

seguito delle esperienze dell'ultima guerra, esso tende certamente a restringere la nozione di rappresaglia legittima e a proibire l'eccesso» (p. 1026). Dopo aver ribadito che la rappresaglia è lecita solo quando sia stata preceduta da una intimidazione rimasta insoddisfatta considerando che «l'impiego della forza non si giustifica, in effetti, che per il suo carattere di necessità» (p. 1027), il Tribunale ha affermato che «anche ad ammettere che il diritto delle genti non richieda che le rappresaglie si commisurino approssimativamente all'offesa, dovrebbero certamente considerarsi eccessive e quindi illecite rappresaglie del tutto sproporzionate [hors de toute proportion] all'atto che le ha motivate». Nel caso di specie secondo il Tribunale «vi era stata una sproporzione evidente fra l'incidente di Naulilaa e i sei atti di rappresaglia che vi avevano fatto seguito» con la conseguenza che «le aggressioni tedesche di ottobre, novembre e dicembre 1914 alla frontiera dell'Angola non possono essere considerate come rappresaglie lecite» (p. 1028).

302. Sentenza arbitrata del 9 dicembre 1978 nel caso dei Servizi aerei (Stati Uniti c. Francia). — *Contromisure pubbliche* —

Nel 1978 gli Stati Uniti negarono, a titolo di contromisura, l'autorizzazione all'effettuazione di alcuni voli francesi fino a quando la Francia avesse continuato a respingere la proposta della Pan Am, vettore designato dagli Stati Uniti per i servizi dalla propria costa occidentale a Parigi via Londra in base ad un Accordo sui servizi aerei concluso tra i due Stati il 27 marzo 1946, di effettuare il trasporto dei passeggeri provenienti dagli Stati Uniti nel percorso Londra-Parigi su un aereo di dimensioni più piccole (proposta che la Francia riteneva a sua volta contraria all'Accordo del 1946). La controversia venne sottoposta ad un Tribunale arbitrata che venne così chiamato a rispondere a due quesiti, e cioè se gli Stati Uniti avessero diritto ad un *change of gauge*, cioè al trasporto dei passeggeri su un aereo più piccolo, a Londra in base all'Accordo del 1946 (*Question A*) e se gli Stati Uniti avessero il diritto di sospendere i voli francesi in risposta al rifiuto francese di accettare la proposta della Pan Am di effettuare il *change of gauge* (*Question B*). Peraltro le Parti avevano convenuto che sulla *Question B* il tribunale non dovesse pronunciarsi con una sentenza vincolante, ma soltanto con un parere privo di effetti giuridici.²

Nella sua sentenza del 9 dicembre 1978, il Tribunale ha anzitutto affermato di dover esaminare «il principio della legittimità di "contromisure" e i limiti di tali misure nel quadro sia dell'esistenza di un sistema di negoziati sia un meccanismo di arbitrato o di regolamento giudiziale» (§ 80). A tale riguardo, il Tribunale ha dichiarato che in base alle regole del diritto internazionale odierno, e a meno che non risulti il contrario da obblighi speciali derivanti da specifici trattati, come ad esempio dei meccanismi istituiti nel quadro di organizzazioni internazionali, «ogni Stato stabilisce per proprio conto la sua situazione giuridica nei confronti degli altri Stati» ed «il verificarsi di una situazione che, ad avviso di uno Stato, costituisce una violazione di un obbligo internazionale da parte di un altro Stato, il primo Stato ha diritto, nei limiti fissati dal-

² In *ILR*, vol. 54, pp. 304-341.

le norme generali di diritto internazionale relative all'impiego della forza armata, di affermare i propri diritti per mezzo di "contromisure"» (§ 81). Peraltro, potrebbero essere introdotte in proposito diverse «distinzioni dottrinali e potrebbe essere adottata una terminologia differenziata in funzione dei vari criteri, in particolare a seconda che l'oggetto delle contromisure sia l'obbligo che si asserisce violato o un altro obbligo e a seconda che tutti gli obblighi in questione attingano o meno alla medesima convenzione». Tuttavia, secondo il Tribunale, non è necessario esaminare tali distinzioni ai fini del presente caso considerando che «sia l'asserita violazione che le contromisure concernono direttamente il funzionamento dei servizi aerei previsto dall'Accordo e dallo Scambio di Note del 5 aprile 1960» (§ 82). Si tratta di una regola ben nota, ha affermato il Tribunale, che «tutte le contromisure debbono, in primo luogo, presentare un certo grado di equivalenza con l'asserita violazione» e «nel corso del procedimento, entrambe le parti non solo «ne hanno riconosciuto l'applicabilità al presente caso» ma «l'hanno [anche] invocata». È stato inoltre osservato, in generale, ha proseguito il Tribunale, «che la valutazione della "proporzionalità" delle contromisure non è un compito semplice e può compiersi nel migliore dei casi soltanto per approssimazione». A giudizio del Tribunale, «è essenziale, in una controversia tra Stati, tener conto non solo dei danni subiti dalle società interessate, ma anche dell'importanza delle questioni di principio derivanti dall'asserita violazione». Il Tribunale ritiene infatti che non sia sufficiente, nel presente caso, «confrontare i danni subiti dalla Pan Am a causa della sospensione dei servizi che intendeva svolgere con i danni che le società francesi avrebbero subito in seguito alle contromisure» in quanto «occorre tener conto anche dell'importanza delle posizioni di principio adottate quando le autorità francesi hanno vietato i cambi di aereo in Paesi terzi». Se si considera quindi «l'importanza della questione nel quadro della politica generale dei trasporti aerei adottata dal Governo degli Stati Uniti e attuata attraverso la conclusione di numerosi accordi internazionali con Paesi diversi dalla Francia, le misure adottate dagli Stati Uniti non appaiono manifestamente sproporzionate rispetto a quelle adottate dalla Francia». D'altra parte, «nessuna delle due Parti ha fornito al Tribunale prove sufficienti ad affermare o negare l'esistenza di proporzionalità in tali termini e il Tribunale deve accontentarsi di una valutazione molto approssimativa» (§ 83).

«Può affermarsi», si è chiesto il Tribunale, «che il ricorso a tali contromisure, contrarie al diritto internazionale ma giustificate da un'asserita violazione del diritto internazionale compiuta dallo Stato contro il quale esse sono dirette, subisca delle limitazioni ove si dimostri che le Parti hanno previamente accettato un obbligo di negoziare ovvero di risolvere la loro controversia mediante un procedimento arbitrato o di compromesso giudiziale?» (§ 84). Il Tribunale pur ritenendo che «le Parti, quando intraprendono un negoziato, siano sottoposte ad un obbligo generale di non aggravare la controversia, obbligo generale derivante in qualche modo dal principio di buona fede», ha affermato che «quando si tenta di definire con maggior precisione un tale principio numerose considerazioni essenziali debbono essere esaminate» (§§ 85-86). Anzitutto, ha spiegato il Tribunale, «l'obbligo di negoziare può, oggi, assumere varie forme e presentare quindi una portata più o meno significativa». Al riguardo, «esiste l'obbligo assai generale di ricorrere al negoziato che è previsto dall'articolo 33 della Carta delle Nazioni Unite e il cui contenuto può venir affermato in termini piuttosto generici, ma vi sono altri, e più precisi, obblighi» (§ 87).

A tale proposito, il Tribunale ha ricordato i termini dell'articolo VIII dell'Accordo del 1946, ai sensi del quale «in uno spirito di stretta collaborazione, le autorità aeronautiche delle due Parti Contraenti si consulteranno regolarmente al fine di assicurare l'osservanza dei principi e l'attuazione delle disposizioni definiti nel presente Accordo e nel suo Allegato» osservando che «tale articolo prevede un obbligo generale di continua consultazione tra le Parti» e «nel contesto di tale obbligo generale, l'Accordo affida un chiaro mandato alle Parti di adoperarsi in buona fede per negoziare su questioni di potenziale controversia». Vi sono peraltro anche altre disposizioni dell'Accordo e dell'Allegato che richiedono consultazioni in circostanze specifiche, quando la possibilità di una controversia è particolarmente acuta nonché vi è anche l'art. X che impone «alle Parti un obbligo speciale di consultazione nel caso in cui, malgrado i loro sforzi precedenti, sia sorta una controversia» (§ 88).

Il problema, secondo il Tribunale, è «ora di stabilire se, sulla base dei testi sopra menzionati, le contromisure siano vietate» ritenendo che «il diritto internazionale generale o le disposizioni dell'Accordo gli consentano di spingersi così in là» (§ 89). Ad avviso del Tribunale, «occorre valutare con attenzione il significato delle contromisure nel quadro della proporzionalità» considerando che «il loro scopo è di ripristinare l'uguaglianza tra le Parti e di incoraggiare a proseguire il negoziato con l'intento reciproco di raggiungere una soluzione accettabile». Nel presente caso, «gli Stati Uniti d'America sostengono che un cambio di aereo in Paesi terzi sia consentito» e «tale convinzione costituisce la loro posizione prima che intervenisse il rifiuto francese». Pertanto «le contromisure degli Stati Uniti ripristinano, in maniera negativa, la simmetria delle posizioni iniziali» (§ 90).

Alla luce del fatto che «il ricorso a contromisure comporta l'elevato rischio di dar luogo, a sua volta, ad un'ulteriore reazione, provocando così una escalation suscettibile di condurre ad un peggioramento del conflitto», le contromisure dovrebbero, secondo il Tribunale, «quindi fondarsi sulla saggezza e non sulla debolezza dell'altra Parte» e «dovrebbero essere impiegate con spirito di forte moderazione ed essere accompagnate da un genuino sforzo di risolvere la controversia». Ciò nonostante, il Tribunale non ha ritenuto che sia possibile «allo stato attuale delle relazioni internazionali, stabilire una regola che vieti l'impiego delle contromisure durante i negoziati, specialmente quando tali contromisure siano accompagnate da una proposta di sottoporsi ad un procedimento che permetta di accelerare la soluzione della controversia» (§ 91). Peraltro, ha proseguito il Tribunale, «questi'ultima considerazione è particolarmente rilevante nelle controversie concernenti le operazioni di servizio aereo» considerando che «la rete dei servizi aerei costituisce di fatto un sistema molto sensibile, i cui disturbi possono produrre conseguenze estese ed imprevedibili» (§ 92). Il Tribunale ha quindi ritenuto che «rispetto al meccanismo dei negoziati, le azioni del Governo degli Stati Uniti non appaiono... contrarie ai suoi obblighi internazionali» (§ 93).

Tuttavia, a giudizio del Tribunale, «la liceità di tali contromisure deve essere esaminata ancora da un altro punto di vista» che consiste nel chiedersi «se esse siano in generale ammissibili quando si tratta di una controversia relativa a un punto di diritto ed esiste un meccanismo arbitrato o giudiziario in grado di risolvere la controversia». In proposito, «molti giuristi hanno ritenuto che in pendenza di un procedimento arbitrato o giudiziario il ricorso alle contromisure, anche se limitate dalla regola della proporzionalità, sia vietato». Secondo il Tribunale, tale affermazione va condivisa sebbene richie-

da maggiori precisazioni. Infatti, «se il procedimento si svolge in un quadro istituzionale che assicura un certo grado di attuazione degli obblighi, la giustificazione delle contromisure senza dubbio viene meno, in ragione peraltro dell'esistenza di tale quadro istituzionale più che per il mero fatto dell'esistenza di un procedimento arbitrato o giudiziario in quanto tale» (§ 94). Peraltro, secondo il Tribunale, «la situazione nel periodo in cui la controversia non è ancora all'esame di un tribunale è diversa da quella che si ha quando il caso si trova *sub iudice*». Finché la controversia non sia stata sottoposta al tribunale, in particolare di negoziazione non è concluso e le regole sopra menzionate restano applicabili». Tale soluzione, ha spiegato il Tribunale «può essere spiacevole, in quanto le Parti in principio hanno convenuto di ricorrere ad un compimento arbitrato o giudiziario». Tuttavia, si deve riconoscere «che secondo il diritto internazionale odierno, gli Stati non hanno rinunciato al loro diritto di adottare contromisure in tali situazioni». D'altra parte, tale soluzione, ha aggiunto il Tribunale, «può essere preferibile in quanto facilita l'accettazione ad opera degli Stati di procedimenti di compimento arbitrato o giudiziario» (§ 96). Al contrario, la situazione cambia una volta che il tribunale sia in grado di agire. Infatti, «nella misura in cui il tribunale disponga dei mezzi necessari per conseguire gli obiettivi che giustificano le contromisure, si deve ammettere che il diritto delle Parti a ricorrere a tali misure venga meno». In altre parole, ha affermato il Tribunale, «il potere di un tribunale di decidere misure provvisorie cautelari, a prescindere se tale potere sia menzionato espressamente o implicitamente nel suo statuto (quanto meno come potere di formulare raccomandazioni a tal fine), fa venir meno il potere di adottare contromisure e può condurre alla rimozione delle contromisure esistenti qualora il tribunale lo decida a titolo di misura provvisoria cautelare». Poiché peraltro «l'oggetto e lo scopo del potere del tribunale di decidere misure provvisorie cautelari può trovarsi definito in termini assai ristretti, anche il potere delle Parti di adottare o di mantenere contromisure può non venir meno del tutto» (§ 96).

Il Tribunale ha poi affermato che «in una controversia relativa ad una disposizione quale l'articolo X dell'Accordo sui servizi aerei del 1946, come emendato dallo Scambio di Note del 19 marzo 1951, l'arbitrato può essere attivato unilateralmente». In tal caso, «benché l'arbitrato non sia vincolante, le Parti sono obbligate a "sforzarsi al massimo in base ai poteri di cui dispongono per dare effetto al parere pronunciato" dal Tribunale». Nel presente caso, «le Parti hanno concluso un *Compromesso* che prevede una decisione vincolante sulla Questione (A) e autorizza espressamente il Tribunale a decidere misure provvisorie» (§ 97).

Per quel che riguarda l'azione intrapresa dal Governo degli Stati Uniti nel presente caso, la situazione si presentava piuttosto semplice. Ad avviso del Tribunale, infatti, «anche se l'arbitrato previsto dall'articolo X dell'Accordo viene attivato unilateralmente, l'attuazione può richiedere del tempo, e durante questo tempo le contromisure non sono escluse». Tuttavia, ha precisato il Tribunale, «uno Stato che faccia ricorso a tali misure deve tuttavia fare tutto ciò che è in suo potere per accelerare l'arbitrato» che «esattamente quanto ha fatto il Governo degli Stati Uniti» (§ 98).

Dopo aver affermato che le osservazioni costituiscono, nel loro complesso, la Risposta del Tribunale alla Questione (B), il Tribunale ha così concluso che «nelle circostanze in esame, il Governo degli Stati Uniti aveva il diritto di intraprendere l'azione che ha intrapreso ai sensi della Parte 213 dei Regolamenti economici del C.A.B.» (§ 99).

A tale proposito, il Tribunale ha ricordato i termini dell'articolo VIII dell'Accordo del 1946, ai sensi del quale «in uno spirito di stretta collaborazione, le autorità aeronautiche delle due Parti Contraenti si consulteranno regolarmente al fine di assicurare l'osservanza dei principi e l'attuazione delle disposizioni definiti nel presente Accordo e nel suo Allegato» osservando che «tale articolo prevede un obbligo generale di continua consultazione tra le Parti» e «nel contesto di tale obbligo generale, l'Accordo affida un chiaro mandato alle Parti di adoperarsi in buona fede per negoziare su questioni di potenziale controversia». Vi sono peraltro anche altre disposizioni dell'Accordo e dell'Allegato che richiedono consultazioni in circostanze specifiche, quando la possibilità di una controversia è particolarmente acuta nonché vi è anche l'art. X che impone «alle Parti un obbligo speciale di consultazione nel caso in cui, malgrado i loro sforzi precedenti, sia sorta una controversia» (§ 88).

Il problema, secondo il Tribunale, è «ora di stabilire se, sulla base dei testi sopra menzionati, le contromisure siano vietate» ritenendo che «il diritto internazionale generale o le disposizioni dell'Accordo gli consentano di spingersi così in là» (§ 89). Ad avviso del Tribunale, «occorre valutare con attenzione il significato delle contromisure nel quadro della proporzionalità» considerando che «il loro scopo è di ripristinare l'uguaglianza tra le Parti e di incoraggiare a proseguire il negoziato con l'intento reciproco di raggiungere una soluzione accettabile». Nel presente caso, «gli Stati Uniti d'America sostengono che un cambio di aereo in Paesi terzi sia consentito» e «tale convinzione costituisce la loro posizione prima che intervenisse il rifiuto francese». Pertanto «le contromisure degli Stati Uniti ripristinano, in maniera negativa, la simmetria delle posizioni iniziali» (§ 90).

Alla luce del fatto che «il ricorso a contromisure comporta l'elevato rischio di dar luogo, a sua volta, ad un'ulteriore reazione, provocando così una escalation suscettibile di condurre ad un peggioramento del conflitto», le contromisure dovrebbero, secondo il Tribunale, «quindi fondarsi sulla saggezza e non sulla debolezza dell'altra Parte» e «dovrebbero essere impiegate con spirito di forte moderazione ed essere accompagnate da un genuino sforzo di risolvere la controversia». Ciò nonostante, il Tribunale non ha ritenuto che sia possibile «allo stato attuale delle relazioni internazionali, stabilire una regola che vieti l'impiego delle contromisure durante i negoziati, specialmente quando tali contromisure siano accompagnate da una proposta di sottoporsi ad un procedimento che permetta di accelerare la soluzione della controversia» (§ 91). Peraltro, ha proseguito il Tribunale, «questi'ultima considerazione è particolarmente rilevante nelle controversie concernenti le operazioni di servizio aereo» considerando che «la rete dei servizi aerei costituisce di fatto un sistema molto sensibile, i cui disturbi possono produrre conseguenze estese ed imprevedibili» (§ 92). Il Tribunale ha quindi ritenuto che «rispetto al meccanismo dei negoziati, le azioni del Governo degli Stati Uniti non appaiono... contrarie ai suoi obblighi internazionali» (§ 93).

Tuttavia, a giudizio del Tribunale, «la liceità di tali contromisure deve essere esaminata ancora da un altro punto di vista» che consiste nel chiedersi «se esse siano in generale ammissibili quando si tratta di una controversia relativa a un punto di diritto ed esiste un meccanismo arbitrato o giudiziario in grado di risolvere la controversia». In proposito, «molti giuristi hanno ritenuto che in pendenza di un procedimento arbitrato o giudiziario il ricorso alle contromisure, anche se limitate dalla regola della proporzionalità, sia vietato». Secondo il Tribunale, tale affermazione va condivisa sebbene richie-

da maggiori precisazioni. Infatti, «se il procedimento si svolge in un quadro istituzionale che assicura un certo grado di attuazione degli obblighi, la giustificazione delle contromisure senza dubbio viene meno, in ragione peraltro dell'esistenza di tale quadro istituzionale più che per il mero fatto dell'esistenza di un procedimento arbitrato o giudiziario in quanto tale» (§ 94). Peraltro, secondo il Tribunale, «la situazione nel periodo in cui la controversia non è ancora all'esame di un tribunale è diversa da quella che si ha quando il caso si trova *sub iudice*». Finché la controversia non sia stata sottoposta al tribunale, in particolare di negoziazione non è concluso e le regole sopra menzionate restano applicabili». Tale soluzione, ha spiegato il Tribunale «può essere spiacevole, in quanto le Parti in principio hanno convenuto di ricorrere ad un compimento arbitrato o giudiziario». Tuttavia, si deve riconoscere «che secondo il diritto internazionale odierno, gli Stati non hanno rinunciato al loro diritto di adottare contromisure in tali situazioni». D'altra parte, tale soluzione, ha aggiunto il Tribunale, «può essere preferibile in quanto facilita l'accettazione ad opera degli Stati di procedimenti di compimento arbitrato o giudiziario» (§ 96). Al contrario, la situazione cambia una volta che il tribunale sia in grado di agire. Infatti, «nella misura in cui il tribunale disponga dei mezzi necessari per conseguire gli obiettivi che giustificano le contromisure, si deve ammettere che il diritto delle Parti a ricorrere a tali misure venga meno». In altre parole, ha affermato il Tribunale, «il potere di un tribunale di decidere misure provvisorie cautelari, a prescindere se tale potere sia menzionato espressamente o implicitamente nel suo statuto (quanto meno come potere di formulare raccomandazioni a tal fine), fa venir meno il potere di adottare contromisure e può condurre alla rimozione delle contromisure esistenti qualora il tribunale lo decida a titolo di misura provvisoria cautelare». Poiché peraltro «l'oggetto e lo scopo del potere del tribunale di decidere misure provvisorie cautelari può trovarsi definito in termini assai ristretti, anche il potere delle Parti di adottare o di mantenere contromisure può non venir meno del tutto» (§ 96).

Il Tribunale ha poi affermato che «in una controversia relativa ad una disposizione quale l'articolo X dell'Accordo sui servizi aerei del 1946, come emendato dallo Scambio di Note del 19 marzo 1951, l'arbitrato può essere attivato unilateralmente». In tal caso, «benché l'arbitrato non sia vincolante, le Parti sono obbligate a "sforzarsi al massimo in base ai poteri di cui dispongono per dare effetto al parere pronunciato" dal Tribunale». Nel presente caso, «le Parti hanno concluso un *Compromesso* che prevede una decisione vincolante sulla Questione (A) e autorizza espressamente il Tribunale a decidere misure provvisorie» (§ 97).

Per quel che riguarda l'azione intrapresa dal Governo degli Stati Uniti nel presente caso, la situazione si presentava piuttosto semplice. Ad avviso del Tribunale, infatti, «anche se l'arbitrato previsto dall'articolo X dell'Accordo viene attivato unilateralmente, l'attuazione può richiedere del tempo, e durante questo tempo le contromisure non sono escluse». Tuttavia, ha precisato il Tribunale, «uno Stato che faccia ricorso a tali misure deve tuttavia fare tutto ciò che è in suo potere per accelerare l'arbitrato» che «esattamente quanto ha fatto il Governo degli Stati Uniti» (§ 98).

Dopo aver affermato che le osservazioni costituiscono, nel loro complesso, la Risposta del Tribunale alla Questione (B), il Tribunale ha così concluso che «nelle circostanze in esame, il Governo degli Stati Uniti aveva il diritto di intraprendere l'azione che ha intrapreso ai sensi della Parte 213 dei Regolamenti economici del C.A.B.» (§ 99).