



Costituzionalismo.it

Fascicolo 1 | 2018
"UNITÀ E INDIVISIBILITÀ DELLA REPUBBLICA"

Sulle conseguenze giuridiche del carattere cogente dell'autodeterminazione dei popoli: in margine alla sentenza Fronte Polisario

di ENZO CANNIZZARO

SULLE CONSEGUENZE GIURIDICHE DEL CARATTERE
COGENTE DELL'AUTODETERMINAZIONE DEI POPOLI
IN MARGINE ALLA SENTENZA « FRONTE POLISARIO »

di *Enzo Cannizzaro*

*Professore ordinario in Diritto internazionale e dell'Unione europea
« Sapienza » - Università di Roma*

ABSTRACT

ITA

L'Autore problematizza il ruolo del principio dell'autodeterminazione dei popoli nel diritto internazionale e come strumento di tutela dei diritti fondamentali, soffermandosi in particolar modo sulla sentenza *Fronte Polisario* della Corte di giustizia dell'Unione europea.

EN

The Author focuses on the role of the principle of self-determination of people in international law, and as an instrument for the protection of fundamental rights. He analyses the judgement of the Court of Justice of the European Union in the *Front Polisario* case.

SULLE CONSEGUENZE GIURIDICHE DEL CARATTERE COGENTE DELL'AUTODETERMINAZIONE DEI POPOLI IN MARGINE ALLA SENTENZA « FRONTE POLISARIO »

di *Enzo Cannizzaro*

SOMMARIO: 1. *Introduzione*; 2. *La controversa vicenda della validità degli accordi bilaterali fra Unione europea e Marocco alla luce del principio di autodeterminazione dei popoli*; 3. *Il rilievo della sentenza Fronte Polisario per la ricostruzione del contenuto della responsabilità per gravi violazioni del principio di autodeterminazione dei popoli*; 4. *Un conflitto fra metodi di interpretazione: interpretazione contestuale e prassi successiva*; 5. *Il conflitto tra l'accordo di liberalizzazione e il principio di autodeterminazione*; 6. *Gli effetti della decisione*; 7. *Osservazioni conclusive*.

1. Introduzione

Nel panorama giuridico internazionale, il principio di autodeterminazione dei popoli costituisce un paradosso vivente. Il suo contenuto, la struttura degli obblighi che ne derivano, la sua forza normativa, sono pressoché universalmente riconosciuti, in dottrina e nella prassi diplomatica e internazionale. Il principio di autodeterminazione costituisce un esempio paradigmatico della tendenza del diritto internazionale a tutelare interessi collettivi, che non fanno cioè capo ad uno o più Stati individualmente identificati, quanto piuttosto alla comunità nel suo insieme. Anche per altro verso, riguardo cioè al valore normativo, esso è considerato come parte di un ristretto nucleo di regole internazionali aventi valore normativo superiore, e, per tanto, capace di prevalere, in caso di conflitto, rispetto alle regole internazionali “ordinarie”. Se si potesse parlare di un ordine costituzionale nell’ambito del diritto delle relazioni internazionali, il principio di auto-determinazione ne farebbe parte a pieno titolo.

Queste conclusioni, raggiunte sulla base di una analisi di carattere formale, appaiono però molto più incerte qualora si passi dal piano formale a quello effettuale. Una tale analisi evidenzia, infatti, una serie di debolezze “sistematiche” che rischiano di pregiudicare notevolmente

l'effettività del principio e delle regole che da esso si possono trarre.

La prima debolezza concerne la struttura “*erga omnes*” del principio di autodeterminazione. Secondo la logica classica del diritto internazionale, tale struttura vale non solo ad imporre allo Stato occupante l'obbligo di consentire l'auto-determinazione. Essa indica, altresì, come a tale obbligo corrisponda un diritto di ciascun membro della comunità internazionale di esigerne l'osservanza. È difficile immaginare, però, che la mera esistenza di un diritto “diffuso” valga a istituire un meccanismo efficace di garanzia. In assenza di un interesse concreto, è verosimile ritenere che l'interesse giuridico in capo a ciascuno degli *omnes* non venga di fatto azionato.

La seconda debolezza riguarda il valore normativo particolare riconosciuto al principio di autodeterminazione. Tale particolare valore, indicato comunemente con la formula del diritto cogente, consiste nella capacità di una regola internazionale di invalidare norme o principi confliggenti.

Il carattere cogente del principio di autodeterminazione, in altri termini, reca con sé un meccanismo di garanzia fondato sulla superiorità gerarchica del principio rispetto ad altre regole del sistema internazionale. Un tale meccanismo, di carattere normativo, non risulta tuttavia particolarmente efficace dato che esso esige, per poter funzionare, l'esistenza di un conflitto fra obblighi. Un tale conflitto insorgerebbe allorché uno Stato sia obbligato, in forza del diritto consuetudinario ovvero di un trattato, a tenere condotte incompatibili con gli obblighi derivanti dal principio di auto-determinazione. Tale sarebbe, ad esempio, l'obbligo imposto allo Stato occupante di non concedere l'autodeterminazione ovvero quello imposto ad uno Stato terzo di cooperare attivamente nel mantenimento della situazione illegale.

Non è particolarmente frequente, tuttavia, che uno Stato si obblighi a non concedere l'autodeterminazione ovvero a cooperare attivamente alla sua violazione. Né la prassi recente offre molti esempi di questo tipo di incompatibilità. Ne dovrebbe conseguire che neanche il carattere cogente del principio di autodeterminazione, e quindi la sua superiorità gerarchica rispetto ad altre regole internazionali, potrebbe costituire una reale garanzia di effettività.

Proprio la scarsa effettività dei meccanismi di garanzia del principio di autodeterminazione potrebbe quindi indurre a ritenere che l'effetto normativo del principio di autodeterminazione, sorto nel secondo do-

poguerra, e presto divenuto uno dei principi guida del nuovo ordine internazionale, stia ora percorrendo un percorso inverso, e che esso sia ormai confinato ad un ruolo limitato nell'ambito del sistema giuridico che governa le relazioni internazionali.

L'evoluzione recente del diritto internazionale consente peraltro di intravedere una tendenza in senso diverso. Il diritto internazionale, infatti, sta sviluppando una serie di regole e principi atti ad assicurare un certo grado di effettività agli interessi fondamentali della comunità internazionale, fra i quali certamente si colloca il principio di autodeterminazione dei popoli. Si tratta, evidentemente, di un processo ancora in via di formazione, il quale risente della struttura dell'ordinamento internazionale nonché dell'assetto reale di potere al suo interno. Pur con tali avvertenze, tali tendenze prospettano scenari normativi e ordinali di estremo interesse e potrebbero essere valorizzati in chiave evolutiva.

Proprio il principio di autodeterminazione ha costituito un terreno sperimentale per verificare la tendenza dell'ordinamento internazionale a sviluppare strumenti di tutela dei diritti fondamentali della comunità internazionale. Il problema è emerso recentemente in alcune sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea, che hanno definito controversie fra il *Fronte Polisario* – il movimento di liberazione nazionale del Sahara occidentale – e il Consiglio dell'Unione europea, al fianco del quale è intervenuta la Commissione. Tali controversie hanno riguardato, a vario titolo, la validità di decisioni dell'Unione che avevano concluso e dato esecuzione nell'ordinamento dell'Unione ad accordi bilaterali fra l'Unione e il Marocco che disponevano di riserve naturali del territorio del Sahara occidentale e delle acque prospicienti tale territorio. Pur se questa problematica era emersa anche nella prassi antecedente, il carattere innovativo delle soluzioni adottate dalla Corte di giustizia ne fa un punto di svolta nella evoluzione del diritto internazionale: sia rispetto alle regole e principi che disciplinano l'autodeterminazione dei popoli, che, più in generale, a quelle che tutelano gli interessi collettivi della comunità internazionale¹.

¹ Sentenza del Tribunale del 10 dicembre 2015, causa T-512/12, *Fronte Polisario c. Consiglio dell'Unione europea*, ECLI:EU:T:2015:953; sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 2016), causa 104/16 P, *Consiglio dell'Unione europea c. Fronte Polisario*, ECLI:EU:C:2016:973.

2. La controversa vicenda della validità degli accordi bilaterali fra Unione europea e Marocco alla luce del principio di autodeterminazione dei popoli

La questione della validità degli accordi bilaterali fra Unione europea e Marocco, in particolare dell'accordo di associazione del 2000 e dell'accordo di partenariato nel settore della pesca del 2006, va contestualizzata nella lunga e complessa disputa sull'autodeterminazione della popolazione del Sahara occidentale, un vasto territorio della regione del Maghreb, tra il Marocco e la Mauritania, inclusa dal 1963 nell'elenco dei territori non autonomi, ai sensi dell'articolo 73 della Carta delle Nazioni Unite (ONU). Già colonia spagnola, il Sahara occidentale, è stata occupata dal Marocco nel 1976, dopo il disimpegno unilaterale della Spagna e un breve confronto armato con la Mauritania. Da allora in poi, è stato amministrato di fatto dal Marocco, ad eccezione di una piccola frazione sotto il controllo del movimento di liberazione nazionale, il Fronte Polisario.

Lo status giuridico del Sahara occidentale è stato determinato dal parere consultivo della Corte internazionale di giustizia (ICJ), su richiesta dell'Assemblea generale, il 16 ottobre 1975². In risposta alla domanda posta dall'Assemblea generale, la Corte indicò che, prima della colonizzazione di quel territorio, il Sahara occidentale non era una *terra nullius*, a causa dell'esistenza di forme rudimentali di autorità da parte della popolazione locale³. La Corte ha altresì indicato che, nonostante l'esistenza di alcuni precedenti legami giuridici tra la popolazione locale da una parte e il Marocco e la Mauritania dall'altra, nessuno di questi due Stati potesse legittimamente rivendicare la sovranità su tale territorio⁴. Pertanto, il Sahara Occidentale era, ed è tuttora, un territorio non autonomo il cui popolo possiede il diritto all'autodeterminazione⁵.

² Corte internazionale di giustizia, *Sahara occidentale*, 16 ottobre 1975, par. 12.

³ *Ibidem*, par. 81-83.

⁴ *Ibidem*, par. 105-108, 128-129, 150-152. Si veda anche il par. 162, nel quale la Corte rileva come le informazioni ed il materiale probatorio presentati non dimostrassero l'esistenza di alcun legame, riconducibile alla tipologia della sovranità territoriale, tra il territorio del Sahara occidentale ed il Marocco o la Mauritania.

⁵ *Ibidem*, par. 162: «the Court has not found legal ties of such a nature as might affect the application of Resolution 1514(XV) in the decolonization of Western Sahara and, in particular, of the principle of self-determination through the free and genuine expression of the will of the peoples of the Territory».

Tale *status* è stato confermato in una serie di risoluzioni emanate nel corso degli anni dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, che hanno riconosciuto il Fronte Polisario come rappresentante del popolo sahariano⁶.

Lo *status* giuridico del Sahara occidentale è stato una costante fonte di tensione nelle relazioni commerciali tra l'Unione europea e il Marocco. In particolare, la questione della inclusione del territorio sahariano nell'ambito di applicazione degli accordi economici e commerciali fra i due enti, è rimasta a lungo irrisolta. L'art. 94 dell'accordo di associazione tra l'UE e il Marocco, concluso nel 2000, prevede che l'accordo si applica al "territorio del Regno del Marocco"⁷. Analogamente, l'accordo di partenariato nel settore della pesca, entrato in vigore nel 2006, prevede che il Marocco rilasci licenze di pesca a navi dell'UE nelle acque soggette alla sua giurisdizione⁸. In tali disposizioni, quindi, la determinazione dell'ambito di applicazione dei relativi accordi dipende dalla determinazione dell'ambito territoriale soggetto alla sovranità marocchina.

La questione è stata affrontata nel 2006 da un parere del servizio giuridico del Parlamento europeo. Dopo aver sottolineato che il principio di autodeterminazione impone al Marocco di consentire l'autodeterminazione del popolo del Sahara occidentale, il servizio giuridico ha ritenuto che la compatibilità dell'accordo di pesca con il principio internazionale di autodeterminazione dei popoli dipendesse non già dalle condotte delle istituzioni dell'Unione quanto bensì dalle modalità della sua attuazione da parte delle autorità marocchine. Di conseguenza, il servizio giuridico non ha concluso nel senso della invalidità dell'accordo, quanto bensì nel senso dell'esistenza di un dovere di sorveglianza da parte delle autorità europee al fine di evitare che l'accordo venisse attuato dal Marocco in contrasto con il diritto internazionale. La

⁶ Si vedano le risoluzioni dell'Assemblea generale A/RES/45/21 del 20 novembre 1990, A/RES/34/37 del 21 novembre 1979 e A/RES/35/19 dell'11 novembre 1980.

⁷ Si veda la Decisione del Consiglio e della Commissione del 26 gennaio 2000 relativa alla conclusione dell'accordo euromediterraneo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e il Regno del Marocco, dall'altra (2000/204/CE, CECA).

⁸ Si veda il Regolamento (CE) n. 764/2006 del Consiglio, del 22 maggio 2006, relativo alla conclusione di un accordo di partenariato nel settore della pesca tra la Comunità europea e il Regno del Marocco. Cfr. E. MILANO, *The New Fisheries Partnership Agreement between the European Community and the Kingdom of Morocco: Fishing too South*, in *Anuario Espanol de Derecho Internacional*, 2006, pp. 413-433.

violazione dell'accordo da parte del Marocco avrebbe quindi dovuto comportare la sospensione dell'accordo da parte dell'UE⁹.

L'8 marzo 2012 il Consiglio ha adottato una decisione relativa alla conclusione di un accordo bilaterale tra l'UE e il Marocco sulle misure di liberalizzazione reciproca dei prodotti agricoli e della pesca¹⁰. L'accordo è stato concluso nel quadro dell'accordo di associazione. Esso ha inoltre modificato alcune disposizioni dell'accordo di associazione e dei suoi protocolli. Anche l'ambito territoriale di tale nuovo accordo coincide, quindi, con il "territorio del Regno del Marocco" ai sensi dell'articolo 94 dell'accordo di associazione.

Il 19 novembre 2012, *Fronte Polisario*, agendo in qualità di rappresentante del popolo sahariano ai fini dell'autodeterminazione, ha presentato al Tribunale, vale a dire all'organo di giustizia della Unione europea di prima istanza, un ricorso per l'annullamento della decisione del Consiglio relativa alla conclusione dell'accordo di liberalizzazione. A suo avviso, la decisione di conclusione di questo accordo, applicato ai prodotti originari del Sahara occidentale, risulterebbe in violazione di una serie di norme e principi, relativi ai diritti individuali e collettivi posseduti dal popolo sahariano ai sensi del diritto interno dell'UE e diritto internazionale tra cui, primo fra tutti, il principio dell'autodeterminazione¹¹.

In via preliminare, il Tribunale ha respinto l'eccezione di irricevibilità sollevate dal Consiglio e dalla Commissione in merito alla qualità del *Fronte Polisario* come persona giuridica ai sensi dell'articolo 263 TFUE. L'elemento decisivo, a questo riguardo, è stato il ruolo di soggetto diritto internazionale, ancorché parziale, del *Fronte Polisario*. Il

⁹ Si veda Servizio giuridico del Parlamento europeo, Parere SJ-0085/06, D(2006)7352 del febbraio 2006.

¹⁰ Decisione 2012/497/UE del Consiglio, dell'8 marzo 2012, relativa alla conclusione dell'accordo in forma di scambio di lettere tra l'Unione europea e il Regno del Marocco in merito a misure di liberalizzazione reciproche per i prodotti agricoli, i prodotti agricoli trasformati, il pesce e i prodotti della pesca, alla sostituzione dei protocolli n. 1, 2 e 3 e dei relativi allegati e a modifiche dell'accordo euromediterraneo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e il Regno del Marocco, dall'altra. L'atto è visionabile sul sito www.publications.europa.eu.

¹¹ Ci si riferisce al procedimento conclusosi con la già menzionata pronuncia del Tribunale del 10 dicembre 2015, causa T-512/12, *Fronte Polisario c. Consiglio dell'Unione europea*, ECLI:EU:T:2015:953. Per un'analisi più approfondita dei fatti, si rinvia a E. KASSOTI, *The Front Polisario v. Council Case: The General Court, Völkerrechtsfreundlichkeit and the External Aspects of European Integration*, in *European Papers*, 2017, pp. 339-356, disponibile sul sito www.europeanpapers.eu.

Tribunale ha rilevato che *Fronte Polisario* partecipa al processo di pace guidato dall'ONU che dovrà decidere del futuro del Sahara occidentale. Tale constatazione è risultata sufficiente al fine di riconoscere a favore del *Fronte Polisario* legittimazione attiva a presentare un ricorso¹².

Molto più complesso è stato l'itinerario argomentativo sulla base del quale il Tribunale ha rigettato l'eccezione di irricevibilità sollevata dal Consiglio e dalla Commissione relativa alla mancanza di pregiudizio diretto e individuale da parte del *Fronte Polisario*, ai sensi dell'art. 263, par. 4, TFUE¹³. Per determinare se il *Fronte Polisario* fosse direttamente e individualmente interessato dalla decisione, il Tribunale ha dovuto interpretare proprio l'articolo 94 dell'accordo di associazione, applicabile anche all'accordo di liberalizzazione, che ne limita l'ambito al "territorio del Regno del Marocco"¹⁴.

Questa disposizione è stata interpretata in modo diverso dalle parti. Secondo il *Fronte Polisario*, la condotta del Consiglio e della Commissione sarebbe equivalsa a un tacito riconoscimento della rivendicazione marocchina della sovranità sul territorio del Sahara occidentale¹⁵. Pur ammettendo che le autorità marocchine avevano chiesto e ottenuto l'applicazione dell'accordo ai prodotti originari del Sahara occidentale, il Consiglio e la Commissione hanno tuttavia negato che tale condotta avrebbe potuto modificare la posizione dell'UE di non riconoscimento della richiesta marocchina sul territorio conteso¹⁶.

Nell'interpretazione dell'articolo 94 dell'accordo di associazione, il Tribunale non ha potuto trarre ispirazione dal precedente della sentenza *Brita*, nella quale Corte di giustizia ha interpretato una clausola analoga inserita nell'accordo di associazione tra l'UE e Israele nel senso che l'accordo non si sarebbe applicato ai territori palestinesi occupati¹⁷. Come indicato dal Tribunale, questa interpretazione era dovuta all'esistenza di un accordo parallelo con l'Organizzazione per la liberazione della Palestina (OLP), applicabile a questi territori. Di converso, nella vicenda sottoposta al Tribunale non vi era alcun accordo in merito al commercio di prodotti originari del Sahara occidentale concluso dall'UE con

¹² Tribunale, causa T-512/12, *Fronte Polisario c. Consiglio dell'Unione europea*, 10 dicembre 2015, ECLI:EU:T:2015:953, par. 58-60.

¹³ *Ibidem*, par. 61-66.

¹⁴ *Ibidem*, par. 73.

¹⁵ *Ibidem*, par. 77-80.

¹⁶ *Ibidem*, par. 81-87.

¹⁷ Corte di giustizia, causa C-386/08, *Brita*, 25 febbraio 2010, ECLI:EU:C:2010:91.

Fronte Polisario; né con altra entità rappresentativa del popolo del Sahara occidentale¹⁸.

L'ambito di applicazione territoriale dell'accordo di liberalizzazione è stato quindi interpretato sulla base delle regole di interpretazione di cui all'articolo 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati e, in particolare, alla luce della prassi seguita dalle parti nell'attuazione dell'accordo, ai sensi dell'articolo 31, paragrafo 3, lettera b), della Convenzione. Il Tribunale ha rilevato che, sebbene formalmente non avessero mai riconosciuto la sovranità del Marocco sul Sahara occidentale, il Consiglio e la Commissione ben erano a conoscenza del fatto che il Marocco applicava l'accordo ai prodotti provenienti da tale territorio e non si erano opposti a tale pratica. Il Tribunale ha concluso che il campo di applicazione territoriale dell'accordo includeva quindi il territorio del Sahara occidentale e che, pertanto, la decisione di concludere l'accordo tra l'UE e il Marocco pregiudicava direttamente e individualmente il popolo sahariano e il suo rappresentante legale, il *Fronte Polisario*¹⁹.

Ciò ha consentito al Tribunale di passare alla fase di merito. Pur se articolata in ben undici motivi di ricorso, la questione di merito comportava la risposta ad una unica, grande questione giuridica: se cioè vi fosse, nel diritto internazionale o nell'ordinamento europeo, un divieto per l'Unione di concludere un accordo con un terzo Stato che esercitava di fatto poteri sovrani su un territorio non autonomo, nella consapevolezza che l'accordo sarebbe stato applicato a quel territorio²⁰. Si tratta, è appena il caso di indicare, della questione cardine intorno alla quale ruota la identificazione del contenuto del principio di autodeterminazione dei popoli e delle posizioni soggettive che esso produce.

Nel rispondere negativamente a tale questione, il Tribunale si è fondato sul celebre parere del Consigliere giuridico delle Nazioni Unite, reso in forma di lettera indirizzata al Consiglio di sicurezza, relativo alla legittimità dei contratti conclusi dal Marocco con società straniere private per lo sfruttamento delle risorse del Sahara occidentale. Nel parere, il Consigliere giuridico indicava come questi contratti non fossero di per sé contrari al diritto internazionale, a condizione, tuttavia, che le attività di sfruttamento fossero perseguite per conto della popolazione

¹⁸ Tribunale, sentenza del 10 dicembre 2015causa T-512/12, *Fronte Polisario c. Consiglio dell'Unione europea*, ECLI:EU:T:2015:953, par. 89 e ss.

¹⁹ *Ibidem*, par. 99-103.

²⁰ *Ibidem*, par. 117.

del territorio non autonomo, nel loro interesse e secondo i loro desideri²¹. Le conclusioni della lettera sono state sintetizzate sommariamente dal Tribunale nel seguente passaggio: «il consigliere giuridico delle Nazioni Unite non ha ritenuto che la conclusione di un accordo internazionale applicato a un territorio conteso, sia in tutti i casi, vietata dal diritto internazionale»²².

Questa conclusione, tuttavia, non ha risolto la questione. Nella parte finale della sentenza, il Tribunale ha raccolto una serie di frammenti argomentativi, dispersi su vari dei motivi dedotti dalla ricorrente, e li ha ricomposti in un argomento unitario relativo alle condizioni per la conclusione dell'accordo dettate dai Trattati istitutivi. Questa analisi, peraltro assai sbrigativa, ha indotto il Tribunale a concludere che l'ampio potere discrezionale posseduto dalle istituzioni politiche dell'UE nel disciplinare le relazioni esterne commerciali dell'UE fosse limitato dalla necessità di assicurare che lo sfruttamento delle risorse di un territorio non autonomo «non è condotta a danno della popolazione del territorio interessato, o comporta violazioni dei diritti fondamentali» tutelati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e dal diritto internazionale²³.

Questo argomento, che appare una riformulazione semplificata e ridotta delle conclusioni del parere del consigliere giuridico delle Nazioni Unite, ha indotto il Tribunale a concludere che, avendo concluso l'accordo senza preliminarmente svolgere tale verifica, il Consiglio avesse manifestamente superato il margine di discrezionalità ad esso conferito dai Trattati istitutivi²⁴. Su tale base, la decisione impugnata è stata annullata²⁵.

Una posizione ben diversa è stata assunta, in appello, dalle conclusioni dell'Avvocato generale, Wathelet. A suo avviso, il ricorso avrebbe dovuto essere dichiarato irricevibile, in quanto fondato sulla premessa erronea che l'accordo di liberalizzazione sarebbe stato applicabile al

²¹ Under-Secretary-General for Legal Affairs, the Legal Counsel, parere del 12 febbraio 2002 indirizzato al presidente del Consiglio di sicurezza, S/2002/161, visionabile alla pagina www.arsso.org.

²² Tribunale, causa T-512/12, *Fronte Polisario c. Consiglio dell'Unione europea*, 10 dicembre 2015, ECLI:EU:T:2015:953, par. 207-211.

²³ *Ibidem*, par. 225-229; le citazioni sono tratte dal par. 228.

²⁴ *Ibidem*, par. 223.

²⁵ *Ibidem*, par. 247.

territorio del Sahara occidentale²⁶. In quella che si è rivelata la sua principale osservazione, l'Avvocato generale ha proposto alla Corte di annullare la sentenza di primo grado e interpretare l'articolo 94 dell'accordo di associazione nel senso di escludere il territorio del Sahara occidentale dal campo di applicazione dell'accordo di liberalizzazione²⁷.

Il ragionamento dell'Avvocato generale è partito dalla qualificazione del territorio del Sahara occidentale come territorio non autonomo ai sensi dell'articolo 73 della Carta delle Nazioni Unite. Da questa qualifica, l'Avvocato generale ha tratto la conseguenza, confortata anche da un passaggio contenuto nella dichiarazione dell'Assemblea generale sulle relazioni amichevoli tra gli Stati, che il Sahara occidentale possiederebbe uno «status distinto e separato» da quello dello Stato occupante²⁸. Da tale principio, l'Avvocato generale ha tratto la conseguenza che un accordo stipulato in relazione al «territorio del Regno del Marocco» non può essere applicato al Sahara occidentale²⁹. Questa conclusione sarebbe stata ulteriormente rafforzata, nell'argomentazione dell'Avvocato generale, dalla politica di non riconoscimento da parte dell'Unione della sovranità del Marocco sul territorio del Sahara occidentale. L'Avvocato generale ha espressamente respinto l'idea di una «applicazione senza riconoscimento» prospettata dal Consiglio per spiegare la strana situazione della tolleranza *de facto* da parte dell'Unione europea dell'applicazione dell'accordo di liberalizzazione al territorio del Sahara occidentale da parte delle autorità marocchine, rigettando però le conseguenze giuridiche di tale condotta³⁰.

Pur riconoscendo che il Consiglio e la Commissione erano a conoscenza dell'applicazione *de facto* dell'accordo sul territorio del Sahara occidentale, l'Avvocato generale ha tuttavia escluso che tale consapevolezza, unitamente alle condotte poste in essere dalle due Istituzioni, potessero essere qualificate come prassi successiva, tale da influenzare l'interpretazione del trattato ai sensi dell'art. 31, paragrafo 3, lettera b),

²⁶ Corte di giustizia, conclusioni dell'Avvocato generale Wathelet presentate il 13 settembre 2016 nella causa 104/16 P, *Consiglio dell'Unione europea c. Fronte Polisario*, ECLI:EU:C:2016:677, par. 113-114.

²⁷ *Ibidem*, par. 68-82, in particolare si veda il par. 82.

²⁸ Risoluzione dell'Assemblea generale A/RES/25/2625 del 24 ottobre 1970.

²⁹ Corte di giustizia, conclusioni dell'Avvocato generale Wathelet presentate il 13 settembre 2016 nella causa 104/16 P, *Consiglio dell'Unione europea c. Fronte Polisario*, ECLI:EU:C:2016:677, par. 75-76.

³⁰ *Ibidem*, par. 86.

della Convenzione di Vienna. Per superare l'interpretazione testuale, scaturente dalla chiara terminologia utilizzata nel trattato, la prassi, secondo l'Avvocato generale, dovrebbe esprimere una concorde volontà delle parti sull'interpretazione del trattato. La mera tolleranza di comportamenti dell'altra parte, difformi dalla lettera del trattato, non sarebbe invece sufficiente a tal fine³¹.

Altre parti delle conclusioni dell'Avvocato generale meritano una certa attenzione. Pur riconoscendo l'ampio potere discrezionale di cui godono le istituzioni politiche dell'UE nel settore delle relazioni economiche esterne, l'Avvocato generale ha accolto il punto di vista del Tribunale, secondo il quale tale discrezionalità è accompagnata dalla necessità di valutare tutti i fatti pertinenti relativi alla decisione da compiere. Pertanto, il controllo giurisdizionale dovrebbe determinare se le misure adottate rientrano in questo ampio margine di discrezionalità e non sono manifestamente sproporzionate o arbitrarie³².

Secondo l'Avvocato generale, i giudici europei sono quindi competenti a verificare se le istituzioni politiche dell'UE abbiano correttamente valutato il probabile impatto sui diritti umani di decisioni adottate nel campo delle relazioni economiche esterne³³. È interessante notare che questo dovere non è stato fondato, nelle conclusioni dell'Avvocato generale, sull'applicazione extraterritoriale della Carta dei diritti fondamentali dell'UE³⁴, ma piuttosto sul diritto internazionale e, in particolare, sulle norme cogenti del diritto internazionale che tutelano i diritti umani fondamentali, incluso il principio dell'autodeterminazione³⁵. Le implicazioni di questa partecipazione sono di vasta portata, poiché potrebbero comportare che, contrariamente a quanto affermato dalla Corte di giustizia nel celebre caso *Kadi*, il giudice europeo, nel valutare la validità degli atti dell'Unione adottati in attuazione di accordi internazionali, possieda la competenza ad accertare, in via preliminare, la validità di tali accordi alla luce delle norme cogenti del diritto internazionale³⁶.

³¹ *Ibidem*, par. 96.

³² *Ibidem*, par. 220-224.

³³ *Ibidem*, par. 230-236.

³⁴ *Ibidem*, par. 270-271.

³⁵ *Ibidem*, par. 256-259.

³⁶ Corte di giustizia (GS), sentenza del 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*, ECLI:EU:C:2008:461, par. 287.

Le posizioni dell'Avvocato generale relative alla interpretazione dell'art. 94 del Trattato di associazione sono state pienamente confermate dalla Corte di giustizia³⁷.

La Corte ha chiarito come l'art. 94 dell'accordo di associazione non dovesse essere interpretato alla luce della prassi successiva seguita dalle parti, ai sensi dell'articolo 31, paragrafo 3, lettera b), della Convenzione di Vienna, ma piuttosto nel contesto delle pertinenti norme del diritto internazionale applicabile nei rapporti tra le parti, ai sensi dell'articolo 31, paragrafo 3, lettera c), della Convenzione. In particolare, la Corte ha contestualizzato l'interpretazione dell'art. 94 nel quadro del principio di autodeterminazione, evidenziando la natura cogente e la struttura *erga omnes* di tale principio³⁸. Al fine di assicurare la coerenza fra l'ambito di applicazione dell'accordo di associazione (e di quello di liberalizzazione) con il principio di autodeterminazione, il Sahara occidentale deve essere escluso dal campo di applicazione territoriale dell'accordo³⁹. Questa conclusione è stata rafforzata facendo riferimento, in maniera peraltro meno convincente, anche ad altri principi del diritto internazionale: il principio dell'autorità relativa dei trattati e il principio dell'effetto relativo del trattato, rispettivamente sanciti dall'articolo 34 e dall'articolo 29 della Convenzione di Vienna. Secondo la Corte, questi principi convergono nel limitare l'applicazione di un trattato all'area in cui le parti esercitano la «pienezza dei poteri conferiti agli enti sovrani dal diritto internazionale»⁴⁰.

La circostanza che l'accordo di liberalizzazione non si applichi al territorio del Sahara occidentale ha implicato che il *Fronte Polisario* non fosse direttamente e individualmente interessato dalla conclusione di tale accordo. Questa constatazione ha quindi reso inutile definire la questione relativa alla qualificazione del *Fronte Polisario* come persona giuridica ai sensi dell'articolo 263 TFUE. Una risposta positiva a questa domanda, tuttavia, potrebbe essere dedotta implicitamente dall'insieme delle argomentazioni adottate dalla Corte. Nell'ordine logico delle questioni che devono essere trattate in un ricorso per annullamento, la determinazione della capacità del ricorrente di presentare un ricorso precede la determinazione della esistenza di un pregiudizio

³⁷ Corte di giustizia (GS), sentenza del 21 dicembre 2016, causa 104/16 P, *Consiglio dell'Unione europea c. Fronte Polisario*, ECLI:EU:C:2016:973, par. 126-127.

³⁸ *Ibidem*, par. 86-88.

³⁹ *Ibidem*, para. 92.

⁴⁰ *Ibidem*, par. 94-107; le citazioni sono tratte dal par. 95.

diretto e individuale. Come si ricorderà, l'Avvocato generale aveva fondato la propria conclusione circa la qualità di persona giuridica del *Fronte Polisario* sulla base di una triplice argomentazione: l'implicito riconoscimento del Fronte come partner negoziale delle Nazioni Unite; la sua capacità di rappresentante del popolo sahariano ai fini dell'attuazione del principio di autodeterminazione; il suo riconoscimento come movimento di liberazione nazionale ad opera di una parte significativa della comunità internazionale⁴¹. Questi argomenti si fondano sulla premessa che la capacità giuridica di avviare un ricorso per annullamento ai sensi del diritto dell'Unione deriva dalla personalità giuridica di un'entità secondo il diritto internazionale. Se si accoglie l'idea che tali argomenti siano stati implicitamente accolti dalla Corte di giustizia, ne dovrebbe derivare la conseguenza che un ente che possieda personalità giuridica di diritto internazionale debba altresì possedere capacità giuridica di diritto europeo: inclusa quella speciale capacità processuale di un ricorso diretto all'annullamento di atti dell'Unione europea.

La Corte di giustizia non ha rinviato la causa al Tribunale, ritenendo di potersi pronunciare in via definitiva sulla controversia. Sulla base della analisi relativa alle tecniche interpretative da utilizzare al fine di identificare l'ambito di applicazione territoriale dell'accordo, essa ha agevolmente concluso nel senso della inammissibilità del ricorso presentato dal *Fronte Polisario*, e ha posto a suo carico il pagamento delle spese processuali⁴².

3. Il rilievo della sentenza *Fronte Polisario* per la ricostruzione del contenuto della responsabilità per gravi violazioni del principio di autodeterminazione dei popoli

Nonostante il suo tono dimesso, *Fronte Polisario* sarà probabilmente ricordato come uno sviluppo significativo nella ricostruzione del sistema delle conseguenze giuridiche di una violazione grave del principio di autodeterminazione dei popoli, e, più in generale, di una grave violazione di un interesse fondamentale per la comunità internazionale

⁴¹ Corte di giustizia, conclusioni dell'Avvocato generale Wathelet presentate il 13 settembre 2016 nella causa 104/16 P, *Consiglio dell'Unione europea c. Fronte Polisario*, ECLI:EU:C:2016:677, par. 138-146.

⁴² Corte di giustizia (GS), causa 104/16 P, *Consiglio dell'Unione europea c. Fronte Polisario*, 21 dicembre 2016, ECLI:EU:C:2016:973, par. 128-134 e 137.

nel suo insieme. Sebbene l'argomentazione della Corte sia apparentemente limitata all'interpretazione dell'ambito territoriale dell'accordo di liberalizzazione con il Marocco, le sue implicazioni hanno carattere più generale e potrebbero contribuire allo sviluppo della dottrina del diritto cogente, una delle dottrine più controverse nel diritto internazionale, peraltro neanche espressamente menzionata nella sentenza.

La spiegazione di questo apparente paradosso richiede di una discussione tecnica di nozioni controverse di diritto internazionale ed europeo. Per motivi di sinteticità, la discussione sarà articolata secondo lo schema seguente: nella prima sezione, l'attenzione sarà rivolta alla particolare tecnica di interpretazione adottata dalla Corte di giustizia, ossia l'interpretazione contestuale. In questa sezione, si dimostrerà che il ragionamento della Corte, che ha accordato priorità all'interpretazione contestuale rispetto ad altri mezzi di interpretazione concorrenti, rivela come l'interpretazione è stata utilizzata come una *conflict-avoidance technique*, tale, cioè, da rendere apparente un conflitto tra l'accordo di liberalizzazione e il principio di autodeterminazione. La seconda sezione esplora il contesto normativo in cui è stato interpretato l'accordo di liberalizzazione e, in particolare, il contenuto e lo *status* del principio di autodeterminazione nonché le conseguenze normative della sua violazione. La terza sezione valuta l'effetto della decisione interpretativa adottata dalla Corte di giustizia, confrontandola con l'effetto di una possibile decisione di nullità dell'accordo di liberalizzazione. Questa analisi è tesa a dimostrare come la sentenza *Fronte Polisario* possa, e le sue implicazioni di teoria e politica del diritto, possano contribuire in modo tacito ma decisivo alla formazione di un nuovo ruolo del diritto cogente nel sistema giuridico internazionale, più coerente con i valori e principi ispiratori dell'azione dell'Unione sulla scena internazionale, ai sensi dell'art. 21 TUE.

4. Un conflitto fra metodi di interpretazione: interpretazione contestuale e prassi successiva

La prima questione che conviene esaminare è data dalla scelta della Corte di dare priorità alla tecnica della interpretazione contestuale rispetto a quella che si impernia sul rilievo della prassi successiva⁴³.

⁴³ *Ibidem*, par. 86.

Come si è visto, l'argomento principale seguito dalla Corte a tal fine è dato dalla assunzione che la condotta delle parti, in particolare delle Istituzioni dell'Unione, costituisca una condotta, insuscettibile di stabilire un accordo sulla interpretazione, come richiesto dall'articolo 31, paragrafo 3, lettera b), della Convenzione di Vienna. Emerge dal ragionamento della Corte di giustizia che la Corte ha concepito la necessità di un accordo sulla interpretazione come un elemento distintivo, la cui presenza sarebbe necessaria per influenzare l'interpretazione del trattato⁴⁴. È interessante notare come la Corte di giustizia abbia escluso l'esistenza di un tale "accordo" sulla base di un argomento meramente logico: il consenso da parte dell'Unione alla interpretazione voluta dal Marocco sarebbe stato incompatibile con il principio di autodeterminazione e con il principio dell'effetto limitato dei trattati. Ha osservato la Corte come l'Unione, nel porre in essere la condotta in questione, avrebbe ripetutamente, e contraddittoriamente, dichiarato di voler osservare tali due principi⁴⁵.

Per quanto possa essere suggestiva, questa spiegazione non è convincente. Come evidenziato dai lavori della Commissione del diritto internazionale sul ruolo della prassi successiva nell'interpretazione dei trattati, l'esistenza di un "accordo tra le parti" non costituisce un requisito aggiuntivo, la cui esistenza deve essere distintamente dimostrata. Essa è, piuttosto, implicita nella prassi successiva che, se posta in essere in maniera costante e ripetuta nel tempo, riflette l'esistenza di una intesa delle parti sull'interpretazione da dare al trattato⁴⁶. Se così non fosse, d'altronde, non avrebbe avuto senso disciplinare il ruolo degli accordi e quello della prassi successiva in due distinte disposizioni della Convenzione di Vienna, vale a dire nell'art. 31, par. 3, lett. a), dedicato al rilievo degli accordi successivi, e nell'art. 31, par. 3, lett. b), dedicato al rilievo della prassi successiva, nell'interpretazione dei trattati.

Di conseguenza, nel rilevare l'errore compiuto dal Tribunale allorché esso aveva dato rilievo esclusivo ad uno dei metodi di interpretazione, vale a dire la prassi successiva, a scapito di un altro, vale a dire il contesto normativo, la Corte sarebbe caduta nel medesimo errore metodologico, sia pure nella direzione inversa. Essa avrebbe dato esclusivo

⁴⁴ *Ibidem*, par. 122-124.

⁴⁵ *Ibidem*, par. 123.

⁴⁶ Si veda Commissione del diritto internazionale, *Secondo rapporto sugli accordi successivi e sulla prassi successiva in relazione all'interpretazione dei trattati*, presentato dal relatore speciale G. NOLTE il 26 marzo 2014, A/CN.4/671, par. 42 e ss.

rilievo ad uno dei mezzi di interpretazione di cui all'art. 31 della Convenzione di Vienna, vale a dire il contesto fattuale, a scapito di un altro, il contesto normativo. Essa avrebbe quindi prestato attenzione esclusiva al contesto normativo, imponendo così un'interpretazione conforme al principio dell'autodeterminazione, lasciando da parte il contesto fattuale, che avrebbe piuttosto indotto a ritenere che le parti volessero interpretare l'accordo nella sua dimensione "vivente" nella prassi, vale a dire applicandolo ai prodotti originari del territorio del Sahara occidentale.

Entrambe tali conclusioni – quella del Tribunale e quella della Corte di giustizia – sembrano fondate sull'erronea premessa che, in caso di divergenza tra contesto fattuale e contesto normativo, questo conflitto possa essere risolto dando priorità a uno di questi mezzi di interpretazione rispetto all'altro⁴⁷. Al di là delle suggestioni teoriche sollevate dalla tensione tra fatto e diritto, fra realtà storica e realtà giuridica, bisogna riconoscere francamente che, alla luce del diritto positivo, il conflitto fra metodi diversi di interpretazione dei trattati, appare irrisolvibile. L'opinione prevalente sul piano dottrinario e nella prassi giudiziaria internazionale tende ad escludere l'esistenza di regole volte a risolvere conflitti attuali o potenziali tra i vari mezzi e tecniche di interpretazione. È piuttosto dalla loro interazione che dovrebbe alla fine emergere il risultato del processo interpretativo⁴⁸.

Contrariamente a quanto sottolineato dalla Corte di giustizia nel par. 124, la priorità di un metodo sull'altro non può essere ricondotta al principio di buona fede nell'interpretazione del trattato. Tale principio non contiene alcuna regola di soluzione dei conflitti. Al contrario, essa ben

⁴⁷ L'erroneità di tale premessa emerge con ancor più chiarezza se si considera che la Convenzione di Vienna non privilegia alcuna delle antitetiche concezioni filosofiche che sono alla base dei due metodi, ossia il riferimento alla volontà delle parti da un lato, il riferimento a elementi obiettivi, dall'altro. Ambedue sono confluite nel crogiolo della Convenzione, ed ambedue contribuiscono all'elaborazione dei complessivi *standard* per l'interpretazione delle disposizioni dei trattati. Sul piano dell'Unione europea, nella soluzione accolta dalla Corte di giustizia traspare, in primo luogo, la tendenza a ridurre la presa delle istituzioni politiche sull'interpretazione dei trattati e, in secondo luogo, la tendenza a riservare un ampio margine per le valutazioni degli organi giurisdizionali.

⁴⁸ Sul punto si vedano M. VILLIGER, *The rules on interpretation: misgivings, misunderstandings, miscarriage? The 'crucible' intended by the International Law Commission*, in E. CANNIZZARO (a cura di), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 485; R. GARDINER, *Treaty Interpretation*, New York, Oxford University Press, 2015, p. 485; A. ORAKHELASHVILI, *The interpretation of acts and rules in public international law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 285 e ss.

potrebbe essere invocata, con pari legittimità, a favore dell'uno o dell'altro dei due metodi in conflitto. Né la soluzione scelta dalla Corte potrebbe essere fondata in modo più persuasivo sul principio dell'effetto relativo dei trattati, menzionato nel par. 123 della sentenza. Dal momento che la Corte di giustizia è stata chiamata ad interpretare la nozione di "territorio del Marocco", il principio dell'effetto relativo dei trattati non aiuta molto a determinare se il "territorio del Marocco" si estenda anche al territorio sahariano.

Occorre quindi assumere, agnosticamente, che le distinte prospettive interpretative adottate rispettivamente dal Tribunale e dalla Corte sono dotate di pari legittimità, sì da dover concludere che la soluzione adottata dalla Corte si imponga esclusivamente in relazione alla superiore autorità gerarchica del giudice che l'ha adottata?

Vi è, secondo l'opinione di chi scrive, un argomento che emerge solo implicitamente dalla sentenza della Corte di giustizia e che, opportunamente sviluppato, potrebbe prestare rilevante supporto alla conclusione adottata da tale sentenza, sia da un punto di vista tecnico giuridico che in una prospettiva di teoria generale.

Come detto sopra, la Corte ha insistito su due caratteri del principio di autodeterminazione, vale a dire il suo valore cogente e la struttura *erga omnes* degli obblighi che esso produce. Ne consegue che, all'interno del contesto normativo da considerare a fini interpretativi, vi era una norma avente valore giuridico più elevato rispetto all'accordo da interpretare e la cui violazione avrebbe comportato la sua invalidità. Il più alto valore giuridico del principio di autodeterminazione presta una ottima ragione per dare priorità alla tecnica dell'interpretazione contestuale rispetto alla tecnica concorrente della prassi successiva. È verosimile ritenere che, se la portata territoriale dell'accordo di liberalizzazione fosse stata interpretata sulla base della prassi successiva delle parti nella sua attuazione, la conseguenza sarebbe stata l'invalidità dell'accordo per contrasto con una regola avente struttura *erga omnes* e natura cogente, ai sensi del diritto internazionale. Si può quindi ritenere che la scelta della Corte di giustizia, di interpretare la disposizione che stabilisce l'ambito territoriale dell'accordo di liberalizzazione secondo il criterio dell'interpretazione contestuale, sia stata fondata sulla considerazione che una diversa interpretazione, secondo il criterio della prassi successiva, avrebbe condotto inesorabilmente alla dichiarazione

di invalidità dell'accordo⁴⁹.

Or bene, questo è proprio l'effetto tipico del principio di interpretazione conforme: una regola superiore permea l'interpretazione delle regole inferiori in modo da impedire l'insorgere di un conflitto e da ristabilire armonia e coerenza tra due regole apparentemente divergenti⁵⁰. In altri termini, il principio dell'interpretazione conforme costituisce un caso particolare di applicazione del criterio della interpretazione contestuale, da utilizzare obbligatoriamente se il ricorso a un diverso mezzo di interpretazione potesse comportare un conflitto tra l'accordo da interpretare e una norma cogente del diritto internazionale⁵¹.

⁴⁹ L'esistenza di questa connessione è stata indirettamente avvalorata dall'Avvocato generale Wathelet nelle conclusioni dal lui presentate innanzi alla Corte di giustizia, il 10 gennaio 2018, causa C-266/16, *Western Sahara Campaign UK*, ECLI:EU:C:2018:1. Il caso riguardava un rinvio pregiudiziale promosso dall'Alta corte di giustizia di Inghilterra e Galles, in tema di interpretazione dell'ambito territoriale di applicazione, nonché sulla validità, dell'accordo di partenariato nel settore della pesca tra l'Unione e il Marocco. Questo caso, deciso con sentenza della Grande sezione il 27 febbraio 2018 (ECLI:EU:C:2018:118), presenta delle analogie con la vicenda conclusasi con la sentenza del dicembre 2016 che ha coinvolto il Fronte Polisario. Eppure, le conclusioni presentate dall'Avvocato generale in questo caso differiscono da quelle presentate, dallo stesso Avvocato generale Wathelet, nel caso *Consiglio dell'Unione c. Fronte Polisario*, qui illustrato. Mentre nel caso *Consiglio dell'Unione c. Fronte Polisario* l'Avvocato generale ha sostenuto, come si è visto, l'esclusione del Sahara occidentale dall'ambito di applicazione dell'accordo ai sensi dell'art. 94 di esso, nel caso *Western Sahara Campaign UK* egli giunge ad una diversa conclusione. La sua analisi si dedicava invero, ai paragrafi 146 e ss., all'accertamento della compatibilità dell'accordo con il diritto internazionale. Wathelet concludeva, in particolare, che l'accordo violasse il principio di auto-determinazione dei popoli giacché esso non costituiva un libero tentativo di sviluppo economico del territorio, né una libera disposizione delle sue risorse naturali. Neppure, tale accordo soddisfaceva l'obbligazione, di cui all'art. 41 dell'Articolato sulla responsabilità degli Stati, di non riconoscere come lecita una situazione prodottasi in conseguenza della violazione del diritto all'auto-determinazione di un popolo e di non contribuire alla perduranza della stessa situazione. Avendo peraltro constatato che l'accordo non avrebbe potuto trovare giustificazione negli obblighi del Marocco nella sua qualità di potenza occupante, l'Avvocato generale proponeva alla Corte di giustizia di dichiarare l'invalidità degli atti europei relativi all'accordo con il Marocco.

⁵⁰ Probabilmente, nell'ordinamento dell'Unione, la dottrina dell'interpretazione conforme trova una base giuridica negli articoli 3, par. 5, e 21, par. 2, del Trattato sull'Unione europea. Includendo tra gli obiettivi principali dell'Unione l'osservanza e lo sviluppo del diritto internazionale, tali disposizioni senz'altro esprimono la vocazione *volkerrechtsfreundlich* dell'intero ordinamento dell'Unione.

⁵¹ Sebbene non menzionata dalla Convenzione di Vienna, la tecnica dell'interpretazione conforme è stata più volte utilizzata, in ambito internazionale, per rendere il contenuto di norme internazionali ordinarie conformi al diritto cogente. Alcuni esempi interessanti sono dati dalla pronuncia della Corte internazionale di giustizia nel caso delle *Piattaforme petroli-*

5. Il conflitto tra l'accordo di liberalizzazione e il principio di autodeterminazione

La priorità data all'interpretazione contestuale sembra quindi trovare razionale giustificazione sulla necessità di prevenire un conflitto tra l'accordo di liberalizzazione e una regola cogente data dal principio di autodeterminazione. Ma vi era realmente un tale conflitto? Ovvero, in termini più generali, si può parlare di un conflitto, in senso proprio, tra il principio di autodeterminazione e un accordo concluso fra la potenza che amministra de facto un territorio non autonomo e un Stato terzo, diretto a regolamentare sfruttamento delle risorse di tale territorio?

Nel menzionato parere del 2006, il servizio giuridico del Parlamento europeo ha escluso l'esistenza di tale conflitto ritenendo che la compatibilità con il principio di autodeterminazione di un accordo di pesca relativo alle acque prospicienti il territorio del Sahara occidentale dipendesse dalle modalità di attuazione delle autorità marocchine. Nel medesimo senso, sia il Consiglio che la Commissione hanno sostenuto dinanzi alla Corte di giustizia una distinzione tra la tolleranza *de facto* e il riconoscimento *de jure* dell'esercizio di poteri sovrani da parte del Marocco nel territorio sahariano⁵². Secondo la suggestiva formula

ferre (Iran c. Stati Uniti d'America) del 6 novembre 2003 (par. 40-43) e dalla opinione separata, annessa proprio a tale sentenza, del giudice Bruno Simma (par. 324 e ss.). La tecnica dell'interpretazione conforme potrebbe pure essere stata applicata dalla Corte di giustizia nella già menzionata sentenza del 25 febbraio 2010, *Brita*. In tale sentenza, la Corte utilizzava l'accordo di associazione tra l'Unione e l'OLP per identificare l'ambito territoriale dell'analogo accordo stipulato dall'Unione con Israele, nonostante esso non fosse un accordo applicabile ai rapporti tra le parti ai sensi dell'art. 31, paragrafo 3, lettera c), della Convenzione di Vienna. È peraltro difficile capire perché Israele avrebbe dovuto accettare che il suo accordo internazionale con l'Unione venisse interpretato conformemente a un altro accordo, del quale però Israele non fosse parte. Tali problematiche si potrebbero evitare guardando ai due accordi come a parti di una relazione normativa ternaria, nella quale il principio di auto-determinazione fosse il terzo, invisibile, componente.

⁵² Si veda, nuovamente, Servizio giuridico del Parlamento europeo, Parere SJ-0085/06, D(2006)7352 del febbraio 2006. Vi è poi un ulteriore documento rilevante, datato 13 giugno 2009, il quale seguiva la proclamazione di zona economica esclusiva sulle acque al largo della costa ovest del Sahara da parte del Fronte Polisario. In tale atto il Servizio giuridico chiariva come la proclamazione non sortisse effetti giuridici sull'esecuzione dell'accordo con l'Unione. Il Servizio ribadiva inoltre come alle autorità marocchine spettasse senz'altro eseguire l'accordo in conformità con il diritto internazionale. Dunque, il Servizio specificava come, laddove non fosse stato dimostrato nell'attuazione dell'accordo il rispetto dei diritti

dell'Avvocato generale Wathelet, questi punti di vista divergenti erano stati risolti secondo il tacito accordo di accettare il disaccordo⁵³: l'accordo sarebbe stato attuato con le modalità scelte dal Marocco, ma precludendo a tale Stato di utilizzare l'acquiescenza di fatto prestata dall'Unione al fine di rafforzare la sua richiesta di sovranità sul Sahara occidentale⁵⁴.

Al di là della sua ipocrisia, questa formula difficilmente può assolvere l'UE dal mancato rispetto degli obblighi che derivano dal principio di autodeterminazione e, in particolare, dall'obbligo di non acconsentire allo sfruttamento delle risorse di un territorio non autonomo, se non per conto, per il beneficio e secondo i desideri della sua gente, secondo la condizione tripartita stabilita dal Consigliere giuridico delle Nazioni unite, nel menzionato parere del 2002⁵⁵.

Facendo riferimento alla prima di queste condizioni, e seguendo il suggerimento dell'Avvocato generale, la Corte di giustizia ha infatti ritenuto che l'interpretazione della portata territoriale dell'accordo tale da includervi il territorio del Sahara occidentale sarebbe in contrasto con l'obbligo, incombente su tutti i soggetti del diritto internazionale,

garantiti dall'ordinamento internazionale alla popolazione del Sahara occidentale, diritti che l'Unione era tenuta a rispettare, l'Unione non avrebbe potuto autorizzare le imbarcazioni a pescare nelle acque al largo della costa ovest del Sahara. Si tratta del parere relativo all'accordo di associazione tra l'Unione e il Marocco rilasciato dal Servizio giuridico del Parlamento europeo il 14 luglio 2009, SJ 0269/09, D(2009)37828.

⁵³ Corte di giustizia, conclusioni dell'Avvocato generale Wathelet presentate il 13 settembre 2016 nella causa 104/16 P, *Consiglio dell'Unione europea c. Fronte Polisario*, ECLI:EU:C:2016:677, par. 64 e ss.

⁵⁴ *Ibidem*, par. 67.

⁵⁵ Parere dell'Under-Secretary-General for Legal Affairs, the Legal Counsel, del 12 febbraio 2002 indirizzato al Presidente del Consiglio di sicurezza, S/2002/161, in www.arsso.org, par. 24-25: «where resource exploitation activities are concluded in non-self-governing territories for the benefit of the peoples of these territories, on their behalf, or in consultation with their representatives, they are considered compatible with the Charter obligations of the administering Power, and in conformity with the General Assembly Resolutions and the principle of 'permanent sovereignty over natural resources' enshrined there».

di riconoscere lo «status separato e distinto» dei territori non autonomi⁵⁶. Si tratta di una logica conseguenza del principio di autodeterminazione⁵⁷. Includere un territorio non autonomo nell'ambito di un accordo relativo al territorio del Marocco non è certamente il modo migliore per conformarsi a tale principio⁵⁸.

L'esistenza di questo obbligo vale a chiarire perché il principio di autodeterminazione possa essere violato dalla semplice conclusione di un accordo sullo sfruttamento delle risorse di un territorio non autonomo e non solo da condotte materiali poste in attuazione di esso.

⁵⁶ Corte di giustizia (GS), causa 104/16 P, *Consiglio dell'Unione europea c. Fronte Polisario*, 21 dicembre 2016, ECLI:EU:C:2016:973, par. 92. La separatezza e il carattere distinto dello status di territorio non autonomo può ritenersi la premessa dell'obbligazione di non riconoscere come lecita una situazione provocata dalla violazione di una norma cogente: in tal senso, si veda Corte internazionale di giustizia, parere sulle *Conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nei territori palestinesi occupati*, 9 luglio 2004, par. 159.

⁵⁷ Sebbene contestata da taluni autori (come E. KASSOTI, *The Council v. Front Polisario Case: The Court of Justice's selective reliance on international rules on treaty interpretation (Second Part)*, in *European Papers*, 2017, pp. 23-42), l'idea che il principio di auto-determinazione implichi uno status distinto e separato sembra conciliare due esigenze, apparentemente antitetiche: garantire, *ad interim*, la prosecuzione della vita economica e sociale dei territori non autonomi; non affievolire la pretesa all'auto-determinazione rendendo stabile l'amministrazione straniera, la quale deve al contrario restare sempre provvisoria.

⁵⁸ La Corte non approfondiva le altre due condizioni, relative agli interessi ed ai desideri della popolazione. Dalle conclusioni dell'Avvocato generale Wathelet, (Corte di giustizia, conclusioni dell'Avvocato generale Wathelet presentate il 13 settembre 2016 nella causa 104/16 P, *Consiglio dell'Unione europea c. Fronte Polisario*, ECLI:EU:C:2016:677) ai par. 293-299, emerge peraltro che nel caso specifico nessuna delle due fosse stata rispettata. Probabilmente, la necessità imposta dal diritto internazionale che le tre condizioni siano tutte rispettate avrebbe reso irrilevante il rispetto di una sola delle tre. L'esistenza di un obbligo di supervisionare l'attuazione di accordi potenzialmente lesivi di diritti umani è stata peraltro sostenuta dal Mediatore europeo nelle indagini congiunte sui reclami 506-509-674-784-927-1381/2016/MHZ, del 18 gennaio 2017, relative alle ripercussioni dell'accordo tra Unione e Turchia del 18 marzo 2016. Il Mediatore appurava che, purtroppo (*"regrettably"*), non era stata effettuata alcuna valutazione dell'impatto dell'accordo tra Unione e Turchia sui diritti umani. Egli dunque invitava la Commissione ad includere, nelle future relazioni sull'attuazione dell'accordo, una sezione dedicata interamente ai rischi per i diritti umani ed alle misure volte a ridurre tali rischi (sul sito www.ombudsman.europa.eu) In precedenza, ossia nella decisione del 26 febbraio 2016 sul caso 1409/2014/MHZ concernente l'accordo di libero scambio tra l'Unione e il Vietnam, il Mediatore aveva constatato come la Commissione non avesse fornito motivi validi a sostegno del rifiuto di effettuare, mentre i negoziati propedeutici all'accordo erano ancora in corso, una valutazione preliminare circa l'impatto che l'attuazione del detto accordo avrebbe avuto sui diritti umani della popolazione vietnamita. Il Mediatore qualificava tale comportamento della Commissione come «maladministration» (consultabile sul sito www.ombudsman.europa.eu).

L'identificazione del principio di autodeterminazione come fondamento giuridico di un tale obbligo implica che la validità di un accordo confliggente con esso debba essere valutata rispetto alla regola primaria derivante dal principio di autodeterminazione; e non, o non solo, rispetto alle regole secondarie che stabiliscono le conseguenze legali della sua violazione⁵⁹. Questa deduzione non è irrilevante, poiché le conseguenze secondarie di una violazione di diritto cogente, sancite dall'articolo 41 degli Articoli sulla responsabilità dello Stato, non hanno necessariamente carattere perentorio.

6. Gli effetti della decisione

L'effetto della decisione interpretativa emanata dalla Corte di giustizia presenta sorprendenti analogie con una dichiarazione di invalidità. In particolare, secondo l'interpretazione dell'accordo fornito dalla Corte, le istituzioni dell'UE e gli Stati membri non potranno più accettare certificati di origine emessi dalle autorità marocchine relativi ai prodotti originari del territorio del Sahara occidentale⁶⁰. Una ulteriore analogia è data dalla circostanza che la decisione interpretativa ha effetto retroattivo, dal momento della conclusione dell'accordo.

Per altri aspetti, tuttavia, la decisione interpretativa adottata dalla Corte produce effetti ben diversi rispetto ad una eventuale decisione di invalidità. Una dichiarazione di invalidità della decisione che ha concluso l'accordo di liberalizzazione, pronunciata in ragione dell'accertamento dell'esistenza di un conflitto fra l'accordo e il diritto cogente, sarebbe invalidata nella sua interezza, ai sensi dell'articolo 44, par. 5, della Convenzione di Vienna. Al contrario, l'utilizzazione della tecnica di interpretazione conforme non ha prodotto alcuna invalidità, ma si è

⁵⁹ Corte di giustizia, sentenza del 21 dicembre 2016, (GS), causa 104/16 P, *Consiglio dell'Unione europea c. Fronte Polisario*, ECLI:EU:C:2016:973, par. 92.

⁶⁰ Nell'impianto argomentativo della pronuncia, la tolleranza *de facto* ed il riconoscimento *de jure* rappresentavano due lati della stessa medaglia. Costituissero invero due modalità, l'una passiva e l'altra attiva, mediante le quali compiere una violazione del principio di auto-determinazione. La protratta tolleranza, da parte dell'Unione, dell'emissione di certificazioni dell'origine marocchina di prodotti provenienti dal Sahara occidentale costituiva senz'altro un illecito, il quale peraltro consentiva al Fronte Polisario, in qualità di rappresentante della popolazione residente nel Sahara dell'ovest, di esigere dall'Unione ex art. 340 TFUE il risarcimento dei danni da essa provocati.

limitata ad imporre alle Istituzioni europee l'obbligo di applicarlo secondo l'interpretazione datane dalla Corte. Ne consegue che l'accordo di liberalizzazione è, nella prospettiva dell'Unione, ancora valido e governa i rapporti fra l'Unione europea e il Marocco.

Ovviamente, l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia non è, ai sensi del diritto internazionale, vincolante per il Marocco. La sentenza *Fronte Polisario* non costituisce, infatti, una decisione resa nell'ambito di un procedimento di soluzione di una controversia internazionale. Essa è stata infatti adottata da un giudice qualificabile come giudice interno di una delle parti dell'accordo. La sentenza non definisce, quindi, una controversia fra l'Unione europea e il Marocco, ma, piuttosto, produce una divergenza di vedute che sfocia in una vera e propria controversia di carattere interpretativo.

Come è noto, le parti hanno già avviato negoziati al fine di risolvere tale divergenza⁶¹. A causa dei vincoli costituzionali imposti alle Istituzioni da tale decisione, tuttavia, i negoziati non possono prevedere un ritorno alla situazione di fatto esistente prima della decisione⁶².

⁶¹ La pronuncia della Corte di giustizia ha valore di *res judicata* solo con riguardo all'accordo di liberalizzazione, per ciò che riguarda l'accertamento dell'esclusione del territorio del Sahara occidentale dal suo ambito territoriale di applicazione. Tuttavia, i principi giuridici sui quali tale accertamento è fondato hanno un'ampia portata e si applicherebbero, invero, a tutti gli accordi conclusi tra l'Unione e il Marocco. Dunque la decisione del dicembre 2016 delinea anche il quadro giuridico di riferimento in base al quale risolvere le eventuali future questioni in tema di legittimità dello sfruttamento delle risorse di territori non autonomi. È interessante che l'Avvocato generale, nelle sue conclusioni nel caso *Western Sahara Campaign UK* (conclusioni dell'Avvocato generale Wathelet presentate il 10 gennaio 2018, caso C-266/16, *Western Sahara Campaign UK*, ECLI:EU:C:2018:1), menzionasse una possibile soluzione alternativa, suggerita dal Consiglio dell'Unione e dalla Commissione. In particolare, la soluzione «al fine di rendere l'applicazione dell'accordo di associazione al Sahara occidentale conforme alla sentenza del 21 dicembre 2016 [...] sarebbe quella di estendere il suo ambito di applicazione mediante un accordo sotto forma di scambio di corrispondenza tra l'Unione e il Regno del Marocco per includere espressamente il Sahara occidentale» (par. 144). La Corte non ha peraltro accolto tale argomento, il quale avrebbe totalmente stravolto il principio stabilito in *Consiglio dell'Unione c. Fronte Polisario* del dicembre 2016. V. la menzionata sentenza del 27 febbraio 2018, causa C-266/16, *Western Sahara Campaign UK*.

⁶² Si veda la *Déclaration conjointe par Federica Mogherini et le Ministre des Affaires étrangères et de la coopération du royaume du Maroc Salahddine Mezouar* del 21 dicembre 2016, la quale rivela senz'altro l'imbarazzo dell'Unione. Nella dichiarazione, disponibile alla pagina www.eeas.europa.eu, ambedue le parti dichiarano di aver preso atto della sentenza della Corte e s'impegnano ad esaminare con attenzione ogni sua implicazione, lavorando di concerto per la sua piena applicazione. Gli incontri successivi tra le due delegazioni sono stati

7. Osservazioni conclusive

Sarebbe difficile qualificare la decisione *Fronte Polisario* come prevedibile. La premessa concettuale sulla quale si fonda – l’idea che un accordo attraverso il quale uno Stato terzo tragga benefici da una precedente violazione del diritto cogente commessa da una altra parte, confligga, a propria volta, con il diritto cogente e risulti, quindi, invalido – non è certamente condivisa dalla prevalente dottrina internazionalistica. Al contrario, finché si rimane nell’ambito della tradizionale, aristotelica, concezione di “conflitto” come una collisione diretta fra obblighi che non possano essere simultaneamente osservati⁶³, è assai difficile ritenere che l’accordo di liberalizzazione, possa venir considerato in conflitto diretto con il principio dell’autodeterminazione⁶⁴.

Difatti, proprio sulla base di tale concezione aristotelica di conflitto, la Corte internazionale di giustizia ha rigettato, nella sentenza sulle *immunità giurisdizionali* del 2012, l’idea che le norme in materia di immunità degli Stati entrino in conflitto con le norme cogenti che vietano

assai difficili per l’Unione. Si veda la dichiarazione riportata da Regno del Marocco, Ministero per la cultura e la comunicazione, Dipartimento della comunicazione, *EU will take appropriate measures to secure agricultural agreement, preserve partnership with Morocco, Joint Statement*, 8 febbraio 2017, disponibile alla pagina www.sahara.gov.ma.

⁶³ Questa nozione ristretta di conflitto è supportata dalla dottrina maggioritaria. Tra i contributi più recenti si segnalano: J. VIDMAR, *Rethinking jus cogens after Germany v. Italy: Back to Article 53?*, in *Netherlands International Law Review*, 2013, pp. 1-25; T. KLEINLEIN, *Jus cogens as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 2015, pp. 173-210. Una interessante riflessione sull’utilizzo delle tecniche ermeneutiche come strumento per risolvere conflitti è approntata, a pag. 69, da D. COSTELLOE, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017. Secondo la ricostruzione di Costelloe, i conflitti indiretti tra trattati e *ius cogens* potrebbero essere risolti utilizzando congiuntamente i «canoni interpretativi comunemente accettati». Su tale base, l’Autore conclude per una interpretazione ristretta della nozione di conflitto. Tuttavia, allorché l’applicazione congiunta dei canoni interpretativi comunemente accettati portasse ad una soluzione illogica, e vi fosse la necessità di prevenire un conflitto con lo *ius cogens*, si potrebbe concedere priorità ad uno di questi canoni, lo *ius-cogens-konforme Auslegung*, rispetto a tutti gli altri. A favore di un’ampia nozione di conflitto, si veda P.M. DUPUY, *Le jus cogens, les mots et les choses. Où en est le droit impératif devant la CIJ près d’un demi-siècle après sa proclamation?*, in E. CANNIZZARO (a cura di), *The Present and Future of Jus Cogens*, Roma, Sapienza Università Editrice, 2015, disponibile in www.editricesapienza.it, pp. 99-132.

⁶⁴ Si veda E. VRANES, *The definition of ‘norm conflict’ in international law and legal theory*, in *European Journal of International Law*, 2006, pp. 395-418.

violazioni massicce dei diritti fondamentali individuali. È ovvio, infatti, che l'applicazione delle regole sulla immunità a favore di uno Stato accusato di aver commesso violazioni massicce dei diritti dell'uomo non costituisca, a propria volta, una violazione di tali regole⁶⁵. Se la stessa logica fosse stata applicata al caso deciso dalla sentenza *Fronte Polisario*, la Corte di giustizia sarebbe pervenuta inevitabilmente alla conclusione che la stipulazione da parte dell'Unione europea di accordi con il Marocco, aventi ad oggetto beni e risorse naturali originari del Sahara occidentale, non equivale ad una occupazione di tale territorio da parte dell'Unione europea, né ad un diniego del diritto del popolo sahariano all'autodeterminazione.

È quindi sulla base di una diversa concezione di conflitto che la Corte di giustizia, in *Fronte Polisario*, ha concluso che il principio di autodeterminazione pone obblighi non solo in capo allo Stato che controlla illegalmente un territorio non autonomo, ma altresì a tutti gli attori della comunità internazionale, imponendo loro l'obbligo di preservare il carattere distintivo dello *status* territoriale di quel territorio⁶⁶.

Questa innovativa dottrina ha implicazioni di vasta portata, sia sul piano del diritto internazionale che su quello del diritto costituzionale europeo.

Dal punto di vista del diritto internazionale, *Fronte Polisario* sviluppa ulteriormente l'idea che l'ambito di applicazione delle norme di diritto cogente non sia limitato alle condotte che ledano direttamente gli

⁶⁵ Corte internazionale di giustizia, sentenza del 3 febbraio 2012, *Immunità giurisdizionali degli Stati* (Germania c. Italia), par. 93. Argomenti analoghi sono alla base della pronuncia della Corte europea dei diritti umani nel caso *Al-Adsani v. The United Kingdom*, no. 35763/97, del 21 novembre 2001. Per notazioni più generali, si rinvia a E. CANNIZZARO, *A Higher Law for Treaties*, in E. CANNIZZARO, (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 425-442.

⁶⁶ Pure ammettendo che i territori non autonomi non abbiano uno *status* territoriale distinto, si potrebbe comunque sostenere che il principio di auto-determinazione sia violato dai trattati, stipulati tra la potenza occupante e gli Stati terzi, che dispongano delle risorse naturali di tali territori. Non sembra infatti irragionevole ammettere che il principio di auto-determinazione ponga non solo *obblighi erga omnes* ma anche *diritti erga omnes*. In particolare, l'entità non auto-determinata avrebbe il diritto di determinare liberamente le modalità d'uso delle risorse naturali appartenenti al proprio territorio. Tale diritto sarebbe senz'altro violato da un trattato in tema di sfruttamento delle risorse stipulato da uno Stato terzo con la potenza occupante, indipendentemente dal fatto che il trattato riservi una certa quota delle entrate a beneficio della popolazione di quel territorio.

interessi da esse protetti⁶⁷, ma, in virtù del rilievo di tali interessi, si estenda a qualsiasi norma giuridica, di carattere convenzionale ovvero consuetudinario, che ne pregiudichi l'effettività.

Dal punto di vista del diritto costituzionale, la decisione ha l'effetto non trascurabile di porre il diritto cogente in prima linea nell'ambito delle regole che disciplinano la condotta del potere estero dell'Unione. Essa ci rammenta che, quando siano in gioco interessi fondamentali della comunità internazionale, il principio ispiratore della condotta delle istituzioni politiche dell'Unione dovrà essere quello del rispetto del diritto internazionale e non già della ragion di Stato.

⁶⁷ Corte internazionale di giustizia, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgio c. Spagna)*, 5 febbraio 1970, par. 33.



Costituzionalismo.it

Fondatore e Direttore dal 2003 al 2014 Gianni **FERRARA**

Direzione

Direttore Gaetano **AZZARITI**

Vicedirettore Francesco **BILANCIA**

Giuditta **BRUNELLI**

Paolo **CARETTI**

Lorenza **CARLASSARE**

Elisabetta **CATELANI**

Pietro **CIARLO**

Claudio **DE FIORES**

Alfonso **DI GIOVINE**

Mario **DOGLIANI**

Marco **RUOTOLO**

Aldo **SANDULLI**

Dian **SCHEFOLD**

Massimo **VILLONE**

Mauro **VOLPI**

Comitato scientifico di Redazione

Alessandra **ALGOSTINO**, Gianluca

BASCHERINI, Marco **BETZU**,

Gaetano **BUCCI**, Roberto

CHERCHI, Giovanni **COINU**,

Andrea **DEFFENU**, Carlo

FERRAJOLI, Marco

GIAMPIERETTI, Antonio

IANNUZZI, Valeria **MARCENO'**,

Paola **MARSOCCI**, Ilenia **MASSA**

PINTO, Elisa **OLIVITO**, Laura

RONCHETTI, Ilenia

RUGGIU, Sara **SPUNTARELLI**,

Chiara **TRIPODINA**

Redazione

Elisa **OLIVITO**, Giuliano **SERGES**,

Caterina **AMOROSI**, Alessandra

CERRUTI, Andrea **VERNATA**

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)