

Stefano Battini

**IL «DIRITTO AMMINISTRATIVO
INTERNAZIONALE», OGGI: IL CASO
DELLA ASSISTENZA CONSOLARE E
DELLA PROTEZIONE DIPLOMATICA**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

STEFANO BATTINI

**IL «DIRITTO AMMINISTRATIVO INTERNAZIONALE»,
OGGI: IL CASO DELLA ASSISTENZA CONSOLARE
E DELLA PROTEZIONE DIPLOMATICA**

SOMMARIO: 1. Nozione e caratteri del diritto amministrativo internazionale: *jurisdiction vs nationality*. — 2. Assistenza consolare e protezione diplomatica: funzioni contigue, ma distinte. — 3. Disciplina europea dei «diritti amministrativi internazionali nazionali» (...). — 4. (...) e «diritto amministrativo internazionale europeo». — 5. L'impatto della globalizzazione sul diritto amministrativo internazionale e sulle funzioni consolari e diplomatiche.

1. *Nozione e caratteri del diritto amministrativo internazionale: jurisdiction vs nationality.*

In un articolo del 1913 dedicato alla protezione diplomatica dei cittadini all'estero, Edwin M. Borchard, affermava che «*the principles of territorial jurisdiction and personal sovereignty are mutually corrective forces: an excessive application of the territorial principle is limited by the custom which grants foreign states certain rights over their citizens abroad*» (1).

Gli istituti della assistenza consolare e della protezione diplomatica trovano in effetti origine nella antica dialettica, giustamente richiamata da Borchard, tra i principi di territorialità e di personalità del diritto. Una dialettica in cui, in particolare, la nozione territoriale di «*jurisdiction*», che ciascuno Stato esercita nei confronti dei soggetti che risiedono entro i propri confini, si con-

(1) E.M. BORCHARD, *Basic Elements of Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, 7 *Am. J. Int'l L.* 497, 1913, p. 515.

trappone al concetto personale di «nationality», che lega a ciascuno Stato i propri cittadini.

Per la verità, territorialità della *jurisdiction* e personalità della *nationality* non sono, di regola, forze mutuamente correttive. Esse almeno non lo sono fin quando lo Stato svolge le sue funzioni, ed esercita i suoi poteri, entro il proprio territorio e nei confronti dei propri cittadini. I due principi non collidono, e non richiedono quindi temperamento, fino al momento in cui a subire gli effetti delle decisioni dell'autorità pubblica sono gli stessi membri della comunità politica che esprime quell'autorità. I rapporti che intercorrono fra gli Stati e i rispettivi cittadini, che risiedono nei rispettivi territori, sono pacificamente regolati dal diritto amministrativo domestico di ciascuno Stato, applicabile in ragione tanto del criterio della territorialità, quanto di quello della personalità del diritto.

Ma territorialità della *jurisdiction* e personalità della *nationality* entrano in un rapporto di reciproca tensione quando il cittadino esce dal territorio del proprio Stato e si sottopone così alla *jurisdiction* di autorità pubbliche straniere. Quando il luogo di residenza di un soggetto si sposta nel territorio di uno Stato diverso da quello di cittadinanza, allora l'autorità che ciascuno dei due Stati può pretendere di esercitare nei confronti di tale soggetto incontra un limite nell'esigenza di rispettare la sovranità dell'altro Stato. L'autorità che può esercitare lo Stato di cittadinanza, in base al vincolo personale, trova un limite nel suo dovere di rispettare la *territorial jurisdiction* dello Stato di residenza. Corrispettivamente, l'autorità che può esercitare lo Stato di residenza, in virtù della competenza territoriale, trova un limite nel suo dovere di rispettare il legame politico di appartenenza dell'individuo ad altro Stato.

Nei rapporti con gli stranieri residenti nel proprio territorio, così come in quelli con i propri cittadini all'estero, la sovranità di ciascuno Stato incontra dunque un limite. Essa per così dire si attenua, in ragione della presenza di un elemento extrastatale e del potenziale conflitto con la sovranità di altri Stati.

È questo l'ambito di rapporti che la dottrina della prima metà del Novecento, e segnatamente quella italiana, identificava come l'oggetto principale del «*diritto amministrativo internazionale*».

A dispetto del nome, tale dottrina alludeva ad una componente del diritto amministrativo interno di ciascuno Stato, rela-

tiva però a fattispecie che presentano un elemento di collegamento con l'ordinamento di altri Stati. Secondo Umberto Borsari, cui si deve forse il più significativo contributo sul tema, il diritto amministrativo internazionale trova il suo «criterio ispiratore» nel «riconoscimento, da parte dello Stato da cui emana, della potestà di imperio di altri Stati». Esso quindi si fonda su un presupposto analogo a quello del diritto internazionale privato: «nell'emanare tali norme [di diritto amministrativo internazionale] lo Stato non può prescindere dal considerarsi membro della società internazionale e dall'aver presente il suo riconoscimento della personalità e della sovranità di altri Stati. Non può prescindere, come non ne prescinde quando, con altro scopo, legifera in materia di diritto privato internazionale» (2).

Proprio in quanto diritto interno, ma con inevitabili ripercussioni esterne, il diritto amministrativo internazionale, come il diritto internazionale privato, e in misura maggiore di altre componenti del diritto amministrativo domestico, risulta influenzato e conformato dal diritto internazionale vero e proprio, cioè quello che si chiama diritto internazionale pubblico, o diritto internazionale *tout court*.

2. Assistenza consolare e protezione diplomatica: funzioni contigue, ma distinte.

Nel definire il proprio diritto amministrativo internazionale, ciascuno Stato è pertanto in genere tenuto a rispettare accordi internazionali. Nel caso degli istituti del diritto amministrativo internazionale che ci occupano, cioè la protezione diplomatica e l'assistenza consolare dei cittadini all'estero, il diritto internazionale di riferimento è fondamentalmente rappresentato da due

(2) U. BORSARI, *Carattere ed oggetto del diritto amministrativo internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 1912, p. 384. In precedenza e nella medesima prospettiva, nella dottrina tedesca, v. K. NEUMEYER, *Internationales Verwaltungsrecht, Verlag für Recht und Gesellschaft*, Munich, Zurich, volume 1, 1910, volume 2, 1922, volume 3 I, 1936, volume 3 II, 1930, volume 4, 1936 (in francese, v. *Le droit administratif international*, in *Revue générale de droit international public*, 1911, pp. 492-499). Sul diritto amministrativo internazionale, e sui suoi rapporti con il diritto internazionale amministrativo, sia consentito il rinvio a S. BAUTINI, *Amministrazioni senza Stato*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 30 e ss. Una recente lettura della letteratura della prima metà del Novecento può trovarsi in P. COSSALTER, *Preface*, in S. CASSESE, *Avanti de l'Etat*, Bruylant, 2010. Sul contributo di Borsari, v. inoltre B.G. MATTARELLA, *Umberto Borsari e il diritto amministrativo internazionale*, in questa *Rivista*, 2005, pp. 933-947.

convenzioni internazionali: *Vienna Convention on Diplomatic Relations* (3) e *Vienna Convention on Consular Relations* (4).

I due istituti sono contigui, ma distinti. L'uno ha una connotazione prevalentemente amministrativa e domestica. L'altro assume una rilevanza politica e internazionale (5).

Se un soggetto che si trova all'estero perde il passaporto o i documenti di viaggio, o si trova improvvisamente sprovvisto di mezzi finanziari, o subisce un incidente, o è colpito da una malattia, o è coinvolto in un disastro naturale, o è vittima di un attentato terroristico, o, ancora, viene arrestato dalle autorità del paese straniero in cui si trova, può rivolgersi all'autorità consolare dello Stato di cui è cittadino. In tutti questi casi, l'autorità consolare provvederà a fornirgli il passaporto (6), ad anticipargli il denaro necessario per il rimpatrio, ad aiutarlo e assisterlo (7) nella situazione di «*distress*» in cui si trova, a fargli visita in carcere e ad organizzarne la rappresentanza legale dinanzi ai tribu-

nali o alle altre autorità dello Stato ospite (8). Alle autorità consolari gli Stati attribuiscono, dunque, funzioni amministrative, da esercitarsi in favore dei propri cittadini, ancorché in territorio straniero. Il diritto internazionale indica alcune di queste funzioni, ma non ne esaurisce l'elenco (9), perché ciò spetta al diritto interno, cioè al diritto amministrativo internazionale di ciascuno Stato. Il compito del diritto internazionale è infatti un altro, cioè quello di assicurare che l'esercizio di queste funzioni amministrative statali avvenga nel reciproco riconoscimento e rispetto della «*territorial jurisdiction*» del «*receiving State*» e del «*nationality bond*» che lega il cittadino al «*sending State*». A tal fine, la *Vienna Convention on Consular Relations*, da un lato, impone al «*receiving State*» l'obbligo di consentire e facilitare sul proprio territorio l'esercizio delle funzioni consolari da parte delle autorità del «*sending State*» (10); dall'altro lato, impone a quest'ultimo l'obbligo di rispettare le leggi e i regolamenti, e di non interferire negli affari interni, del «*receiving State*» (11). In tale contesto, quando esercita le funzioni consolari, lo Stato non agisce sul

(3) Done at Vienna on 18 April 1961. Entered into force on 24 April 1964. United Nations, *Treaty Series*, vol. 500, p. 95.

(4) Done at Vienna on 24 April 1963. Entered into force on 19 March 1967. United Nations, *Treaty Series*, vol. 596, p. 261

(5) Sulla distinzione fra assistenza consolare e protezione diplomatica, si veda in particolare A. KÜNZLI, *Exercising Diplomatic Protection. The Fine Line Between Litigation, Demarches and Consular Assistance*, in *ZaöRV* 66 (2006), 321-350. L'A. sottolinea soprattutto tre differenze. La prima differenza riguarda i maggiori limiti che il diritto internazionale pone all'esercizio delle funzioni di assistenza consolare rispetto a quelle di protezione diplomatica: «*as a result of the obligation not to interfere in the domestic affairs of the receiving state as provided for in art. 55 of the VCCR, this cannot be interpreted to imply that the consul actually has the power to intervene in a judicial process to prevent a denial of justice. [...] Consuls have a particular role in assisting nationals in distress with regard to, for example, finding lawyers, visiting prisons and contacting local authorities, but they are unable to intervene in the judicial process or internal affairs of the receiving state or give legal advice or investigate a crime*». La seconda differenza attiene al livello di rappresentanza: «*The Ambassador primarily represents the state and not its single individuals. Similarly, when Ministers of Foreign Affairs or even the Head of State are involved, one should properly speak of diplomatic protection and not of consular assistance. Since states [...] assert their own rights through the exercise of diplomatic protection it is connected to state sovereignty*». La terza differenza, infine, riguarda la natura preventiva e non rimediabile dell'assistenza consolare: «*Consular assistance often has a preventive nature and takes place before local remedies have been exhausted or before a violation of international law has occurred. This allows for consular assistance to be less formal and simultaneously more acceptable to the host state. [...] A diplomatic demarche on the other hand has the intention of bringing the matter to the international, or inter-state, level ultimately capable of resulting in international litigation*».

(6) V. VIENNA CONVENTION ON CONSULAR RELATIONS, Art. 5, lett. d): [Consular functions consist in ...] «(d) issuing passports and travel documents to nationals of the sending State [...]».

(7) V. VIENNA CONVENTION ON CONSULAR RELATIONS, Art. 5, lett. e): [Consular functions consist in ...] «(e) helping and assisting nationals, both individuals and bodies corporate, of the sending State».

(8) V. VIENNA CONVENTION ON CONSULAR RELATIONS, Art. 5, lett. i): [Consular functions consist in ...] «(i) subject to the practices and procedures obtaining in the receiving State, representing appropriate representation for nationals of the sending State before the tribunals and other authorities of the receiving State, for the purpose of obtaining, in accordance with the laws and regulations of the receiving State, provisional measures for the preservation of the rights and interests of these nationals, where, because of absence or any other reason, such nationals are unable at the proper time to assume the defence of their rights and interests». V. anche Art. 36, lett. c): «consular officers shall have the right to visit a national of the sending State who is in prison, custody or detention, to converse and correspond with him and to arrange for his legal representation. They shall also have the right to visit any national of the sending State who is in prison, custody or detention in their district in pursuance of a judgement. Nevertheless, consular officers shall refrain from taking action on behalf of a national who is in prison, custody or detention if he expressly opposes such action».

(9) V. VIENNA CONVENTION ON CONSULAR RELATIONS, Art. 5, lett. m): [Consular functions consist in ...] «(m) performing any other functions entrusted to a consular post by the sending State which are not prohibited by the laws and regulations of the receiving State or to which no objection is taken by the receiving State or which are referred to in the international agreements in force between the sending State and the receiving State».

(10) A tal fine sono previste dalla VIENNA CONVENTION ON CONSULAR RELATIONS «*facilities, privileges and immunities*» che riguardano sia il funzionamento degli uffici consolari (Chapter II, Section I, in particolare v. art. 28): «*The receiving State shall accord full facilities for the performance of the functions of the consular post*»), sia i titolari di tali uffici (Chapter II, Section II, v. in particolare art. 40): «*The receiving State shall treat consular officers with due respect and shall take all appropriate steps to prevent any attack on their person, freedom or dignity*»).

(11) V. in particolare VIENNA CONVENTION ON CONSULAR RELATIONS, Art. 55.1: «*Without prejudice to their privileges and immunities, it is the duty of all persons enjoying such privileges and immunities to respect the laws and regulations of the receiving State. They also have a duty not to interfere in the internal affairs of the State*».

piano dei rapporti internazionali. Esso, piuttosto, svolge funzioni amministrative domestiche, nel rispetto del diritto internazionale, che ne rende possibile e ne facilita l'esercizio sul territorio straniero.

La situazione di «*distress*» del cittadino all'estero, che costituisce il presupposto dell'intervento dell'autorità consolare, non è necessariamente causata da una azione od omissione imputabile alle autorità straniere. E anche quando ciò accada, tale azione o omissione non necessariamente deve rappresentare una violazione di norme internazionali. Tuttavia, quando tali condizioni ricorrono, cioè nel caso in cui vi sia una «*injury*» del cittadino all'estero provocata da un «*internationally wrongful act or omission attributable to the receiving State*», allora all'assistenza consolare può affiancarsi o sostituirsi il diverso istituto della protezione diplomatica, in virtù del quale lo Stato non si limita a fornire assistenza in favore del proprio cittadino, ma ne sposa la causa, questa volta agendo sul piano dei rapporti internazionali, mediante diverse forme di azione e interlocazione che possono sfociare in una controversia internazionale. La protezione diplomatica trasforma così una controversia interna in una controversia internazionale, nella quale lo Stato non agisce in rappresentanza del suo cittadino, ma fa valere autonomamente un proprio diritto, che risulta leso dal trattamento contrario al diritto internazionale che a quel cittadino altro Stato ha riservato.

Il rilievo politico e internazionale che, a differenza delle funzioni consolari, assumono le funzioni di protezione diplomatica, spiega anche un carattere a lungo considerato essenziale dell'istituto: la discrezionalità assoluta della scelta dello Stato di esercitare o meno la protezione, di sposare o meno la causa del suo cittadino, di impegnare o meno una intera comunità politica in una controversia che in prima battuta riguarda soltanto un singolo membro di essa.

Tale discrezionalità è tradizionalmente riconosciuta sia dal diritto internazionale, sia dal diritto interno, cioè dal diritto amministrativo internazionale di ciascuno Stato.

Dal punto di vista del diritto internazionale, lo Stato ha il diritto di esercitare la protezione diplomatica, ma non l'obbligo di farlo, come ha chiarito la Corte Internazionale di Giustizia: «*The State must be viewed as the sole judge to decide whether its protection will be granted, and to what extent it is granted, and*

when it will cease. It retains in this respect a discretionary power the exercise of which may be determined by considerations of a political or other nature, unrelated to the particular case [...]. The State enjoys complete freedom of action» (12).

Dal punto di vista del diritto amministrativo interno, invece, l'esercizio della protezione diplomatica è stato tradizionalmente configurato come prerogativa del potere esecutivo in materia di rapporti internazionali, sottratta al sindacato del potere giurisdizionale, secondo la logica inglese del «*royal prerogative power over foreign affairs*» o quella francese dell'«*acte de gouvernement*», o quella statunitense della «*foreign affairs exception*».

Chiarito l'oggetto e la natura del diritto amministrativo internazionale, e più in particolare i caratteri tradizionali della disciplina dell'assistenza consolare e della protezione diplomatica, occorre ora concentrarsi sulle modificazioni più recenti. Gli interrogativi cui si tenterà di rispondere sono essenzialmente due: come sono influenzati i diritti amministrativi internazionali degli Stati membri dal diritto europeo? E come essi reagiscono alla globalizzazione?

3. *Disciplina europea dei «diritti amministrativi internazionali nazionali» (...).*

L'ambito tradizionalmente occupato dal diritto amministrativo internazionale, come detto, è strettamente legato all'elemento della cittadinanza. È la sussistenza di essa che consente di ascrivere al diritto amministrativo internazionale i rapporti fra lo Stato e i soggetti che sono al di fuori della sua giurisdizione territoriale. Ed è l'assenza della cittadinanza (*recte*, la presenza di una diversa cittadinanza) che consente, invece, di assegnare al diritto amministrativo internazionale le relazioni fra lo Stato e i soggetti che si trovano entro i propri confini.

Ma nel territorio europeo tutto ciò risulta complicato dal fatto che, alla cittadinanza nazionale, si aggiunge una cittadinanza sovranazionale. Ne derivano due conseguenze. La prima è lo sviluppo di una disciplina europea che conforma il diritto amministrativo internazionale di ciascuno Stato membro. La se-

(12) ICJ, *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company (Belgium v. Spain)* [1970], ICJ Rep 44, 78.

conda è lo sviluppo di un diritto amministrativo internazionale europeo.

La cittadinanza europea, come è noto, ha una duplice dimensione, orizzontale e verticale.

La dimensione orizzontale riguarda i diritti che il cittadino dell'Unione può vantare nei confronti degli Stati membri diversi da quello di cui egli ha la cittadinanza nazionale, «di modo che l'obiettivo fondamentale delle norme sulla cittadinanza dell'Unione sembra essere quello di *equiparare* gli stranieri comunitari residenti ai cittadini dello Stato ospitante, in ordine al godimento di alcuni diritti» (13).

Tale equiparazione riguarda sia il principale diritto di cittadinanza «interno», cioè l'elettorato attivo e passivo, sia il principale diritto di cittadinanza «esterno», vale a dire la tutela da parte delle autorità diplomatiche e consolari. In ambedue i casi, però, l'equiparazione copre i profili amministrativi dei diritti di cittadinanza (14), non anche quelli più marcatamente politici.

Quanto al primo diritto di cittadinanza (quello interno), l'art. 20, comma 2, lett. b), del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea attribuisce ai cittadini dell'Unione «il diritto di voto e di eleggibilità [...] alle elezioni comunali nello Stato membro in cui risiedono, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato». Il Trattato non prevede, invece, il diritto di voto e di eleggibilità dei cittadini europei alle elezioni politiche nello Stato membro di residenza: l'elettorato attivo e passivo relativo agli or-

(13) Così M. CARTABIA, *Cittadinanza europea*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. VII, p. 3, corsivo mio. Secondo l'A., la cittadinanza dell'Unione opera «nel senso di privilegiare il criterio della residenza rispetto a quello dello *status civilis*, per favorire l'integrazione dello straniero europeo nella comunità statale in cui si è stabilito». Ne deriva che la cittadinanza europea «più che sviluppare l'appartenenza all'Europa [...] contribuisce ad abbattere l'estraneità fra i diversi Stati membri e fra i loro popoli».

(14) Si veda sul punto anche S. CASSESE, *Stato nazione e funzione pubblica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 1/1997, in particolare p. 92, ove si stabilisce un parallelismo fra il diritto dei cittadini europei di partecipare alle elezioni comunali e il loro diritto di accedere agli impieghi pubblici in altri Stati membri: in entrambi i casi, «i poteri pubblici nazionali vengono staccati dalla loro base (la comunità), ma in modo parziale, per l'impiego pubblico limitatamente agli apparati e alle cariche che non comportano l'esercizio di autorità e la tutela di interessi generali; per le cariche elettive, limitatamente agli enti minori». Potrebbe aggiungersi: per la tutela delle autorità diplomatiche e consolari, limitatamente all'assistenza consolare. Sulla «cittadinanza amministrativa correlata all'appartenenza di un individuo ad una comunità locale territoriale, perché ivi residente, senza perciò imporre a questi la contemporanea assunzione dello status di cittadino-sovrano», v. R. CAVALLO PERIN, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 201.

gani rappresentativi dell'intera comunità politica nazionale resta riservato ai membri di tale comunità politica, cioè ai cittadini di quello specifico Stato membro.

Quanto al secondo diritto di cittadinanza (quello esterno), l'art. 20, comma 2, lett. c), del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea riconosce ai cittadini dell'Unione «il diritto di godere, nel territorio di un paese terzo nel quale lo Stato membro di cui ha la cittadinanza non è rappresentato, della tutela delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato» (15). Vi sono buoni argomenti per ritenere che anche il diritto di ottenere tutela da parte delle autorità diplomatiche e consolari di altro Stato membro, previsto dal Trattato, investa, in realtà, soltanto l'aspetto amministrativo, cioè quello dell'assistenza consolare, ancorché eventualmente prestata da autorità diplomatiche (16), e non anche la protezione diplomatica in senso stretto. Quest'ultima, che come detto impegna l'intera comunità nazionale in difesa di un suo membro, presuppone invece, necessariamente, il vincolo politico di appartenenza allo specifico Stato membro che la esercita (17). In questa direzione, in ogni caso, pare essersi almeno inizialmente mosso, in attuazione della disciplina costituzionale illustrata, lo stesso legislatore europeo: l'*acquis* comunitario in materia è, in-

(15) In termini testualmente identici, tale diritto è ribadito dall'art. 23, comma 1, del TFUE ed è sancito anche dall'art. 46 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

(16) Cfr. VIENNA CONVENTION ON DIPLOMATIC RELATIONS, art. 3.2: «Nothing in the present Convention shall be construed as preventing the performance of consular functions by a diplomatic mission».

(17) Cfr. A. KÜNZLI, *Exercising Diplomatic Protection. The Fine Line Between Litigation, Demarches and Consular Assistance*, cit.: «EU citizenship clearly is not sufficient to fulfill the requirement of nationality of claims for the purpose of diplomatic protection. Considering the fundamental nature of this requirement and its universal acceptance, one wonders then how the right to diplomatic protection was included in the various EU treaty provisions. It is submitted that the drafters of these provisions either did not intend to include diplomatic protection but failed to use the proper language or confused — and continue to confuse — diplomatic protection and consular assistance. [...] The "right" accorded to citizens of the Union may include consular assistance but EU member states cannot be forced to exercise diplomatic protection». Contra, F. GEYER, *The External Dimension of EU Citizenship. Arguing for Effective Protection of Citizens Abroad*, CEPS Policy Brief, n. 136, July 2007. Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1334185>; «granting diplomatic protection to Union citizens through Art. 20 TEC does not as such constitute a violation of international public law. Nevertheless, the exercise of this protection would either require respective negotiations to obtain the consent of third states (as explicitly foreseen in Art. 20, para. 2, TEC) or an understanding of Union citizenship as some form of nationality that would justify the exercise of diplomatic protection by any EU member state in favour of any EU citizen».

fatti, essenzialmente rappresentato dalla Decisione 95/553/EC, la quale, abbastanza chiaramente, si riferisce al solo profilo dell'assistenza consolare (18).

Anche così circoscritto, resta tuttavia il problema di individuare con maggior precisione il contenuto del diritto all'assistenza consolare che l'art. 20 TFUE riconosce ai cittadini europei nei confronti delle autorità diplomatiche e consolari di altri Stati membri. Ci si deve chiedere, in altre parole, come e quanto il diritto europeo condizioni, per questi profili, il diritto amministrativo internazionale degli Stati membri.

In base ad una lettura minimalista, il diritto europeo si limiterebbe ad imporre un obbligo di non discriminazione: gli Stati membri sarebbero semplicemente tenuti ad estendere a tutti i cittadini europei l'applicazione del proprio diritto amministrativo internazionale in tema di assistenza consolare, restando, tuttavia, pienamente liberi di definirne il contenuto sostanziale (19). Tale

(18) Cfr. A. KÜNZLI, *Exercising Diplomatic Protection. The Fine Line Between Litigation, Demarches and Consular Assistance*, etc.; «In Decision 95/553/EC the actions for the purpose of "diplomatic and consular protection" to EU citizens are defined in Art. 5(1): "a) assistance in cases of death; b) assistance in cases of serious accident or serious illness; c) assistance in cases of arrest or detention; d) assistance to victims of violent crime; e) the relief and repatriation of distressed citizens of the Union." In a "Factsheet" on consular and diplomatic protection provided through the website of the European Institutions [...] the conditions for protection and the kind of assistance that may be expected are further defined. In order to qualify for protection an individual is required to 1) possess the nationality of a EU member state; 2) be "in distress abroad ... and require consular protection"; and 3) be in a non-EU state where his or her state of nationality is not represented through an embassy or consulate. While the conditions for protection mention the nationality of claims, they are silent on the exhaustion of local remedies and injury resulting from an internationally wrongful act. Prior to the fulfillment of these conditions, diplomatic protection cannot be exercised. What is envisaged here is clearly consular assistance, which does neither require exhaustion of local remedies nor the occurrence of an internationally wrongful act. Only the assistance mentioned under point c) could under certain circumstances give rise to diplomatic protection. It is curious to note that the wording of the Decision is fairly precise and deviates in this respect from the text provided in the EC Treaty, the EU Charter and the Constitution. While it is stated in the preamble that the decisions concern "protection" without further qualification, Art. 1 provides that "[e]very citizen of the European Union is entitled to the consular protection of any Member State's diplomatic or consular representation" (emphasis added). In the light of the activities defined in Art. 5 of the Decision, cited above, this is correct. While even consular assistance is usually only exercised on behalf of a national, it is not impossible that a consular officer of one state may render assistance to a national of another state. Since consular assistance is not an exercise in the protection of the rights of a state nor an espousal of a claim, the nationality criteria are not required to be applied as strictly as in the case of diplomatic protection. There is no necessity for a legal interest through the bond of nationality».

(19) Tale è ad esempio la posizione espressa, in risposta al Green Paper elaborato dalla Commissione europea («Diplomatic and consular protection of Union citizens in third countries», Brussels, 28 novembre 2006 COM (2006) 712 final), dal governo del Regno

lettura va però riconsiderata alla luce della più recente evoluzione del diritto costituzionale europeo, che sembra muovere nella direzione di imporre agli Stati membri qualcosa di più di un semplice obbligo di parità di trattamento.

Innanzitutto, l'assistenza consolare da parte di autorità di altri Stati membri, in condizioni di parità con i cittadini di tali Stati, costituisce oggi non solo un *legal right* previsto dal diritto costituzionale europeo, ma anche un *fundamental right*, sancito da una Carta dei diritti che ha, ora, pieno valore vincolante e costituzionale. Ciò naturalmente non significa che le autorità diplomatiche e consolari degli Stati membri siano giuridicamente obbligate a soddisfare tutte le richieste di assistenza che comunque provengano dai cittadini europei, senza poter esercitare alcun margine di valutazione discrezionale. Ma potrebbe significare, almeno, che le decisioni che esse assumono in ordine a tali richieste devono essere sottoposte al sindacato dei giudici nazionali, chiamati a fornire tutela giurisdizionale ad una situazione soggettiva creata dal diritto europeo. Il cittadino europeo che chiede assistenza consolare alle autorità di altro Stato membro, e riceve un rifiuto a suo avviso discriminatorio, deve poter rivolgersi ad un giudice nazionale abilitato ad esercitare il *judicial review* della decisione amministrativa contestata. Pertanto, la logica dell'atto politico, sottratto in quanto tale al sindacato delle corti, che ha a lungo connotato il diritto amministrativo internazionale degli Stati, deve ritenersi oggi incompatibile con la disciplina costituzionale europea, almeno con riguardo all'assistenza consolare.

Ma non è tutto. Il diritto europeo può giungere anche a conformare, almeno in certa misura, il contenuto sostanziale delle discipline nazionali sull'assistenza consolare, riducendo così, sul

Unito, il quale ha in particolare escluso che la disciplina costituzionale europea possa creare un «*legal right*» del cittadino europeo alla tutela da parte di autorità diplomatiche e consolari di Stati membri che non riconoscono un simile diritto ai propri cittadini. La posizione del governo inglese è riferita da F. GEYER, *The External Dimension of EU Citizenship. Arguing for Effective Protection of Citizens Abroad*, etc., p. 2: «*British nationals do not have a legal right to consular assistance overseas. The UK Government is under no general obligation under domestic or international law to provide consular assistance (or exercise diplomatic protection). Consular assistance is provided as a matter of policy, which is set out in the public guide, "Support for British Nationals Abroad: A Guide". [...] In relation to EU law, Article 20 TEC sets out an obligation of non discrimination. It requires Member States to treat requests for consular assistance by unrepresented nationals of Member States on the same basis as requests by their own nationals. In compliance with this, the UK provides consular assistance to significant numbers of unrepresented Member States' nationals. But Article 20 TEC, does not create any right to assistance beyond this*».

punto, le differenze fra i diritti amministrativi internazionali degli Stati membri. Il nuovo diritto costituzionale europeo pone, in particolare, le basi giuridiche di una simile europeizzazione delle discipline nazionali sull'assistenza consolare.

In primo luogo, esso crea le premesse per un'azione legislativa dell'Unione in materia di assistenza consolare prevedendo, con il nuovo par. 2 dell'art. 23 del TFUE, che «il Consiglio, deliberando secondo una procedura legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo, può adottare direttive che stabiliscono le misure di coordinamento e cooperazione necessarie per facilitare tale tutela» (cioè la tutela dei cittadini europei da parte delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro). Ciò significa che l'Unione, sebbene con procedura di carattere intergovernativo (20) ed esercitando soltanto una competenza di sostegno e coordinamento che non consente norme di armonizzazione (21), è comunque in grado di condizionare le discipline nazionali sull'assistenza consolare, ad esempio rafforzando e dando seguito a molti dei progetti indicati dalla Commissione europea nel *Green paper* del 2006 (22) e nel successivo *Action Plan* del 2007 (23): maggiore informazione dei cittadini europei circa i loro diritti di assistenza consolare; inclusione negli accordi bilaterali degli Stati membri con i paesi terzi di norme di protezione dei cittadini europei che vivono e lavorano in tali paesi; estensione della tutela ai familiari dei cittadini europei; semplificazione delle procedure; etc.

In secondo luogo, l'art. 35 del TUE pone le basi per lo sviluppo di una funzione amministrativa comune, ancorché non co-

munitaria, di assistenza consolare. Esso prevede infatti che «le missioni diplomatiche e consolari degli Stati membri e le delegazioni dell'Unione nei paesi terzi contribuiscono all'attuazione del diritto di tutela dei cittadini dell'Unione nel territorio dei paesi terzi di cui all'articolo 20, paragrafo 2, lettera c) del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e delle misure adottate in applicazione dell'articolo 23 di detto trattato». Ciò naturalmente non significa la piena comunitarizzazione della funzione amministrativa di assistenza consolare, giacché il diritto di tutela del cittadino europeo, della cui attuazione si tratta, ha pur sempre ad oggetto l'assistenza consolare prestata dalle autorità nazionali di altri Stati membri. La disposizione costituzionale in esame, fatto salvo quanto si dirà più oltre, non crea un diritto all'assistenza consolare da parte delle delegazioni della Commissione. Queste ultime, tuttavia, in base ad essa, possono essere coinvolte e, per così dire, associate nell'esercizio comune di una funzione amministrativa che resta nella titolarità delle amministrazioni degli Stati membri. Anche in questo caso, pertanto, la disciplina costituzionale offre sicura copertura ai progetti della Commissione, relativi, in particolare, alla creazione di uffici comuni per lo svolgimento delle funzioni amministrative consolari, secondo del resto uno schema organizzativo ben collaudato, approfondito sul piano scientifico dalla dottrina fin dagli inizi del secolo scorso, quando la teoria degli organi comuni degli Stati venne utilizzata per spiegare i caratteri delle c.d. Unioni internazionali amministrative, all'epoca sprovviste di una propria soggettività internazionale e di strutture amministrative ad esse riferibili.

(20) Come è noto, in base all'art. 289 TFUE, mentre la procedura legislativa ordinaria comporta l'approvazione congiunta dell'atto da parte del Consiglio e del Parlamento, su proposta della Commissione, la procedura legislativa speciale, prevista nei casi specifici indicati dal Trattato stesso, richiede invece l'adozione dell'atto da parte del Consiglio con la partecipazione del Parlamento (o viceversa).

(21) Si tratta, infatti, di una competenza *ex art. 2*, comma 5, del TFUE: «In tali settori e alle condizioni previste dai trattati, l'Unione ha competenza per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri, senza tuttavia sostituirsi alla loro competenza in tali settori. Gli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione adottati in base a disposizioni dei trattati relative a tali settori non possono comportare un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri».

(22) COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Diplomatic and consular protection of Union citizens in third countries*, Brussels, 28 novembre 2006 COM (2006) 712 final.

(23) COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Effective Consular protection in third countries: the contribution of the European Union - Action Plan 2007-2009*, Brussels, 5 dicembre 2007, COM(2007) 767 final.

4. (...) e «diritto amministrativo internazionale europeo».

Ma la cittadinanza europea — si è detto — ha anche una dimensione verticale.

Essa non consente al cittadino europeo di partecipare alle elezioni politiche di uno Stato membro diverso dal proprio, ma naturalmente gli permette di partecipare alle elezioni politiche europee. Se l'elezione degli organi rappresentativi dell'intera comunità politica nazionale resta riservata ai membri della stessa, l'elezione degli organi rappresentativi dell'intera comunità politica europea è ovviamente aperta a tutti i cittadini europei.

Sviluppando ancora il confronto fra diritto di cittadinanza interno (elettorato) e diritto di cittadinanza esterno (tutela diplomatica e consolare), ci si deve allora domandare se anche il secondo, come il primo, abbia una propria dimensione verticale. Se, cioè, il cittadino europeo abbia titolo per ottenere, oltre all'assistenza consolare da parte delle autorità di uno Stato membro diverso dal proprio, anche l'assistenza consolare e la protezione diplomatica da parte di autorità europee. Ci si può chiedere, in altre parole, se ad una disciplina europea che vincola i diritti amministrativi internazionali degli Stati membri si aggiunga, in tale materia, anche un diritto amministrativo internazionale europeo.

La risposta è in fondo semplice. La dimensione verticale del diritto di elettorato si è sviluppata a partire dal 1979, cioè da quando, con la previsione dell'elezione diretta del Parlamento europeo, è stata attribuita ad un organo della Comunità la funzione di rappresentanza politica interna dei cittadini europei. Analogamente, la dimensione verticale del diritto di assistenza consolare e protezione diplomatica è strettamente connessa all'attribuzione ad organi europei della funzione di rappresentanza politica esterna dei cittadini europei, cioè della funzione di gestione dei rapporti internazionali.

In parte, tale funzione è in via di affermazione. In parte, essa già esiste ed è ben consolidata.

Sotto il primo profilo, è sufficiente ricordare che il Trattato di Lisbona ha intestato tale funzione ad un apposito organo costituzionale, cioè l'Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza⁽²⁴⁾. A tale figura, che assume il comando in sé le cariche di Presidente del Consiglio affari esteri e Vicepresidente della Commissione integra l'anima intergovernativa e quella sovranazionale del potere esecutivo europeo, spetta l'attuazione della politica estera mediante un «servizio europeo per l'azione esterna», a sua volta composto da funzionari del segretariato generale del Consiglio e della Commissione, nonché da personale distaccato dei servizi diplomatici nazionali. La futura istituzione di un servizio diplomatico europeo potrebbe in prospettiva condurre ad una effettiva comunitarizzazione della fun-

zione amministrativa di assistenza consolare, nonché aprire la strada, eventualmente, anche all'esercizio della funzione di protezione diplomatica dei cittadini europei da parte di autorità dell'Unione.

Sotto il secondo profilo, non bisogna peraltro trascurare che vi sono settori nei quali le funzioni di assistenza consolare, ed anche di protezione diplomatica, sono già pienamente comunitarizzate. Si vuole alludere, in particolare, alla politica commerciale comune, in ordine alla quale è da tempo l'Unione, e non gli Stati membri, che gestisce i rapporti internazionali, negozia e stipula accordi, possiede la *membership* delle organizzazioni internazionali di riferimento, fra cui naturalmente spicca la WTO. In questo ambito, spetta direttamente alla Commissione anche esercitare, a favore di imprese europee presenti su mercati esteri o intenzionate a penetrarvi, una funzione di interlocuzione con le autorità straniere che regolano quei mercati, la quale appare in larga misura riconducibile all'assistenza consolare e, anche, alla protezione diplomatica.

Ad esempio, le imprese europee, o le loro associazioni, possono segnalare alla Commissione, o alle sue delegazioni, l'esistenza di barriere commerciali. Tali segnalazioni vengono inserite nel *Market Access Database*, servizio *on line* posto a disposizione degli esportatori, che incorpora informazioni sulle condizioni di accesso ai mercati in oltre 100 paesi e in cui sono riportati oltre 500 ostacoli agli scambi segnalati dagli operatori⁽²⁵⁾. La Commissione agisce per rimuovere gli ostacoli segnalati o, addirittura, per prevenire l'introduzione di misure che abbiano un tale effetto da parte delle autorità straniere. A tal fine, la Commissione ha di recente affinato la propria strategia, anche decentrando le attività di assistenza consolare commerciale: sono stati istituiti, sul territorio dei principali paesi terzi, appositi *Market Access Teams*, che coinvolgono funzionari delle delegazioni europee, dei servizi di-

(25) Così in COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Global Europe: A Stronger Partnership to Deliver Market Access for European Exporters*, Brussels, 18 aprile 2007, COM (2007) 183 final, p. 2. Il *Market Access Database* è stato creato nell'ambito della *Market Access Strategy*, lanciata dalla Commissione nel 1996 (COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *The Global Challenge of International Trade: A Market Access Strategy for the European Union*, 14 febbraio 1996, COM 96), con l'obiettivo di assicurare il rispetto degli accordi commerciali stipulati dall'Unione da parte dei paesi terzi e garantire in tal modo l'accesso ai relativi mercati da parte degli esportatori europei.

(24) V. art. 18 TUE.

plomatici e consolari degli Stati membri, nonché rappresentanti delle organizzazioni delle imprese, in particolare le camere di commercio europee. Se si scorrono i rapporti annuali sull'attuazione della *Market Access Strategy*, si può apprendere, ad esempio, che il capo della delegazione della Commissione europea in Egitto ha indirizzato una lettera formale al Presidente dell'autorità egiziana per la regolazione delle telecomunicazioni, ottenendo l'eliminazione di disposizioni che subordinavano ad una autorizzazione governativa l'esportazione e commercializzazione di tecnologie GPS; oppure che la Commissione, anche attraverso le sue delegazioni a Manila e Giacarta, ha esercitato numerose pressioni sulle autorità filippine, riuscendo infine ad ottenere una parziale rimozione del divieto di importazioni di carne di origine europea, imposto a seguito dello scandalo della c.d. mucca pazza; etc. (26).

Le imprese che segnalano informalmente all'amministrazione europea l'esistenza di una barriera commerciale non possono vantare alcun diritto circa l'an, il quando e il *quomodo* dell'attività della Commissione diretta alla rimozione della stessa. Tuttavia, qualora tali barriere derivino da misure adottate da autorità di paesi terzi in contrasto con le norme del WTO o con altri accordi commerciali, le imprese europee che ne risultino lese hanno a disposizione anche uno strumento più formale, rappresentato dalla c.d. *Trade Barriers Regulation* (27). Tale disciplina sostanzialmente proceduralizza la decisione dell'Unione europea di esercitare o meno la protezione diplomatica in favore di proprie imprese pregiudicate da un «internationally wrongful act» adottato da autorità straniere in materia di commercio internazionale. A tal fine, essa, in estrema sintesi, prevede che una o più imprese

(26) Si veda, da ultimo, COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Implementing the Market Access Strategy*, Annual Report, 2009.

(27) EC Council Regulation n. 3286/94 of 22 December 1994, laying down Community procedures in the field of the common commercial policy in order to ensure the exercise of the Community's rights under international trade rules, in particular those established under the auspices of the World Trade Organization (OJ L 349, 31 december 1994, p. 71, Amended by EC Council Regulation n. 356/95 and n. 125/2008. Sul tema, v. fra gli altri: P. C. MAVROUDIS, W. ZNOUC, *Legal Means to Protect Private Parties' Interests in the WTO - The Case of the EC New Trade Barriers Regulation*, in *Journal of International Economic Law*, 1998, p. 407 ss.; N. MCNEILS, *The European Union Trade Barriers Regulation: A More Effective Instrument*, in *Journal of International Economic Law*, 1998, p. 149 ss.; R. MACLEAN, *The European Community's Trade Barrier Regulation Takes Shape, is it Living up to Expectations?*, in *Journal of World Trade*, 1999, p. 69; Id., *Success for Private Complainants under the EU's Trade Barriers Regulation*, in *Journal of International Economic Law*, 1999, p. 519 ss.

europee, o una associazione che agisca in loro nome, possano presentare alla Commissione un reclamo (*complaint*), comprovando di aver subito un pregiudizio (*injury* o *adverse trade effects*) per effetto di una misura adottata dalle autorità di un paese terzo in contrasto con il diritto del commercio internazionale (*obstacle to trade*). La Commissione, se ritiene che vi siano elementi di prova sufficienti, e che ciò risponda all'interesse comunitario, avvia la procedura di esame, nel corso della quale hanno diritto di intervenire, anche oralmente, il denunciante, gli importatori ed esportatori interessati, nonché le autorità del paese terzo coinvolte. La Commissione, che delibera secondo la procedura della comitologia, può decidere di chiudere la procedura, qualora ritenga che un'azione non sia richiesta nell'interesse comunitario, oppure di sospenderla, nel caso in cui il paese terzo adotti misure soddisfattive o manifesti disponibilità ad una soluzione concordata. Qualora, invece, concluda nel senso che sia nell'interesse comunitario agire per rimuovere la misura illecita, e pregiudizievole per il denunciante, la Commissione adotta le misure appropriate, che possono consistere in ritorsioni commerciali, oppure, conformemente agli obblighi assunti dall'Unione in sede WTO, nella decisione di chiedere le consultazioni ai fini della promozione di una controversia dinanzi al *Dispute Settlement Body*.

Naturalmente, anche in questo caso l'Unione europea non ha l'obbligo di agire in protezione diplomatica. Essa conserva in proposito ampia discrezionalità: basti considerare che può rifiutarsi di esercitare la protezione anche ove accerti l'esistenza di un pregiudizio per il denunciante causato da una misura illecita, qualora ciò appaia nell'«interesse comunitario». Però tutte le decisioni che la Commissione adotta in applicazione del regolamento TBR devono essere motivate e sono sottoposte a sindacato giurisdizionale. Il Tribunale di primo grado, nell'unico caso finora sottoposto al giudice comunitario in materia di TBR, pur facendo salva la decisione della Commissione di chiudere la procedura di esame, per carenza di interesse comunitario ad intraprendere una specifica azione, ha tuttavia chiarito che tale valutazione dell'amministrazione europea è sottoposta ad un controllo giurisdizionale che comprende la «verifica del rispetto delle norme di procedura, dell'esattezza materiale dei fatti che sono stati assunti per effettuare la scelta contestata, dell'insussistenza

di errori manifesti di valutazione di tali fatti, e dell'insussistenza di sviamento di potere» (28).

Gli sviluppi più recenti del diritto europeo, pertanto, paiono segnalare la progressiva affermazione di una tendenza ad assoggettare le funzioni di assistenza consolare e protezione diplomatica al controllo giurisdizionale. Per un verso, vi è una tendenza ad imporre il controllo dei giudici nazionali sulle decisioni adottate dagli Stati membri in tema di assistenza consolare. Per altro verso, vi è il riconoscimento del *judicial review* del giudice europeo in ordine a decisioni comunitarie in materia di politica commerciale comune, in certa misura riconducibili ad esercizio di funzioni di assistenza consolare e protezione diplomatica.

In ciò, peraltro, il diritto europeo rispecchia una tendenza più generale, che è rappresentata dalla progressiva sottoposizione dell'azione esterna dei poteri pubblici domestici alle garanzie del diritto amministrativo. Si tratta di una tendenza che è in buona misura indotta dalla globalizzazione, sul cui impatto occorre ora volgere l'attenzione.

5. *L'impatto della globalizzazione sul diritto amministrativo internazionale e sulle funzioni consolari e diplomatiche.*

Può dirsi che la globalizzazione espliciti un duplice e in apparenza contraddittorio effetto sul diritto amministrativo internazionale. Per un verso, ne estende l'ambito di applicazione. Per altro verso, ne riduce la specificità, rispetto al diritto amministrativo generalmente inteso.

Lo spazio del diritto amministrativo internazionale, come detto, si crea quando il rapporto fra autorità e libertà attraversa i confini territoriali degli Stati, cioè nelle ipotesi in cui l'autorità dello Stato investe gli stranieri o, guardando da altra prospettiva lo stesso fenomeno, quando la libertà del cittadino risulta esposta ad autorità estere.

Ebbene, la globalizzazione moltiplica queste ipotesi e, conseguentemente, amplia quello spazio.

Per effetto di essa, innanzitutto, divengono sempre più frequenti i casi in cui cittadini di uno Stato risiedono nel territorio di

un altro Stato. Fenomeni direttamente o indirettamente legati alla globalizzazione, come l'incremento dei flussi migratori, l'espansione del turismo, le scelte di delocalizzazione delle imprese, la crescente mobilità degli studenti, contribuiscono tutti ad estendere i confini di quel fascio di relazioni giuridiche tradizionalmente ascrivibili alla sfera del diritto amministrativo internazionale.

Ma ciò non basta. La globalizzazione moltiplica anche le occasioni in cui i cittadini risultano esposti alla *foreign regulation* indipendentemente dalla loro presenza fisica sul territorio straniero. La *territorial jurisdiction* degli Stati acquisisce, per effetto della integrazione economica e sociale, un impatto extraterritoriale. Essa cioè colpisce cittadini stranieri che hanno effettuato un investimento finanziario sul territorio dello Stato che vi esercita la sua giurisdizione. Oppure colpisce imprese straniere che commercializzano prodotti e prestano servizi in quel territorio. Insomma non è solo la circolazione delle persone, ma anche e soprattutto quella dei capitali, delle merci e dei servizi che collega fra loro gli ordinamenti statali e fa in modo che l'autorità esercitata da ciascuno Stato sul proprio territorio riguardi continuamente fattispecie che presentano un elemento extrastatale.

Tutto ciò non costituisce più l'eccezione, ma diviene la regola. Non solo quando approva norme o assume decisioni che riguardano specificamente gli stranieri presenti sul suo territorio, ma pressoché in tutti i casi in cui lo Stato legifera e amministra entro i propri confini deve tener conto dei potenziali effetti che quelle norme e quelle decisioni producono su cittadini e imprese che appartengono ad altre comunità statali. Pertanto, per ripetere le parole di Umberto Borsari, non solo quando detta particolari norme di diritto amministrativo internazionale specificamente indirizzate a stranieri o cittadini all'estero, ma quasi tutte le volte in cui detta norme di diritto amministrativo «lo Stato non può prescindere dal considerarsi membro della società internazionale e dall'aver presente il suo riconoscimento della personalità e della sovranità di altri Stati». Insomma, il problema un tempo specifico del diritto amministrativo internazionale tende oggi a divenire un problema generale dell'intero diritto amministrativo, perché è l'intero diritto amministrativo che progressivamente assume una rilevanza esterna.

Ad un simile destino non sfuggono, naturalmente, i due particolari istituti di diritto amministrativo internazionale che sono

(28) Tribunale di primo grado delle Comunità europee, Prima sezione ampliata, sentenza del 14 dicembre 2004, in causa T-317/02, par. 94.

qui oggetto di analisi. Anch'essi, infatti, mentre conoscono una significativa estensione dei rispettivi ambiti di applicazione, d'altro canto vengono per così dire ricondotti nel solco del diritto amministrativo generale.

Quanto al primo aspetto, è evidente che quanto più cresce l'esposizione dei cittadini alla *foreign jurisdiction*, tanto più si accentua anche il loro bisogno di tutela rispetto ad essa. È vero che tale esigenza di tutela è assicurata, in misura sempre maggiore, dal diritto pubblico interno degli Stati, che estende progressivamente agli stranieri garanzie un tempo riservate ai soli cittadini (29). Ma quando le garanzie interne si rivelano insufficienti, e in tutte quelle ipotesi, che sono ancora la maggioranza, nelle quali il privato non può autonomamente attivare rimedi internazionali (30), allora la «domanda» di assistenza consolare e di protezione diplomatica si sviluppa. Il campo di applicazione «potenziale» di tali istituti, pertanto, si espande. E si diversifica. Esso non riguarda soltanto l'area più tipica dell'assistenza prestata in favore del cittadino all'estero in condizioni di *distress*, ma anche tutta la sfera della c.d. diplomazia commerciale, cioè le funzioni di assistenza e protezione rese a favore degli operatori economici domestici che incontrano ostacoli nell'accedere ai mercati esteri o i cui investimenti, prodotti o servizi sono sfavorevolmente incisi dalle regole o dalle decisioni delle autorità straniere che presidiano quei mercati.

Quanto al secondo aspetto, la perdita di specialità delle funzioni consolari e diplomatiche, rispetto alle altre funzioni amministrative statali, dipende dal loro progressivo assoggettamento ai principi e alle garanzie del diritto amministrativo generale, cui esse tendevano a sfuggire proprio in virtù del loro risvolto «inter-

(29) Ringrazio il Prof. Mario Savino per aver richiamato la mia attenzione su questo aspetto.

(30) Sulla persistente rilevanza dell'istituto della protezione diplomatica, nonostante lo sviluppo dei regimi internazionali che, in particolare in materia di tutela dei diritti umani, accordano ormai all'individuo il diritto di adire autonomamente tribunali internazionali contro gli illeciti commessi dagli Stati nei loro confronti, si veda fra gli altri, ma in modo particolarmente convincente, J. DUGARD, *Diplomatic Protection and Human Rights: the Draft Articles of the International Law Commission*, 24 *Aust. YBIL* 75, 2005: «*Aliens are still in need of protection. Human rights instruments do not grant them effective remedies except in a minority of cases. [...] Diplomatic protection provides a potential remedy for the protection of millions of aliens who have no access to remedies before international bodies and a more effective remedy to those who have access to the often ineffective remedies contained in international human rights instruments. It should therefore, be retained.*».

nazionale». Si è visto, infatti, che le decisioni assunte nell'esercizio di tali funzioni venivano un tempo a collocarsi nella sfera degli atti politici, sottratti al controllo giurisdizionale così come all'applicazione delle garanzie di partecipazione e motivazione.

Per la verità, una simile qualificazione giuridica doveva apparire, da sempre, assai debole almeno con riferimento alle funzioni consolari, nell'esercizio delle quali, come detto, lo Stato in realtà non agisce sul piano delle relazioni internazionali, ma svolge compiti amministrativi interni su territorio straniero. In ogni caso, l'idea stessa della sospensione della *rule of law* nella sfera dell'azione esterna dello Stato, sottratta in quanto tale alla presa delle garanzie previste dal diritto amministrativo, è entrata progressivamente in crisi. Più aumenta l'esposizione dei diritti e degli interessi dei cittadini alla *foreign jurisdiction* e, con essa, più cresce la domanda di assistenza e protezione rivolta al proprio Stato per la tutela di quei diritti e interessi, meno risulta accettabile che le funzioni statali che rispondono a tale domanda di tutela sfuggano ai principi dello Stato di diritto.

Di conseguenza, la «*complete freedom of action*», riconosciuta tradizionalmente agli Stati rispetto alle richieste di assistenza consolare e di protezione diplomatica, ha subito un processo di erosione, dovuto non solo e non tanto agli sviluppi del diritto internazionale (31), quanto e soprattutto all'affermazione, negli ordinamenti interni degli Stati, di una *international dimension* del *judicial review* esercitato dalle corti (32).

Uno degli esempi più significativi, e anche più citati, è il caso Abbasi, deciso nel 2002 dalla *Court of Appeal* del Regno Unito (33). La madre di Mr. Abbasi, cittadino inglese detenuto a

(31) Sebbene il relatore speciale della Commissione del diritto internazionale avesse proposto un articolo che imponeva agli Stati l'obbligo di esercitare la protezione diplomatica a favore dei propri cittadini, quando questi fossero lesi da una grave violazione di norme internazionali di *ius cogens* imputabili ad altro Stato («*Unless the injured person is able to bring a claim for such injury before a competent international court or tribunal, the state of his/her nationality has a legal duty to exercise diplomatic protection on behalf of the injured person upon request, if the injury results from a grave breach of a jus cogens norm attributable to another State*»), la Commissione non ha tuttavia accolto tale proposta. (si veda J. DUGARD, *Diplomatic Protection and Human Rights: the Draft Articles of the International Law Commission*, cit.).

(32) LORD JUSTICE RICHARDS, *The International Dimension of Judicial Review*, The 2006 Gray's Inn Reading at Barnard's Inn (Gresham College), 7 June 2006, disponibile al sito <http://www.judiciary.gov.uk>.

(33) R. (Abbasi) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs [2003] UKHRR 76.

Guantanamo senza processo e senza assistenza legale, aveva contestato il mancato esercizio, da parte del governo inglese, della protezione diplomatica. Pur confermando l'inesistenza di un obbligo del governo di intervenire a protezione del cittadino illegalmente detenuto in un «*legal black-hole*», la Corte, discostandosi da orientamenti tradizionali, ha ammesso che Mr Abbasi poteva vantare una «*legitimate expectation*» a che il governo inglese agisse in conformità ai suoi stessi «*statements of policy*», i quali lo obbligavano non già ad esercitare la protezione diplomatica, ma a considerare la posizione del cittadino britannico e a valutare la possibilità di una azione diplomatica in suo favore («*to consider making representations*»). Certo il contenuto della legittima aspettativa riconosciuta a Mr Abbasi è limitato alla mera presa in considerazione dell'ipotesi di esercitare la protezione, tanto che il governo britannico, semplicemente dimostrando di aver preso in esame la posizione del suo cittadino e di averne discusso con le autorità statunitensi, ha potuto ottenere il rigetto del ricorso. Ma ciò non autorizza a sottovalutare la portata del cambiamento di approccio della Corte, la quale non ha affermato, come in passato, che l'esercizio dei «*prerogative powers*» nella gestione degli affari internazionali non è suscettibile di *judicial review*. Al contrario, come ha affermato Lord Richards commentando la decisione, «*in Abbasi there was a careful assessment of the evidence and relevant material. It is only at the stage of judgments as to substantive policy that the courts draw back, recognizing that it is not for them to determine the foreign policy of this country [...] Even with that limitation, however, the availability of judicial review serves to impose a valuable discipline on the executive decision-making process*» (34).

Il caso Abbasi, insieme ad altre simili, e ormai numerose, pronunce di corti di diversi paesi (35), rivelano il progressivo affermarsi, in vari ordinamenti statali, di un diritto del cittadino al

(34) LORD JUSTICE RICHARDS, *The International Dimension of Judicial Review*, cit.
 (35) Per una analisi comparata di tale giurisprudenza, si veda, fra gli altri: A. KÜNZLI, *Restricting Discretion: Judicial Review of Diplomatic Protection*, 75 *Nordic J. Int'l L.* 280 2006; C. FORCSE, *The Obligation to Protect: The Legal context for Diplomatic Protection of Canadians Abroad*, 57 *U.N.B.L.J.* 102 2007; M. ATTANASIO, C. MALARCA, S.F. NICOLOSI, *Il Judicial Review del rifiuto statale di agire in protezione diplomatica*, in *La protezione diplomatica: sviluppi e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2009.

controllo giurisdizionale sulla ragionevolezza e non arbitrarietà delle decisioni assunte dall'esecutivo in materia di protezione diplomatica e, a maggior ragione, di assistenza consolare (36).

Tali decisioni, di conseguenza, transitano dall'area degli atti politici a quella degli atti discrezionali. Le funzioni e i poteri di cui sono espressione rientrano sotto il dominio dei principi generali del diritto amministrativo e dello Stato di diritto. Il carattere derogatorio del diritto amministrativo internazionale si attenua, a misura che esso estende il proprio campo di applicazione.

Per concludere. Si mette sovente in luce come, per effetto della globalizzazione, l'azione interna degli Stati è sempre più intensamente regolata dal diritto internazionale. Ma esiste anche un altro volto della medesima realtà. Per le stesse ragioni, infatti, l'azione esterna degli Stati, a misura che essa diviene decisiva ai fini della tutela delle situazioni soggettive individuali dei cittadini, è sempre più intensamente regolata dal diritto amministrativo domestico, cioè dal vecchio diritto amministrativo internazionale, il quale va però progressivamente perdendo i suoi tratti speciali e derogatori.

(36) In questo senso v. P. PUSFORINO, *Recenti sviluppi in tema di protezione diplomatica*, in *Riv. dir. internat.*, 2006, 01 68.