 33, p. 265 ss.

ELKIND, *French Nuclear Testing and Article 41. Another Blow to the Authority of the Court?*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1974, vol. 8, p. 39 ss.

ELKIND, *The Agean Sea Case and Article 41 of the Statute of the International Court of Justice*, in *Revue Hellenique du droit int.*, 1979, vol. 32, p. 285 ss.

ELIAS, *The International Court of Justice and Some Contemporary Problems*, The Hague, 1983, p. 67 ss.

FAVOREAU, *Les ordonnances des 17 et 18 août 1972 dans l'affaire de la compétence en matiére de pêcheries*, in *Annuaire français de droit int.*, 1972, vol. 18, p. 291 ss.

FENWICK, *The Order of the International Court of Justice in the Anglo-Iranian Oil Company Case*, in *American Journal of Int. Law*, 1951, vol. 45, p. 723 ss.

FITZMAURICE, *The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-4. Questions of Jurisdiction, Competence and Procedure*, in *British Yearbook of Int. Law*, 1958, p. 107 ss.

FRANKEL, *International Court of Justice has Preliminary Jurisdiction to Indicate Interim Measures of Protection?: the Nuclear Test Cases*, in *New York Univeristy Law and Politics*, 1974, vol. 7, p. 163 ss.

GOLDSWORTHY, *Interim Measures of Protection in the International Court*, in *American Journal of Int. Law*, 1974, vol. 68, p. 258 ss.

GRAWITZ, *Ordonnance du 24 Octobre 1957. affaire de l'Interhandel*, in *Annuaire Français de droit int.*, 1957, p. 164 ss.

GRAY, *Passage through the Great Belt, Provisional Measures, Order of 29 July 1991*, in *Int. Comparative Law Quarterly*, 1993, p. 705 ss.

GREIG, *The Balancing of Interests and the Granting of Interim Protection by the International Court of Justice*, in *Australian Yearbook of Int. Law*, 1991, vol. 11, p. 108 ss.

GROSS, *The Case of U.S. Diplomatic and Consular Staff in Tehran: the Phase of Provisional Measuresi*, in *American Journal of Int. Law*, 1980, vol. 74, p. 374 ss.

GROSS, *Some Observation on Provisional Measures*, in *International Law at a Time of Perplexity. Essays in Honour of S. Rosenne*, Dordrecht, 1989, p. 307 ss.

HAMBRO, *The Binding Character of the Provisional Measures of Protection Indicated by the International Court of Justice*, in *Rechtsfragen der internationalen Organisation. Festschrift für Hans Weheberg zu seinem 70*, Geburstag, 1956, p. 152 ss.

HAVER, *The Status of Interim Measures of the International Court of Justice After the Iranian Hostage Crisis*, in *California Western Int. Law Journal*, 1981, p. 515 ss.

HUDSON, *The Thirtieth Year of the World Court*, in *American Journal of Int. Law*, 1952, vol. 46, p.9 ss., p. 22.

KOS, *Interim relief in the International Court of Justice: New Zealand and the Nuclear Test Cases*, in *Essays in Int. Law. Law Review, Victoria University of Wellington*, vol. 14, p. 357 ss.

MAISON, *Les ordonnance de la Cour internationale de justice dans l'affaire relative à l'application de la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide*, in *European journal of Int. Law*, 1994, p. 381 ss.

MANI, *Interim Measures of Protection: Article 41 of the International Court of Justice Statute and Article 94 of the United Nations Charter*, in *Indian Journal of Int. Law*, 1970, vol. 10, p. 359 ss.

MANI, *On Interim Measures of Protection: International Court of Justice Practice*, in *Indian Journal of Int. Law*, 1973, vol. 13, p. 262 ss.

MARTIN, *Renouveau des mesures conservatoires. Les ordonnances récentes de la Cour international de Justice*, in *Journal de droit int.*, 1975, vol. 102, p. 45 ss.

MENDELSON, *Interim Measures of Protection in Cases of Contested Jurisdiction*, in *British Yearbook of Int. Law*, 1972-73, p. 259 ss.

MENDELSON, *Interim Measures of Protection and the Use of Force by States*, in *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, (a cura di Cassese), Dordrecht, Boston, Lancaster, 1986, p. 387 ss.

MERRILS, *Interim Measures of Protectionand the Substantive Jurisdiction of the International Court of Justice*, in *Cambridge Law Journal*, 1987, p. 86 ss.

MERRILS, *Interim Measures of protection in the Recent Jurisprudence of the International Court of Justice*, in *Int. Comparative Law Quarterly*, 1995, p. 90 ss.

ODA, *Provisional Measures. The Practice of the International Court of Justice*, in *Fifty years of the International Court of Justice, Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, (a cura di Lowe e Fitzmaurice), Cambridge, 1996, p. 143 ss.

OXMAN, *Jurisdiction and the Power to Indicate Provisional Measures*, in *The International Court of Justice at a Crossroad*, (a cura di Damrosch), New York,1987, p. 323 ss.

PERRIN, *Les mesures conservatoires dans les affaires relatives à la compétence en matière de pêcheries*, in *Revue générale de droit international public*, 1973, p. 16 ss.

PINTO, *L'affaire de l'Interhandel. Ordonannce de la Cour international de Justice su 24 Octobre 1957*, in *Journal de droit int.*, 1958, p. 4 ss.

ROUSSEAU, *Cour international de justice. Etats-Unis et Suisse. Ordonnance du 24 Octobre 1957*, in *Revue générale de droit int. public*, 1958, p. 124 ss.

SZTUCKI, *Interim Measures in the Hague Court*, Deventer, 1983

THIRLWAY, *The Indication of Provisional Measures by the International Court of Justice*, in *Interim Measures Indicated by International Courts*, Berlin, 1994, p. 1 ss.

TESAURO, *Le misure cautelari della Corte internazionale di giustizia*, in *Comunicazioni e Studi, Il Processo internazionale, Studi in onore di Gaetamo Morelli*, 1975, vol. 14, p. 873 ss.

VILLANI, *In tema di indicazione di misure cautelari nell'affare della piattaforma continentale del mare Egeo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1977, p. 128 ss.

WORTLEY, *Interim Reflections on Procedure for Interim Measures of protection in the International Court of Justice*, in *Comunicazioni e Studi, Il processo internazionale, Studi in onore di Gaetano Morelli*, 1975, vol. 14, p. 1009 ss.

3. Studi relativi alle misure cautelari adottati da altri organi di giustizia internazionali

<u>*Sistema europeo di protezione dei diritti dell'uomo*</u>

BERNHARDT, *Interim Measures of Protection Under the European Convention on Human Rights*, in *Interim Measures Indicated by International Courts* (a cura di Bernhardt), Berlin, 1994, p. 95 ss.

BÜLOW, *Bemerkungen aus der Sicht des Gegenwaertigen Verfahrensbeauftragten*, in *Revue des droits de l'homme*, vol. VIII, 1975, p. 360 ss., pp. 362-365

COHEN-JONATHAN, *De l'effet juridique des 'mesures provisoires' dans certaines circostances et de l'efficacité du droit de recours individuel: à propos de l'arrêt de la Cour de Strasbourg Cruz Varas du 20 mars 1991*, in *Revue universelle des droits de l'homme*, 1991, p. 205 ss.

EISSEN, *La Cour européenne des droits de l'homme. De la Convention au reglement*, in *AFDI*, 1959, p. 618 ss,. p. 646

EISSEN, *Les mesures provisoires dans la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue des droits de l'homme*, vol. II, 1969, p. 252 ss.

GARCIA DE ENTERRIA, *De la légitimité des mesures provisoires prisés par la Commission et la Cour européennes ds droits de l'homme:l'affaire Cruz Varas*, in *Revue trimestrelle de droit de l'homme*, 1992, p. 251 ss.

HARRIS, O'BOYLE, WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, London, 1995, Butterworths, pp. 589-590; pp. 667-668

KRÜGER, *Europäische Kommission für Menschenrechte. Funktion und Arbeitsweise*, in *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1980, p. 238 ss., p. 241

MAC DONALD, *Interim Measures in International Law with Special Referebce to the European System for the Protection of Human Rights*, in *Zeitschrift für Ausländ offentliches Rechts und Völkerrecht*, 1991-2, p. 703 ss.

MAHONEY, *Procedure of the Court of Human Rights*, in *Yearbook of European Law*, 1983, p. 156 ss.

NØRGAARD, *Interim Measures Under the European System for Protection of Human Rights*, in *Festskrift til Ole Due*, Stockolm, 1996, p. 278 ss.

NØRGAARD, KRÜGER, *Interim and Conservatory Measures Under the European System of Protection of Human Rights*, in *Progress in the Spirit of Human Rights. Festschrift für Felix Ermacora*, (a cura di Nowak *et al.*), Kehl, 1988, p. 109 ss.

OELLERS-FRAHM, *Zur Verbindlichkeit einstweiliger Anordnungen der Europäischen Kommission für Menschenrechte*, in *Europäisce Grundrechte Zeitschrift*, 1991, p. 197 ss.

OELLERS-FRAHM, *Interim Measures of Protection, Addendum 1993*, in *EPIL*, vol. 2, 1995, p. 1033 ss.

PETTITI, DECAUX, IMBERT (a cura di), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, 1995, pp. 54-541; pp. 731-736

ROGGE, *Einstweilige Maßnahmen im Verfahren vor der Europäischen Kommission für Menschenrechte*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1977, 30, p. 1569 ss.

SPIELMAN, *Les mesures provisoires et les organes de protection prévus par la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Présence du droit public et des droits de l'homme - Mélanges offerts à Jacques Velu*, vol. II, Bruxelles, 1992, p. 1293 ss.

<u>*Sistema interamericano di protezione dei diritti dell'uomo*</u>

AGUILAR, *Procedimiento que debe aplicar la Comision interamericana de derechis humano en el examen de las peticiones o comunicaciones individuales sobre presuntas violaciones de derechis humanos*, in *Derecos Humanos. Homenaje a la memoria de Carlos A. Dunshee de Abrances*, 1984, pp. 203-204 e pp. 209-210

BUERGENTHAL, *The Inter-American Court of Human Rights*, in *American Journal of Int. Law*, 1982, p. 239 ss.

BUERGENTHAL, *The Inter-American System for the Protection of Human Rights*, in *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issue* (a cura di Meron), Oxford, 1984, p. 465 ss.

BUERGENTHAL, *Interim Measures in the Inter-American Court of Human Rights*, in *Interim Measures Indicated by International Courts*, (a cura di Bernhardt), Berlin, 1994, p. 69 ss.

PASQUALUCCI, *Provisional Measures in the Inter-American Human Rights System: An Innovative Development in International Law*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1993, p. 803 ss.

Corte di Giustizia delle Comunità europee

BORCHARDT, *The Award of Interim Measures by the Euroepan Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, 1985, p. 203 ss.

GRAY, *Interim Measures of Protection in the European Court*, in *European Law Review*, 1979, p. 80 ss.

JACOBS, *Interim Measures in the Law and Practice of the Court of Justice of the European Communities*, in *Interim Measures Indicated by International Courts* (a cura di Bernardht), Berlin, Heidelberg, New York, 1994, p. 37 ss.

LASOK, *The European Court of Justice. Practice and Procedure*[2], London, Dublin, Edinburgh, 1994, p. 230 ss.

SLUSNY, *Les mesures provisoires dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, in *Revue Belge de droit international*, 1967, p. 127 ss.

TIZZANO, *I provvedimenti urgenti nel processo comunitario*, in *I processi speciali. Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli, 1979, p. 361 ss.

VAN GINDERACHTER, *Référé*, in *Dictionnaire juiridique des Communautés Européennes* (a cura di Barav e Philip), p. 911 ss.

VANDERSANDEN e BARAV, *Contentieux communautaire*, 1977, p. 127 ss.