

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 11/03/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37914-mancata-protezione-diplomatica-e-risarcimento-del-danno-alle-persone-una-riflessione-sempre-attuale-sulla-sentenza-del-consiglio-di-stato-11-marzo-2014>

Autore: Fragola Massimo

Mancata protezione diplomatica e risarcimento del danno alle persone: una riflessione sempre attuale sulla sentenza del Consiglio di Stato 11 marzo 2014

Mancata protezione diplomatica e risarcimento del danno alle persone: una riflessione sempre attuale sulla sentenza del Consiglio di Stato 11 marzo 2014

MASSIMO FRAGOLA

Università della Calabria

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. La questione alla base della controversia e le intricate problematiche giudiziarie che hanno portato alla sentenza definitiva. 3. Alcune considerazioni emerse in corso dei vari giudizi. 4. Alcune considerazioni sulla regola del previo esaurimento dei ricorsi interni. 5. Conclusioni.

1. La sentenza del Consiglio di Stato dell'11 marzo 2014 nella causa «Il Tuo Viaggio s.r.l.» («la ricorrente») contro Presidenza del Consiglio dei Ministri¹, non è stata una pronuncia innovativa giacché (ri)propone una serie di questioni note che ruotano intorno all'istituto della protezione diplomatica ed ai suoi corollari. Ciò nondimeno, la decisione del Consiglio di Stato merita una riflessione generale. Essa coinvolge, in primo luogo, e in modo prevalente, il diritto internazionale generale e pattizio; secondariamente, ma in modo collegato, stimola alcune riflessioni sugli eventuali diritti dei singoli (*rectius*: delle persone) ad ottenere, sempre e comunque, la protezione diplomatica da parte del proprio Stato laddove ne ricorrano i presupposti. In ultimo, come conseguenza dell'inerzia del governo italiano, la richiesta di risarcimento del danno della ricorrente per la mancata attuazione delle misure di protezione diplomatica nei confronti dello Stato marocchino, il che, a detta della società italiana, non ha consentito lo svolgimento (ovvero il proseguimento²) dell'attività marittima di collegamento tra i due Paesi. La problematica non è nuova ma, in ogni caso, di tutto rilievo. Giacché oltre agli eventuali diritti dei singoli che da tempo si affacciano nella giurisprudenza internazionale³, vengono in rilievo nella fattispecie della

¹ Si tratta della riforma della sentenza 31 luglio 2007, n. 7278, del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, Sezione I, a seguito dell'annullamento, con sentenza 19 ottobre 2011, n. 2158124 della Corte di Cassazione, della sentenza 24 dicembre 2009, n. 8719 del Consiglio di Stato, Sezione sesta, avente ad oggetto la domanda di risarcimento del danno per mancata attuazione delle misure di protezione diplomatica da parte dello Stato italiano nei confronti dello Stato marocchino che non ha consentito alla ricorrente lo svolgimento dell'attività marittima di collegamento tra i due Paesi. Sulla protezione diplomatica e i suoi recenti sviluppi cfr. PANELLA (a cura di), *La protezione diplomatica: sviluppi e prospettive*, Atti del convegno di Messina 13-14 giugno 2008, Torino, 2009; BARIATTI, *Protezione diplomatica*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. XII, Torino, 1997, 144 ss.

² In effetti dalla sentenza si evince, in un primo momento, che «la mancata protezione diplomatica non ha consentito alla ricorrente lo svolgimento dell'attività marittima di collegamento tra i due Paesi» (premessa della sentenza); successivamente si parla di «interrompere l'iniziativa economica» [punto 1 (fatto), ultima frase]; al punto 1 (diritto) «interruzione del collegamento marittimo» e al punto 7 «Risulta dagli atti del processo e della stessa descrizione degli accadimenti sopra svolta che l'autorità marocchina ha sempre ritenuto di non dare il proprio assenso allo svolgimento di tale attività»; ovvero «indurre le autorità marocchine ad adottare gli atti necessari per consentire lo svolgimento dell'attività in esame» (punto 7, nona frase).

³ Sentenza 27 giugno 2001, CIJ Recueil 2001, 482 ss. caso *LaGrand*. Su cui DOMINICE, *Responsabilité internationale et protection diplomatique selon l'arrêt LaGrand*, in *El derecho internacional en los albores del siglo XXI: homenaje al professor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Madrid, 2002, 233-242; MATRINGE, *L'arrêt de la Cour internationale de la justice dans l'affaire LaGrand (Allemagne contre États-Unis d'Amérique) du 27 juin 2001*, *Annuaire* 2002, 215-256; PINTO, *De la protection diplomatique à la protection des droits de l'homme*, in *Revue Générale de Droit International Public* (RGDIP), 2002, 513 ss.; RUIZ FABRI-SOREL, *Note sous Cour Internationale de Justice, 27 juin 2001, Allemagne contre États-Unis d'Amérique, affaire LaGrand*, *Journal du droit international* (JDI), 2002, 843ss.; PALMISANO, *La garantie de non-répétition entre codification et réalisation juridictionnelle du droit : à propos de l'affaire LaGrand*, RGDIP, Tome 106, 2002, 4. In dottrina, più in generale, CONDORELLI, *L'évolution du champ d'application de la*

protezione diplomatica anche i diritti fondamentali dell'individuo, aspetto questo che comporta una diversa e più complessa tematica⁴. Infatti, la prevalenza dell'uno (diritto fondamentale della persona) sull'altro (diritto dello Stato) limiterebbe la sfera discrezionale dello Stato, la sua sovranità, a beneficio dei diritti vantati dal cittadino che richiede protezione e tutela al proprio Stato⁵.

Ma non è questa la fattispecie applicabile al caso che ci occupa.

Nella presente analisi verranno affrontati soltanto taluni aspetti, ritenuti prevalenti, tralasciando l'aspetto più generale e teorico della materia in esame. Non senza aver preliminarmente precisato che si tratta di una pronuncia che, quanto al merito, non presenta novità di rilievo. Certo il Consiglio di Stato, che rappresenta la suprema istanza amministrativa in Italia, se avesse voluto discostarsi dalla giurisprudenza (storica) e dalla dottrina (prevalente) avrebbe potuto dare un contributo innovativo a tutela dei singoli dimostrando, così, di conoscere le nuove tendenze che si stanno via via affermando nel diritto internazionale sia, in una prospettiva diversa, nel diritto dell'Unione europea⁶.

Evidentemente, però, sia in punto di fatto sia in punto di diritto, il Consiglio di Stato non ha riscontrato le condizioni essenziali per decidere la controversia in modo diverso. Forse, ad un attenta valutazione, quanto meno un *obiter dictum* poteva starci in ordine ai diritti delle persone (in questo caso giuridiche) nell'ambito dell'esercizio della protezione diplomatica da parte dello Stato⁷.

2. Veniamo alla questione oggetto della controversia. Il ricorrente «Il Tuo Viaggio s.r.l.» società italiana di navigazione, che aveva in animo di attivare un ulteriore collegamento marittimo tra l'Italia e il Marocco, in questo caso con partenza dall'Italia, contesta la carenza di protezione

protection diplomatique, in FLAUSS (dir.), *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, 2003, 3; BAUCHOT, *La protection diplomatique des individus en droit international*, Université de Lille II, 2001-2002, 8; di recente MANE DASYLVA, *La protection diplomatique des individus (en droit contemporain)*, Saarbrücken, 2012, 24; BASSU, *La rilevanza dell'interesse individuale nell'istituto della protezione diplomatica. Sviluppi recenti*, Milano, 2008; GARIBIAN, *Vers l'émergence d'un droit individuel à la protection diplomatique?*, in *Annuaire Français de droit international*, 2008, Paris, 119; BACISEZE KATWANYI, *La protection internationale de l'individu comme sujet du droit international: cas des minorites et des refugies*, <http://www.memoireonline.com>. Inoltre v. la Commission du droit international (CDI) che nel 1998 ha preferito non entrare nel merito affidando alla giurisprudenza il compito di definire la questione lasciando l'individuo come «bénéficiaire» del diritto internazionale (*Annuaire de la Commission du droit international 1998*, vol. II, § 82, 47).

⁴ Ad esempio cosa deve prevalere il diritto internazionale generale e/o pattizio, nel caso di specie l'istituto della protezione diplomatica come espressione della sovranità dello Stato, oppure i diritti fondamentali dell'individuo?

⁵ Sul punto, *inter alia*, BENNOUNA, *La protection diplomatique, un droit de l'État?*, in *Boutros Boutros-Gali amicorum discipulorumque liber: paix, développement, démocratie*, Bruxelles, 1998, vol. 1, 245 che parla di "umanizzazione" della protezione diplomatica.

⁶ L'istituto della tutela diplomatica e consolare rientra anche tra i diritti di cittadinanza dell'Unione europea ai sensi dell'art. 23 TFUE. Il medesimo diritto figura anche tra i diritti fondamentali codificati nella Carta dei diritti UE all'art. 46. Ciò detto, come dato generale della materia, il diritto dell'Unione europea è estraneo al caso in esame trattandosi di vicenda internazionale e non comunitaria.

⁷ Anche in considerazione del fatto che lo stesso Consiglio di Stato, sezione sesta, in sede di assegnazione del pagamento delle spese processuali ha affermato, al punto 9, che «la novità delle questioni trattate giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese del giudizio». Corsivo mio. Così riconoscendo la peculiarità degli istituti e delle materie coinvolte nella controversia.

diplomatica da parte dello Stato italiano nei confronti dello Stato marocchino durante la fase preliminare delle trattative, il che avrebbe prodotto un danno economico da risarcire.

I fatti. La società di navigazione italiana ha proposto, nell'anno 2001, al Consolato del Marocco di Milano un progetto volto a realizzare un collegamento marittimo, con navi traghetto, tra il porto di Savona e quello di Tangeri. A tale fine, ha iniziato una duplice trattativa sia con le autorità marocchine sia con le autorità italiane per potere attuare tale progetto. Le autorità italiane non avrebbero, però, si rileva, adottato le misure necessarie affinché le autorità marocchine consentissero tale collegamento. In particolare, all'atteggiamento ostruzionistico del governo del Marocco non è seguito un trattamento «compensativo» da parte del governo italiano né nei confronti del governo del Regno del Marocco, né nei confronti della società di Stato marocchina «Comanav» che gestiva un precedente collegamento marittimo tra il Marocco e l'Italia.

«Il Tuo Viaggio s.r.l.», per le ragioni sin qui indicate, è stata costretta ad interrompere l'iniziativa economica intrapresa, con conseguenti ingenti danni economici.

Da questo momento scaturisce una serie di ricorsi ed appelli della società «Il Tuo Viaggio s.r.l.» che andiamo brevemente a richiamare.

La società italiana ha proposto in prima istanza ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio, rilevando l'illegittimità dell'attività posta in essere dalle autorità italiane per: a) violazione della legge 24 luglio 1985, n. 433 (Ratifica ed esecuzione dell'accordo in materia di marina mercantile tra il Governo della Repubblica italiana ed il Governo del Regno del Marocco, firmato a Rabat il 15 aprile 1982), per la mancata convocazione della commissione mista italo-marocchina al fine di risolvere la questione in esame; b) violazione della legge 3 marzo 1987, n. 69 (Disposizione per la difesa della Marina mercantile), la quale prevede che lo Stato italiano, in virtù del principio della reciprocità di trattamento nell'ambito dei traffici marittimi, deve garantire una tutela specifica in favore delle navi di proprietà italiana o noleggiate da società di navigazione italiane, soggette a trattamenti discriminatori; c) eccesso di potere, in quanto non sarebbero state spiegate le ragioni per le quali risultava difficile provvedere nel senso richiesto dalla Società.

Per questi motivi è stata chiesta la condanna dell'amministrazione statale al risarcimento dei danni quantificato in euro 10.000.000,00 o nella diversa somma da determinare mediante consulenza tecnica o in via equitativa.

Il Tribunale amministrativo, con sentenza 31 luglio 2007, n. 7278, ha rigettato il ricorso, rilevando a) la violazione della regola di diritto internazionale sul previo esaurimento dei ricorsi interni; b) la mancanza del nesso di causalità tra la condotta e il danno. In particolare, si rileva come, «anche attraverso un diverso modus operandi» delle parti coinvolte, l'interesse sostanziale cui aspirava «Il Tuo Viaggio s.r.l.» non sarebbe stato comunque conseguibile in ragione della mancanza del necessario consenso da parte delle autorità marocchine.

La ricorrente in primo grado ha proposto appello, impugnando la predetta sentenza.

Il Consiglio di Stato, con sentenza 24 dicembre 2009, n. 8719, ha rigettato l'appello affermando che: 1) «il governo non è obbligato, nei confronti del cittadino che la invoca, ad esercitare la protezione diplomatica contro lo Stato straniero»; 2) «gli atti compiuti da uno Stato nel regolamento delle relazioni internazionali sono (...) atti politici e, come tali, sottratti al sindacato giurisdizionale, sia ordinario che amministrativo».

La società «Il Tuo Viaggio s.r.l.» ha proposto ricorso per Cassazione, per avere il Consiglio di Stato negato la tutela giurisdizionale.

La Cassazione, per le ragioni che vedremo più avanti, ha annullato la sentenza impugnata e ha dichiarato la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo, cui la causa è stata rinviata per la sua trattazione nel merito.

Si tratta dunque di valutare, 1) se esiste nel diritto internazionale, se non proprio un obbligo in capo allo Stato, un dovere di garantire (sempre e comunque) quanto meno un minimo di protezione diplomatica ad un suo cittadino (persona giuridica) *che la richiede*, ovvero 2) se la sua discrezionalità (politica) è tale da non comportare alcun obbligo giuridico. Dal che, 3) qualora dall'inerzia dello Stato ne derivi un danno economico sia possibile richiederne il risarcimento. Anche in mancanza di una corrispondenza, come nel caso in esame, tra l'interesse dello Stato e l'interesse privato⁸.

La disciplina applicabile al giudizio è riconducibile sostanzialmente al diritto internazionale generale e convenzionale. In particolare emerge l'annosa questione, sempre aperta, della soggettività degli individui (persone) e i trattamenti – *rectius* "protezione diplomatica" – che ad essi riserva il diritto internazionale in particolari situazioni.

Senza voler riaprire il dibattito dottrinale (che pure lo richiama in concreto) che presenta a tutt'oggi diversità di posizioni e una non univoca prospettiva, va tuttavia precisato che la concezione individualistica del diritto internazionale va affermandosi sempre più nella comunità internazionale, sia con riguardo all'esercizio delle libertà personali sia con riguardo, con i distinguo del caso, a quelle economiche⁹, come ad esempio la questione che ci occupa.

Dal che si osserva una lenta ma costante trasformazione dell'ordinamento internazionale non più soltanto Stato-centrico bensì «individuo-centrico», all'interno di una società profondamente mutata ed in continua metamorfosi che riconosce gli individui, se non pienamente soggetti, titolari di una personalità «circoscritta» e funzionale che postula una protezione non soltanto sul piano sostanziale ma anche su quello giurisdizionale¹⁰.

Questa prospettiva non è stata tenuta in conto né dai giudici nazionali nei giudizi precedenti, né dal Consiglio di Stato, che hanno preferito sposare l'orientamento dottrinale tradizionale secondo il quale l'interesse dell'individuo, non avendo carattere autonomo, rileva esclusivamente nella misura

⁸ In questo senso si parla di "finzione" della protezione diplomatica laddove l'interesse dello Stato appare prevalente nei confronti dell'interesse privato o, quanto meno, l'esercizio dell'azione internazionale sia necessitata dalla tutela di un interesse generale dello Stato (da ultimo COLACINO, *Sul fondamento giuridico dell'intervento dello Stato in protezione diplomatica nel diritto internazionale contemporaneo*, in PANELLA (a cura di), *La protezione diplomatica: sviluppi e prospettive*, cit., 23 ss.). Sul punto, più in generale, STROZZI, *Interessi statali e interessi privati nell'ordinamento internazionale*, Milano, 1977 e, più di recente, BASSU, *La rilevanza dell'interesse individuale nell'istituto della protezione diplomatica. Sviluppi recenti*, cit., 18 *ivi* bibliografia rilevante

⁹ Sul punto, tra gli altri, CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, Torino, 2012, 317ss.; CARBONE, *I soggetti e gli attori nella Comunità internazionale*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto internazionale* (a cura di Carbone, Luzzatto, Santa Maria), Torino, 2011, 31ss.; CONFORTI, *Diritto internazionale*, VIII ed., Napoli, 2010, 22ss.

¹⁰ NASCIMBENE, *L'individuo e la tutela internazionale dei diritti umani*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto internazionale*, cit., 427ss.

in cui coincide con l'interesse dello Stato (c.d. «mixed claim»¹¹). In questo caso, e solo in questo, lo Stato della parte che si ritiene lesa può, a sua ampia discrezionalità, assumere la difesa sul piano internazionale¹² e concedere la protezione diplomatica del suo cittadino al fine di ottenere la cessazione della violazione ed il conseguente risarcimento del danno subito¹³.

Va tuttavia evidenziato che siffatta concezione ha subito negli anni alcuni temperamenti soprattutto in materia di diritto (tutela) internazionale dei diritti umani; il che ha contribuito, ma solo in questa materia, a spostare l'asse dell'interesse ad agire dallo Stato all'individuo.

Infatti, sono molte le convenzioni internazionali che attribuiscono agli individui la possibilità di presentare ricorsi dinanzi a corti internazionali appositamente istituite per il controllo della corretta applicazione della normativa convenzionale (CEDU tra tutte). Ciò nonostante, l'ambito della tutela internazionale dei diritti e delle libertà fondamentali appare, quanto meno al momento, come un comparto a sé stante nell'ambito del diritto internazionale; occorre pertanto valutare caso per caso se nella richiesta di protezione diplomatica, emergano violazioni di diritti e libertà fondamentali dell'individuo ovvero rilevino esclusivamente diritti economici dei privati. Nel primo caso il diritto dell'individuo (della persona) a reclamare la protezione da parte del proprio Stato appare come prevalente¹⁴; nella seconda ipotesi i diritti economici vantati dai privati vanno temperati con gli interessi statali pena la subordinazione dei primi ai secondi.

Ma non è questa la fattispecie applicabile al caso «Il Tuo Viaggio s.r.l.».

3. Quanto alla presunta violazione della legge 24 luglio 1985, n. 433 di ratifica ed esecuzione dell'accordo Italia-Marocco per la mancata convocazione della Commissione mista italo-marocchina prevista all'art. 19¹⁵, occorre preliminarmente precisare che dalla lettura della norma

¹¹ Secondo la nota espressione della Corte internazionale di giustizia nei *leading cases* *La Grand e Avena* (sent. 31 marzo 2004, in *ICJ Reports*, 2004). Laddove, però, la supposta struttura «mista» dell'istituto della protezione diplomatica rileva esclusivamente dal lato dello Stato e non già della persona. Infatti, la coincidenza degli interessi in gioco rileva esclusivamente qualora lo Stato sia effettivamente interessato; il che mostra che seppure in presenza di un interesse individuale se lo Stato non mostra alcun coinvolgimento non scatterebbe nessun obbligo di protezione.

¹² Attraverso proteste, proposte di arbitrato, minacce di contromisure ecc. Siffatta opinione è stata più volte confermata dalla Corte Permanente di Giustizia internazionale nel famoso caso *Mavrommatis* del 30 agosto 1924 *in primis*, ma anche nel successivo caso *Ferrovie Panevezys-Saldutiskis del 28 febbraio 1939*, nonché dalla successiva Corte internazionale di Giustizia in vari casi, tra i quali, *Nottebohm, Liechtenstein c. Guatemala* del 6 aprile 1955 e, più di recente, l'altrettanto noto *Barcelona Traction, Light and power Company Limited, Belgio c. Spagna del 5 febbraio 1970*. Su cui, ampiamente, BASSU, *La rilevanza dell'interesse individuale nell'istituto della protezione diplomatica*, cit., 2.

¹³ Requisito della cittadinanza che assume valore costitutivo, il presupposto della tutela internazionale della persona da parte dello Stato che tuttavia rimane condizionata alle sue scelte politiche. Ancorchè in materia di diritti fondamentali si tende a garantire gli individui tout court al di là del possesso della cittadinanza (v. in argomento, la citata sentenza *Barcelona Traction*).

¹⁴ Si pensi, nei diritti di cittadinanza dell'Unione europea, alla norma sulla "tutela" diplomatica e consolare contenuta nella Carta dei diritti fondamentali all'art. 46. Si consideri, altresì, in questa prospettiva, la sentenza della Corte costituzionale italiana n. 238/2014 in materia di conflitto tra diritto internazionale generale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile di altri Stati con riferimento agli atti di uno Stato straniero che consistano in crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona.

¹⁵ Art. 19: "Per garantire l'applicazione del presente Accordo, facilitare le consultazioni sui principali problemi di reciproco interesse e contribuire alla risoluzione delle controversie eventualmente risultanti da tale applicazione, una Commissione mista permanente sarà creata dalle due Parti. Essa si riunirà una volta l'anno, alternativamente in uno dei due Paesi, o più di frequente su richiesta dell'una o dell'altra Parte. Per qualsiasi controversia che dovesse

non emerge un obbligo di convocazione attese le disposizioni che sanciscono, da un lato, la sua periodicità delle riunioni ([la Commissione] «si riunirà una volta l'anno, alternativamente in uno dei due Paesi») nonché, dall'altro, nel caso di eccezionale urgenza e necessità, «su richiesta dell'una o dell'altra Parte». In primo luogo, si tratta di una previsione piuttosto chiara che attribuisce esclusivamente alle «Parti» e non a terzi interessati, la possibilità di convocare una riunione straordinaria. Inoltre, l'istituzione della Commissione mista è prevista, come da prassi negli accordi di cooperazione, per garantire la corretta applicazione dell'accordo, nonché per «facilitare le consultazioni sui principali problemi di reciproco interesse e contribuire alla risoluzione delle controversie eventualmente risultanti da tale applicazione»¹⁶.

Da ciò si deduce che per richiedere una convocazione *straordinaria* della Commissione mista – e quindi avviare il procedimento che avrebbe potuto portare alla reclamata tutela diplomatica¹⁷ – sarebbe dovuto emergere un evidente interesse del governo della Repubblica italiana in uno all'interesse della richiedente società «Il Tuo Viaggio s.r.l.», aspetto questo che, evidentemente, non c'è stato. Nondimeno si può parlare nella fattispecie di controversia con lo Stato del Marocco stante l'inesistenza di alcun comportamento illecito di quest'ultimo.

Con riguardo al secondo punto in ordine alla violazione della legge 3 marzo 1987, n. 69 (Disposizione per la difesa della Marina mercantile), la ricorrente «Il Tuo Viaggio s.r.l.» fa valere in giudizio l'inerzia della commissione tecnica¹⁸ istituita dalla legge proprio per tutelare gli interessi dello Stato italiano e degli operatori nazionali. La legge n. 69/87, infatti, prevede che lo Stato italiano, in virtù del principio della reciprocità di trattamento nell'ambito dei traffici marittimi, *deve* garantire una tutela specifica in favore delle navi di proprietà italiana o noleggiate da società di navigazione italiane, soggette a trattamenti discriminatori. Quest'obbligo in capo allo Stato italiano di tutela specifica in favore delle navi battenti bandiera italiana ovvero noleggiate da società di navigazione italiana¹⁹, sarebbe (tra le altre) alla base della richiesta della ricorrente.

La Corte di Cassazione, con la sentenza 19 ottobre 2011, n. 21581²⁰, accogliendo il ricorso della società di navigazione italiana nei confronti del Consiglio di Stato reo di avere il negato la tutela giurisdizionale²¹, ha affermato che i poteri che il Consiglio di Stato ha ritenuto essere espressione di attività politica, sono viceversa esercitati su proposta non di un organo politico, bensì di una

derivare dall'applicazione del presente Accordo e che non potesse risolversi mediante le vie di cui qui sopra, le Parti contraenti si riservano la possibilità di adire, di comune accordo, un arbitro che abbia il gradimento di ambedue".

¹⁶ Ancora l'art. 19.

¹⁷ Senza peraltro che si sia verificata nella fattispecie alcuna violazione da parte dello Regno del Marocco nè che il fatto «illecito» sia avvenuto nel territorio dello Stato straniero.

¹⁸ L'art. 2 della legge n. 69/87 dispone che, «con decreto del Ministero, è istituita una commissione composta da rappresentanti di diversi Ministeri, da quattro rappresentanti dell'armamento pubblico e privato designati dalle rispettive organizzazioni, da un rappresentante del Consiglio nazionale dei caricatori, nonché da due esperti in materia tecnico-giuridica».

¹⁹ Obbligo, però, secondo il governo italiano, di diversa natura trattandosi di atti di protezione degli interessi dello Stato e, di conseguenza, dei soggetti nazionali interessati che non rileva nella fattispecie.

²⁰ <http://giurisprudenza.unipv.it/docsDidattica/Tonoletti/cass%202011-21581%20rapporti%20internazionali.pdf>

²¹ Così la Cassazione al Punto 4.1. della sua sentenza: «Correttamente e condivisibilmente evidenzia, pertanto, il ricorrente come il diniego assoluto di giurisdizione in *subiecta materia* si risolva nell'illegittimo diniego della sussistenza *tout court* di qualsivoglia posizione soggettiva giuridicamente tutelata rispetto al mancato esercizio dei poteri attribuiti alle Amministrazioni dello Stato dalla L. n. 433 del 1985 e dalla L. n. 69 del 1987: onde la irrimediabile violazione degli artt. 24 e 113 della Carta fondamentale».

commissione tecnica al fine di difendere la marina mercantile nazionale e di disciplinare i traffici commerciali marittimi per la tutela dell'interesse nazionale, poteri il cui contenuto esula del tutto dal novero degli atti politici *stricto sensu*, trattandosi per contro di atti di alta amministrazione rientranti nell'esercizio di una più specifica politica marittimo-mercantile nazionale»²².

Sull'affermazione, in generale, della Corte di Cassazione in ordine alla differenza teorico/dottrinale tra atti politici e atti di alta amministrazione *nulla questio*²³.

Se però per atti politici si intendono provvedimenti che attengono a superiori esigenze di carattere generale che afferiscono alla direzione suprema dello Stato e che hanno lo scopo di tutelare gli interessi della collettività, ovvero, «quella tipologia di atti in cui si estrinseca l'attività di direzione suprema della cosa pubblica e l'attività di coordinamento e di controllo delle singole manifestazioni in cui la direzione stessa si estrinseca»²⁴, qualche perplessità può essere rilevata laddove la commissione «tecnica» ha come obiettivo – a me pare più politico-diplomatico che tecnico – il fine di difendere la marina mercantile nazionale, di garantire la tutela dell'interesse nazionale e di disciplinare i traffici commerciali marittimi per la tutela dell'interesse nazionale.

Per di più, a quanto consta, e ad avvalorare questa prospettiva, va rilevato che i poteri (non già le competenze) attribuiti alla commissione di cui si parla erano in precedenza attribuiti al Ministero della marina mercantile, poi trasferiti a quello delle infrastrutture e dei trasporti, vale a dire dicasteri governativi, oggi sono esercitati *ispo iure* dalla commissione «tecnica». E non pare concepibile *sic et simpliciter* un declassamento di valori e competenze dell'azione prevista per il solo fatto di un trasferimento da un organo all'altro.

Ad ogni buon conto, non fa differenza alcuna che gli (eventuali) atti della commissione siano classificati come atti politici, ovvero atti di alta amministrazione, giacché nel caso che ci occupa, la commissione non ha posto in essere le iniziative richieste dalla società di navigazione italiana,

²² Si veda altresì il Punto 4.2 della medesima sentenza: «Censurabile risulta dunque la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto di qualificare la posizione giuridica soggettiva fatta valere dal ricorrente con riferimento all'istituto della protezione diplomatica - che, secondo la definizione contenuta nell'art. 1 del relativo progetto adottato dalla Commissione del diritto internazionale (e fatta propria dalla Corte Internazionale di Giustizia con la sentenza 24.5.2007, Sadio Diallo), consiste nella contestazione da parte di uno Stato (attraverso un'attività diplomatica o altri mezzi di risoluzione delle controversie) della responsabilità di altro Stato per un danno causato da un fatto illecito (sul piano internazionale) ad una persona fisica o giuridica che abbia la nazionalità del primo Stato al fine di attivare consequenzialmente tale responsabilità - opinando che l'esercizio dei poteri di cui alla L. n. 69 del 1987, art. 1 potesse ascrivere ad una incensurabile attività di politica estera sottratta integralmente al vaglio della giurisdizione: così omettendo del tutto di considerare che i poteri in discorso (dapprima attribuiti al Ministero della marina mercantile, poi trasferiti a quello delle infrastrutture e dei trasporti) sono esercitati, su proposta (non di un organo politico, bensì) di una commissione tecnica al fine di difendere la marina mercantile nazionale e di disciplinare i traffici commerciali marittimi per la tutela dell'interesse nazionale, poteri il cui contenuto esula del tutto dal novero degli atti politici *stricto sensu*, trattandosi viceversa di atti di (alta) amministrazione rientranti nell'esercizio di una più specifica politica marittimo-mercantile nazionale».

²³ In particolare cfr. la sentenza del Tar Lombardia n. 98/1992 che definisce gli atti politici come quei provvedimenti che attengono a superiori esigenze di carattere generale che afferiscono alla direzione suprema dello Stato e che hanno lo scopo di tutelare gli interessi della collettività. In dottrina si veda, da ultimo, SGUEO, *Gli atti di alta amministrazione e gli atti politici. Analogie e differenze*, in *Diritto.it*, consultabile in <http://www.diritto.it/docs/24442-gli-atti-di-alta-amministrazione-e-gli-atti-politici-analogie-e-differenze?page=1>

²⁴ SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1999. Vedi supra nota 23. La prevalenza dell'interesse statale su quello dell'individuo trova un rafforzamento proprio nella dottrina dell'atto di Stato che priva i cittadini di avere giustizia anche sul piano interno, «lasciando ai governi la piena libertà di condurre le trattative sul piano internazionale per una soluzione che meglio risponda agli interessi dello Stato» (BASSU, *La rilevanza dell'interesse individuale nell'istituto della protezione diplomatica*, cit., 26); sul punto su veda pure STROZZI, *Interessi statali e interessi privati nell'ordinamento internazionale*, cit., 125.

ritenendosi evidentemente «sovrana» nel prendere decisioni in tal senso. E, in tale prospettiva, va assorbito anche il presunto eccesso di potere del governo italiano, richiamato dalla ricorrente, in quanto non sarebbero state motivate le ragioni per le quali risultava difficile provvedere nel senso richiesto dalla società «Il Tuo Viaggio».

Di parere diverso è la Cassazione che, viceversa, ritiene fondata la violazione degli artt. 24, 111, 113 della Costituzione; nonché della legge 25 luglio 1985, n. 433; della legge 3 marzo 1987, n. 69, e del decreto 3.9.1999 dell'allora ministero dei trasporti e della navigazione, affermando che, «il mancato esercizio da parte del governo del potere di attivare i principi di reciprocità a difesa della marina mercantile nazionale, previsti dalla legge 3 marzo 1987 n. 69 ed esercitabili su proposta di una commissione tecnica per la tutela dell'interesse nazionale, non costituisce una incensurabile attività di politica estera, come tale sottratta integralmente al vaglio della giurisdizione²⁵.

Tutto ciò premesso, la Cassazione conclude che «in ordine all'illegittimo esercizio - ovvero, come nella specie, al mancato esercizio di tali poteri - sussistono, pertanto, inalienabili posizioni soggettive di interesse legittimo²⁶ (assimilabili alle *legitimate expectations* previste e tutelate in Common law in ordine all'esercizio di poteri derivanti, come nella specie, dal diritto internazionale consuetudinario), rispetto alle quali si pone al di fuori dei limiti (negativi) della *potestas iudicandi* dell'organo di giustizia amministrativa (il Consiglio di Stato nella specie) il diniego assoluto di tutela giurisdizionale che, viceversa, attesa la già rilevata consistenza giuridica delle predette posizioni, deve ritenersi devoluta a quell'autorità giudiziaria.

4. Il Consiglio di Stato, nella sua precedente sentenza 24 dicembre 2009, n. 8719 ha ritenuto priva di fondamento la richiesta di risarcimento del danno affermando, sconsideratamente, che la protezione diplomatica è, *in ogni caso*²⁷, subordinata al previo esaurimento dei ricorsi interni, che, nella specie, non risultavano essere stati proposti e quindi concretizzati.

Nel diritto internazionale, in particolare nell'esercizio della protezione diplomatica, la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni²⁸ prevedeva, quanto meno *ab initio*, che uno Stato non poteva intervenire sul piano internazionale a tutela del proprio cittadino (persona fisica o giuridica) se non dopo aver atteso che la persona avesse esperito i vari gradi di giudizio nazionali. Cioè a dire, attendere che la giurisdizione dello Stato che avrebbe commesso un illecito internazionale nei confronti del cittadino straniero abbia fatto il suo corso. Sicché, laddove lo Stato territoriale non avesse garantito una piena tutela giudiziaria allo straniero, lo Stato del cittadino leso sarebbe legittimato a porre in essere le misure di protezione diplomatica (in precedenza si parlava di «rappresaglia») come conseguenza dell'impossibilità per il proprio cittadino di ottenere giustizia dalla giurisdizione dello Stato straniero²⁹.

²⁵ Punto 4.2.

²⁶ Però, sulla tutela e la risarcibilità degli interessi legittimi nel diritto dell'Unione europea cfr. la sentenza della Corte di Cassazione Sezioni Unite del 22 luglio 1999, n. 500 che attinge ampiamente al diritto UE e, in particolare, alla giurisprudenza Francovich (Sentenza «pilota» CGCE 19 novembre 1991, cause riunite C6/90 e C9/90, Francovich e Bonifaci, in *Raccolta*, 1991, I-5357ss.). Mi sia consentito il rinvio a FRAGOLA, *La responsabilità dello Stato nei confronti dei singoli nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 4-1997, 681ss. e, ancor prima, FRAGOLA, *Le innovazioni introdotte dalla legge 19 febbraio 1992, n. 142 (legge comunitaria per il 1991) in materia di risarcibilità delle lesioni di interessi legittimi*, in *Il Consiglio di Stato*, 4-1992, 757 ss.

²⁷ Parole testuali del Consiglio di Stato nella sentenza 24 dicembre 2009, n. 8719, punto 5.

²⁸ Per i riferimenti storici e dell'origine della regola cfr. BASSU, *La rilevanza dell'interesse individuale nell'istituto della protezione diplomatica*, cit., 43 ss.

²⁹ In argomento, più in generale, TESAURO, *Nazionalizzazioni e diritto internazionale*, Napoli, 1976 e MENGOZZI,

L'inesattezza dell'affermazione del Consiglio di Stato consta nel fatto che il supremo organo amministrativo italiano ha ritenuto il previo esaurimento dei ricorsi interni come regola generale³⁰, applicabile previamente sempre e comunque. Laddove nel caso “Il Tuo Viaggio” non c'è stato alcun illecito internazionale né nei confronti dello Stato al quale la società appartiene, né nei confronti della società stessa trattandosi, più propriamente, di comportamento di tipo ostruzionistico da parte dello Stato marocchino. Venendo meno, così, i requisiti necessari affinché lo Stato dello straniero «maltrattato» possa esercitare la protezione diplomatica, in particolare, assumendo legittimamente la difesa del proprio cittadino sul piano internazionale e adottando le contromisure necessarie al fine di fare cessare la violazione.

Ma occorre aggiungere un'altra riflessione generale sul punto.

Se è vero che in un primo momento la regola è sembrata avere natura sostanziale, così da implicare che la responsabilità internazionale dello Stato potesse sorgere soltanto dopo l'esaurimento improduttivo dei ricorsi interni, parte della dottrina³¹, già agli albori della questione, ha ritenuto che la mancanza dell'applicazione della regola del previo esaurimento dei rimedi nazionali non fosse *condicio sine qua non* per l'attivazione delle misure di tutela internazionale. Anche perché la prassi ha evidenziato un quadro a dir poco eterogeneo, con la conseguenza di lasciare imprecisato e flessibile il suo inquadramento dogmatico.

Sono riscontrabili, infatti, diverse eccezioni che evidenziano la mancata rilevanza generale della regola del previo esaurimento dei ricorsi interni dovendosi fare un'analisi specifica caso per caso³².

5. Da quanto precede si possono trarre alcune conclusioni.

Come si accennava in premessa il caso in sé non presenta nella sostanza alcunchè di nuovo, ma avrebbe potuto ispirare una sentenza maggiormente rilevante laddove il Consiglio di Stato avesse voluto oltrepassare oltre i confini della dottrina e della giurisprudenza maggioritarie. Invece la suprema istanza giurisdizionale amministrativa ha proposto un itinerario argomentativo fondato sulla riproposizione di concetti e nozioni note.

Però alcune considerazioni aperte al futuro vanno fatte.

In primo luogo sull'atteggiamento delle autorità marocchine. In effetti l'ostruzionismo delle autorità marocchine³³ segnalato dalla società “Il Tuo Viaggio” non può essere ricondotto *sic et*

L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati, Milano, 1967. In questa prospettiva si consideri altresì la c.d. «dottrina Calvo» e la conseguente «clausola» inserita nei contratti tra privati e Stati esteri, in particolare Stati centro-sud americani, che sancisce il divieto per la società privata di chiedere e ottenere tutela dal proprio Stato. Dal punto di vista del diritto internazionale la clausola appare di dubbia validità. In argomento, *inter alia*, TENEDIKE'S, *Considérations sur la clause Calvo*, in *Revue générale de droit international public*, 1936, 270; FREEMAN, *Recent aspects of the Calvo Doctrine and the Challenge to International Law*, in *American Journal of International Law*, 1946, 120; di recente mi sia consentito rinviare anche a FRAGOLA, *Nozioni di diritto diplomatico e consolare*, Napoli, 2008, 165 ss.

³⁰ Sul punto GAJA, *L'esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale*, Milano, 1967; BASSU, *La rilevanza dell'interesse individuale nell'istituto della protezione diplomatica, cit.*, 46 ss., *ivi* dottrina rilevante.

³¹ QUADRI, *La sudditanza nel diritto internazionale*, Padova, 1936, 206 ss.; BORCHARD, *La protection diplomatique des nationaux à l'étranger*, in *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1/1931, 285; STROZZI, *Interessi statali e interessi privati nell'ordinamento internazionale*, Milano, 1977, 45.

³² Sul punto ampiamente BASSU, *La rilevanza dell'interesse individuale nell'istituto della protezione diplomatica, cit.*, 52 ss.

³³ Benchè al punto 6.2 della sentenza si legge che (quarto trattino) «in data 14 maggio 2002, il Ministero dei trasporti e della marina mercantile marocchino ha dato parere favorevole e nonostante ciò le autorità marocchine, secondo la ricorrente, hanno continuato «a boicottare l'impresa italiana».

simpliciter ad un'azione illegittima né ad una violazione del diritto internazionale. Più propriamente può trattarsi, dal punto di vista dell'interesse economico della società italiana, di un atteggiamento deprecabile ma sicuramente non illegittimo e antiggiuridico. Il che si reverbera altresì sulla mancata convocazione della commissione mista italo-marocchina che, in virtù del principio di reciprocità, e a fini della sua convocazione, deve rispecchiare la volontà di entrambi gli Stati contraenti.

Quanto al nesso di causalità vantato dalla "Il Tuo Viaggio" (tra la mancata convocazione della commissione mista e la mancata protezione diplomatica e danno subito) può semplicemente affermarsi che anche attraverso un diverso *modus operandi* delle parti coinvolte, l'interesse sostanziale cui aspirava "il Tuo Viaggio" non sarebbe stato comunque conseguibile in ragione della mancanza del necessario consenso da parte delle autorità marocchine. Peraltro il supposto danno subito non è stato nemmeno spiegato chiaramente ed in modo approfondito e del pari il nesso di causalità.

Con riferimento al comportamento del governo italiano possono aggiungersi soltanto alcune riflessioni a completamento di quanto detto.

In primo luogo, la società di navigazione italiana ritiene che dalla mancata convocazione della commissione italo-marocchina è derivata la mancata protezione diplomatica, laddove invece, non ricorrendo i presupposti (interesse del governo italiano), l'attivazione di misure di tutela diplomatica è assolutamente indipendente dai risultati della commissione e rappresenta un *quid* discrezionale e sovrano che non può essere deciso in una commissione tecnica bensì a livello governativo.

Forse un'azione diplomatica più blanda del governo italiano (a tutela degli interessi (legittimi) della società italiana) sarebbe stata auspicabile e chiarificatrice, pur sempre senza giungere a misure di una vera e propria azione di protezione diplomatica. Ricordando, tuttavia, che lo Stato-governo non è obbligato nei confronti del cittadino ad esercitare la protezione diplomatica nei confronti dello Stato straniero, sempre e comunque, ancorché richiesta.