



City Research Online

City St George's, University of London

Citation: Draghici, C. (2009). L'applicazione della dottrina 'clean hands' all'esercizio della protezione diplomatica (The Application of the 'Clean Hands' Doctrine to the Exercise of Diplomatic Protection). (2009 ed.) In: Panella, L. (Ed.), La protezione diplomatica: sviluppi e prospettive (Diplomatic protection: developments and prospects). . Torino: Giappichelli. ISBN 9788834897454

This is the accepted version of the paper.

This version of the publication may differ from the final published version. To cite this item please consult the publisher's version.

Permanent repository link: <https://city-ref-test.eprints-hosting.org/id/eprint/5248/>

Copyright and Reuse: Copyright and Moral Rights remain with the author(s) and/or copyright holders. Copies of full items can be used for personal research or study, educational, or not-for-profit purposes without prior permission or charge, unless otherwise indicated, provided that the authors, title and full bibliographic details are credited, a hyperlink and/or URL is given for the original metadata page and the content is not changed in any way. For full details of reuse please refer to [City Research Online policy](#).

L'APPLICAZIONE DELLA DOTTRINA "CLEAN HANDS" ALL'ESERCIZIO DELLA PROTEZIONE DIPLOMATICA*

Carmen Draghici**

Sommario: 1. La dottrina delle "mani pulite" da massima di equità nella *common law* a principio di diritto internazionale: la sua rilevanza nelle controversie interstatali alla luce della giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia. 2. Il significato specifico della regola nelle controversie interstatali "indirette" derivanti dall'esercizio della protezione diplomatica. 3. La regola delle "mani pulite" negli scritti giuridici e nei lavori di codificazione della Commissione di Diritto Internazionale. 4. Conclusioni: inesistenza della regola quale causa di inammissibilità, applicazione marginale nell'esame del merito delle controversie e non auspicabilità della sua codificazione a titolo di sviluppo progressivo.

1. La dottrina delle "mani pulite" da massima di equità nella *common law* a principio di diritto internazionale: la sua rilevanza nelle controversie interstatali alla luce della giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia.

Nei sistemi giuridici di *common law*, la cosiddetta *clean hands doctrine* ("regola delle mani pulite") rinvia ad un noto principio di equità;¹ esso consente alla

* Fra gli scritti in tema di protezione diplomatica che includono una trattazione della dottrina "clean hands" si vedano: Amerasinghe, Chittharanjan, *Diplomatic Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 212-224; Pastor Ridruejo, José A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Editorial Tecnos, Madrid, 2007, pp. 245-256; Shapovalov, Aleksandr, "Should a requirement of «clean hands» be a prerequisite to the exercise of diplomatic protection? Human rights implications of the international law commission's debate", in *American University International Law Review*, 2005, vol. 20, issue 4, pp. 829-866; Rousseau, Charles, *Droit international public*, Sirey, Paris, 1983, Tome V ("Les rapports conflictuels"), pp. 170-177; Cavaré, Louis, *Le droit international public positif*, Pedone, Paris, 1967, Tome I ("La notion de droit international public. Structure de la société internationale"), pp. 280-290; Salmon, Jean, "Des «mains propres» comme condition de recevabilité des réclamations internationales", in *Annuaire français de droit international*, 1964, pp. 225-266.

** Dott.ssa di ricerca, cultrice di diritto internazionale, Dipartimento di Teoria dello Stato, Università di Roma "Sapienza", Leverhulme visiting post-doctoral research fellow, Centre on Human Rights in Conflict, School of Law, University of East London.

¹ L'equità (*equity*) è un sistema di regole giuridiche e rimedi sviluppatosi in Inghilterra nel Medio Evo per sopperire alle lacune della *common law* e controbilanciare la sua estrema rigidità: infatti la *common law* non offriva ai ricorrenti altri rimedi al di fuori del risarcimento del danno e consentiva di far valere soltanto quei diritti tutelabili tramite un *writ*, allorché tali *writ* non coprivano tutte le posizioni giuridiche meritevoli di tutela e non erano idonei a tenere conto delle particolarità del caso specifico. Con l'introduzione dell'*equity*, coloro che non avevano potuto ottenere giustizia nelle corti di *common law* si potevano rivolgere ai Cancellieri dei re e successivamente alla Court of Chancery per un rimedio secondo equità. Con la riforma introdotta dai *Judicature Acts* 1873-1875, la distinzione tra corti di *common law* e Court of Chancery è venuta meno, e la nuova unica Supreme Court of Judicature amministra la giustizia applicando sia *common law* sia *equity*. L'*equity* conserva tuttora la sua rilevanza nei Paesi di *common law* come insieme di principi di diritto applicati in via suppletiva ogniqualvolta l'applicazione del diritto *stricto sensu* risulti in concreto iniqua. Nella prassi contemporanea di tali Paesi, la più importante distinzione fra *law* e *equity* risiede nel diverso insieme di rimedi offerti da

parte convenuta in giudizio di eccepire l'inammissibilità del ricorso, adducendo che il torto lamentato dalla parte attrice discende dalla sua stessa condotta contraria alla buona fede. Secondo la definizione dell'autorevole *Black's Law Dictionary* statunitense, la dottrina prevede che "a party cannot seek equitable relief or assert an equitable defense if that party has violated an equitable principle, such as good faith".² In modo analogo, *The Oxford Companion to Law* britannico descrive la dottrina come "a traditional maxim of equity" secondo cui "a man must come to a court of equity with clean hands, that is, with a claim unsullied by fraud or other unfair conduct".³ La condotta conforme alle norme dell'equità funziona dunque nella *common law* come pre-condizione per l'invocabilità di un rimedio equitativo: "A man must come to equity with clean hands. If he has acted wrongly morally or legally he will not be helped by a court when complaining about the actions of the other party".⁴

Altre definizioni fornite dai dizionari e compendi giuridici aggiungono al requisito del comportamento in buona fede di chi persegue un rimedio equitativo alcuni elementi specifici, quali l'assenza di intenzioni disoneste o il previo adempimento ai propri obblighi nei confronti della parte convenuta: "the claimant cannot claim successfully if his or her motives are dishonest, or if his or her obligations to the defendant have not been discharged".⁵ Tali elementi si comprendono meglio alla luce della prassi in materia: così il *Black's Law Dictionary* cita quale esempio di applicazione della dottrina il par. 8 del *Uniform Child Custody Jurisdiction Act*, il quale prevede che una corte non si può pronunciare sulla richiesta di affidamento o ripristino dei diritti del genitore che si è comportato in male fede riguardo ai diritti parentali dell'altro genitore.⁶ Altri esempi tipici attengono alla tutela della parte più debole nella stipulazione dei contratti: se un perito offre ad un privato inesperto una somma inadeguata per un determinato bene, agendo così in male fede, non potrà cercare giustizia se il privato rifiuta successivamente di osservare il contratto e consegnare il bene. Alcune definizioni specificano che non qualsiasi condotta fraudolenta della parte attrice presenta rilevanza ai fini dell'applicazione della regola delle mani pulite, bensì soltanto le condotte connesse alla controversia oggetto del ricorso: in tal senso il più risalente *Mozley and Whiteley's Law Dictionary* precisa che "[c]lean hands are required from a plaintiff in equity, i.e., he must be free

ciascuna di esse. Il più comune strumento di tutela che può offrire una Corte che giudichi secondo diritto è il risarcimento del danno; in base all'*equity*, invece, è possibile emanare *injunctions* o *decrees* in base ai quali si può ordinare o proibire al convenuto una determinata azione: in molti casi questa forma di rimedio è di maggior interesse per l'attore rispetto al risarcimento del danno. Sull'equità nel sistema di *common law* v. Wheeler, John, *Essentials of the English Legal System*, Longman, Harlow, 2002 (2nd edition), pp. 366-371; Marsh, Stanley Bryan, *Outlines of English Law*, McGraw-Hill, London, 1990 (5th edition), pp. 6-7; O'Connor, J.F., *Good Faith in English Law*, Dartmouth, Aldershot, 1990, pp. 70-76.

² Garner, Bryan A. (ed.), *Black's Law Dictionary*, West, St. Paul, MN, 2004 (8th edition), p. 268.

³ Walker, David M. (ed.), *The Oxford Companion to Law*, Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 230.

⁴ Wheeler, *cit.*, p. 370. La regola è citata fra le massime di equità in Woodley, Mick (ed.), *Osborn's Concise Law Dictionary*, Sweet & Maxwell, London, 2005 (10th ed.), p. 162 (cf. voce "equity, maxims of", no. 11).

⁵ Cf. Collin, Peter H. *Dictionary of Law*, Bloomsbury, London, 2004, p. 50, voce *clean hands*, nell'espressione *the plaintiff or claimant must have clean hands*.

⁶ Cfr. *loc. cit.* nota 2: "\$ 8 of the *Uniform Child Custody Jurisdiction Act* contains an unclean hands provision that forbids a court from exercising jurisdiction in a child-custody suit in certain situations, as when one party has wrongfully removed the child from another state, has improperly retained custody of a child after visitation, or has wrongfully removed a child from the person with custody".

from reproach, or taint of fraud, etc. in his conduct *in respect of the subject-matter of his claim*” (enfasi nell’originale).⁷

Eliminando le connotazioni che caratterizzano la dottrina *clean hands* nel contesto storico-giuridico ricordato, si può formulare un principio più generale di logica giuridica secondo cui la parte che cerca un rimedio (secondo equità *lato sensu*) deve aver tenuto un comportamento conforme ai principi dell’equità in relazione alla controversia specifica; inoltre, perché si possa invocare tale dottrina, alla luce delle definizioni passate in rivista, ci dovrebbe essere anche un nesso di causalità tra il torto subito e l’illecito anteriormente commesso. Un siffatto principio generale sarebbe retto dalla considerazione che un soggetto non è meritevole di tutela rispetto ad una particolare pretesa giuridica nella misura in cui non è una parte innocente lesa (*ex turpi causa non oritur actio*): al di fuori dell’*equity* la dottrina sarebbe dunque in buona sostanza ascrivibile al più generale principio dell’azione *bona fide*.

Trasposta nella logica del diritto internazionale, la regola delle mani pulite dovrebbe precludere la possibilità di invocare la responsabilità internazionale – o perlomeno di attivare una procedura giurisdizionale di soluzione pacifica delle controversie – per uno Stato che ha subito un illecito in risposta ad un proprio comportamento tenuto in violazione delle norme giuridiche attinenti alla medesima questione. Per poter affermare l’idoneità della regola a condizionare l’esercizio della protezione diplomatica si deve anzitutto dimostrare l’esistenza di tale regola in diritto internazionale, ed in particolare nel contenzioso tra Stati, e successivamente la sua pertinenza a fronte di controversie relative alla protezione diplomatica, nonché i suoi contenuti eventualmente diversi (rilevanza della condotta dell’individuo piuttosto che dello Stato ecc.).

Secondo l’art. 38 lett. c) dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, una delle fonti del diritto internazionale è costituita dai “principi comuni agli ordinamenti dei Paesi civili”. Sebbene riscontrabile più propriamente nella *common law*, la regola delle mani pulite trova corrispondenza, come accennato sopra, nel principio della buona fede – quest’ultimo principio consolidato, peraltro, in diritto internazionale, in altri settori.⁸ È possibile perciò, in linea di massima, postulare l’esistenza di un principio che richieda “mani pulite” nei procedimenti giurisdizionali o diplomatici internazionali volti alla soluzione pacifica delle controversie. Si tratta dunque di verificare se la prassi internazionale conferma l’esistenza di tale regola.

L’esame della prassi dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia evidenzia che la dottrina è stata invocata nelle controversie interstatali, seppure di rado, da Stati o giudici dissidenti che fondavano la richiesta di inammissibilità o rigetto del ricorso sulla motivazione (perlomeno implicita) che il suo autore non era venuto in giudizio “con mani pulite”.⁹ Un primo esempio è fornito dal caso relativo alle *Piattaforme*

⁷ Saunders, John B. (ed.), *Mozley and Whiteley’s Law Dictionary*, Butterworths, London, 1962 (7th edition), p. 64. Altre definizioni fanno riferimento in termini generici e vaghi al fatto che il ricorrente deve avere la coscienza pulita rispetto al passato. Cfr. Curzon, Leslie Basil, *Dictionary of Law*, Pearson Education Limited, Harlow etc., 2002 (6th edition), p. 71: “He who comes into equity must come with clean hands, i.e., the claimant must have a clear conscience as regards the past”.

⁸ Così, ad esempio, nel diritto dei trattati, con riferimento agli obblighi dello Stato firmatario o dello Stato contraente nelle more dell’entrata in vigore, all’esecuzione dei trattati, alle regole di interpretazione, o alla violazione manifesta, secondo la codificazione della Convenzione di Vienna del 1969, artt. 18, 26, 31, 46, rispettivamente. Si veda anche il terzo paragrafo preambolare della suddetta Convenzione: “Noting that the principles of free consent and of good faith and the pacta sunt servanda rule are universally recognized”.

⁹ Cfr. Amerasinghe, *cit.*, p. 213: “...in practice the doctrine has most frequently been raised in the context of inter-State relations where States (or dissenting judges) have sought to have a claim

petrolifere, in cui gli Stati Uniti avevano sollevato, nella fase di merito, una questione di natura preliminare basata sul comportamento antiggiuridico che l'Iran avrebbe tenuto prima delle azioni statunitensi lamentate (violazione di un trattato bilaterale nonché del divieto consuetudinario dell'uso della forza).¹⁰ Senza menzionare esplicitamente la dottrina delle mani pulite, gli Stati Uniti fanno leva su tre principi interconnessi riconducibili a tale dottrina: 1. uno Stato che si è comportato in mala fede con riferimento all'oggetto del reclamo non può cercare un rimedio giurisdizionale; 2. in virtù di un principio di reciprocità, uno Stato non può pretendere che un altro Stato osservi, nei suoi confronti, obblighi che il primo Stato ha violato nei confronti del secondo; 3. uno Stato non può cercare un rimedio dinanzi ad una Corte quando le azioni lamentate sono la conseguenza del proprio comportamento illecito.¹¹ L'Iran ha eccepito in quella sede che la teoria delle mani pulite su cui si basava l'obiezione statunitense non troverebbe applicazione come causa di irricevibilità nelle procedure contenziose vertenti su controversie dirette fra Stati, ma soltanto nel contesto della protezione diplomatica, ammettendo, tuttavia, che la dottrina potrebbe avere una certa rilevanza nella fase di merito.¹² Senza prendere posizione rispetto alla tesi iraniana, la Corte dell'Aja ha rilevato soltanto che l'argomento degli Stati Uniti non era stato adottato come causa di irricevibilità, bensì allo scopo di ottenere il riconoscimento della legittimità delle azioni statunitensi in risposta alle azioni illecite iraniane; ciò imponeva, secondo la Corte, di procedere all'esame sul merito,¹³ e rendeva innecessario discutere la pretesa degli Stati Uniti in quella fase della procedura.¹⁴

Successivamente, nel caso *LaGrand*, gli Stati Uniti hanno formulato un'altra obiezione che sembra improntata alla dottrina delle mani pulite. Secondo il Governo statunitense, infatti, il ricorso della Germania doveva ritenersi inammissibile in quanto la Germania avrebbe preteso che si applicasse agli Stati Uniti uno standard diverso da

declared inadmissible or dismissed for the reason, apparently, if not explicitly, that the applicant State's hands are unclean".

¹⁰ Cfr. *Case concerning Oil Platforms* (Iran c. Stati Uniti), sentenza del 6 novembre 2003, *I.C.J. Reports* 2003, pp. 161 ss., par. 27: "The Court will first consider a contention to which the United States appears to have attributed a certain preliminary character. The United States asks the Court to dismiss Iran's claim and refuse it the relief it seeks, because of Iran's allegedly unlawful conduct, i.e., its violation of the 1955 Treaty and other rules of international law relating to the use of force".

¹¹ Cfr. *ibid.*: "The United States invokes [...] three related principles [...]. First, a party that acts improperly with respect to the subject-matter of a dispute is not entitled to relief; [...]. Second, a party that has itself violated obligations identical to those that are the basis for its application is not entitled to relief [...]. Third, an applicant is not entitled to relief when the actions it complains of were the result of its own wrongful conduct".

¹² Cfr. *id.*, par. 28: "Iran responds that the concept of 'clean hands' underlying these arguments of the United States, «while reflecting and incorporating fundamental principles of law inspired by good faith, is not an autonomous legal institution». It contends that the concept of «clean hands» requires the operation of other institutions or legal rules for its implementation. Iran argues that the «plaintiff's own wrongful conduct» as a ground for inadmissibility of a claim relates to claims arising in the context of diplomatic protection and concerns only a foreign individual's "clean hands", but that such a principle is irrelevant in direct State-to-State claims. According to Iran, as far as State-to-State claims are concerned, such principle may have legal significance only at the merits stage, and only at the stage of quantification of damages, but does not deprive a State of *locus standi in judicio*".

¹³ Cfr. *id.*, par. 29: "The United States does not ask the Court to find Iran's claim inadmissible; it asks the Court to dismiss that claim. It does not argue that the Court should be debarred from examining the merits of the Iranian claim on the grounds of Iran's conduct; rather it argues that Iran's conduct is such that it «precludes it from any right to the relief it seeks from this Court», or that it «should not be permitted to recover on its claim»".

¹⁴ *Id.*, par. 30.

quello praticato dalla Germania stessa, in contrasto col principio dell'uguaglianza delle parti (nel caso specifico la Germania richiedeva l'annullamento di una pronuncia avvenuta in circostanze contrarie alle disposizioni della Convenzione di Vienna circa l'assistenza consolare).¹⁵ In risposta, la Germania non ha contestato il principio addotto, ma ha sostenuto che la prassi tedesca in materia di rimedi per la violazione della Convenzione del 1963 non differiva da quanto richiesto agli Stati Uniti.¹⁶ A sua volta la Corte ha ritenuto di non dovere esaminare, *in abstracto*, se l'obiezione degli Stati Uniti, ove fosse stata confermata dai fatti, avrebbe avuto come conseguenza l'irricevibilità della causa. Si è invece limitata ad osservare che le prove fornite dagli Stati Uniti non dimostravano che la Germania non si era conformata agli standard di cui pretendeva l'applicazione.¹⁷

Più recentemente, nel caso *Avena*, gli Stati Uniti hanno formulato un'obiezione piuttosto simile in relazione all'interpretazione dell'art. 36 della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari del 1963. Il Governo statunitense argomentava che un trattato non può essere interpretato in modo tale da imporre obblighi notevolmente più onerosi per una delle parti, deducendone che il Messico non poteva invocare contro gli Stati Uniti *standards* che il Messico stesso disattendeva. Nel respingere l'obiezione, la Corte ha contestato che l'eventuale incorretta applicazione dell'art. 36 da parte del Messico potesse costituire una causa di inammissibilità.¹⁸ Non è evidente se questa posizione equivale ad una negazione dell'esistenza della norma sulle mani pulite in diritto internazionale. Infatti, nella sua argomentazione la Corte insiste non già sulla posizione dei contendenti, o sull'eventuale iniquità del reclamo, bensì sulla natura peculiare della Convenzione di Vienna, tesa a stabilire obblighi multilaterali relativi allo svolgimento senza impedimenti delle funzioni consolari.

La rilevanza della dottrina nei rapporti fra Stati sembra messa in dubbio dalla Corte Internazionale di Giustizia anche nel caso del *Progetto Gabčíkovo-Nagymaros*,¹⁹ in cui la Corte, pur ammettendo che non può ignorare gli inadempimenti delle parti, sottolinea che i fatti discendenti dalla condotta illecita dei contraenti non possono determinare il diritto.²⁰ Ci sembra tuttavia che anche qui il

¹⁵ Cfr. *LaGrand* (Germania c. Stati Uniti), sentenza del 21 giugno 2001, *I.C.J. Reports* 2001, pp. 466 ss., par. 61: "The United States also contends that Germany's submissions are inadmissible on the ground that Germany seeks to have a standard applied to the United States that is different from its own practice. According to the United States, Germany has not shown that its system of criminal justice requires the annulment of criminal convictions where there has been a breach of the duty of consular notification; and that the practice of Germany in similar cases has been to do no more than offer an apology. The United States maintains that it would be contrary to basic principles of administration of justice and equality of the Parties to apply against the United States alleged rules that Germany appears not to accept for itself".

¹⁶ *Id.*, par. 62.

¹⁷ Cfr. *id.*, par. 63: "The Court need not decide whether this argument of the United States, if true, would result in the inadmissibility of Germany's submissions. Here the evidence adduced by the United States does not justify the conclusion that Germany's own practice fails to conform to the standards it demands from the United States in this litigation".

¹⁸ Cfr. *Avena and Other Mexican Nationals* (Messico c. Stati Uniti), sentenza del 31 marzo 2004, *I.C.J. Reports* 2004, pp. 12 ss., par. 47.

¹⁹ Questa l'interpretazione di Amerasinghe, *cit.*, p. 214.

²⁰ Cfr. *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Ungheria c. Slovacchia), sentenza del 25 settembre 1997, *I. C.J. Reports* 1997, pp. 7 ss., par. 133: "The Court, however, cannot disregard the fact that the Treaty has not been fully implemented by either party for years, and indeed that their acts of commission and omission have contributed to creating the factual situation that now exists. Nor can it overlook that factual situation - or the practical possibilities and impossibilities to which it gives rise - when deciding on the legal requirements for the future conduct of the Parties. This does not mean that

principio *ex iniuria non oritur ius* non sia menzionato con riferimento a diritti di natura “processuale” delle parti, come invece presuppone la regola delle mani pulite, ma ai diritti e obblighi che sorgono da un accordo incorrettamente applicato. Così, l’enfasi, a nostro avviso, è sul principio per cui un comportamento antigiuridico delle parti non può modificare radicalmente l’interpretazione di un trattato a titolo di “prassi successiva”, facendo venir meno l’effetto utile del trattato.

Al di fuori del contesto contenzioso, una dottrina fondata sulla “good faith and the principle of «clean hands»” è stata invocata dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia nei procedimenti relativi al parere consultivo sulla *Costruzione di un muro nei territori palestinesi occupati*. In tale sede, il Governo israeliano ha fatto leva sugli atti di violenza perpetrati dalla Palestina contro Israele e sostenuto che la Palestina non può sollecitare un rimedio per una situazione derivante dai propri fatti illeciti. Secondo Israele, la regola si applicherebbe non solo ai procedimenti contenziosi, ma anche a quelli di natura consultiva.²¹ La Corte non ha respinto l’argomentazione israeliana sulla base dell’inesistenza della dottrina, bensì perché nel caso specifico la Palestina non aveva cercato alcun rimedio, essendo il parere richiesto dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite.²²

Oltretutto nelle dichiarazioni degli Stati nei procedimenti dinanzi alla Corte dell’Aja, un appello alla dottrina delle mani pulite si può rinvenire in alcune opinioni dissidenti allegate alle sentenze della Corte medesima. Nel caso *Mandato di arresto*, la dottrina è stata evocata esplicitamente dal giudice dissenziente van den Wyngaert per sostenere che il Congo aveva agito in mala fede, in quanto era venuto meno al proprio obbligo di indagare e perseguire crimini internazionali.²³ La sentenza emanata dalla Corte non fa invece alcun riferimento a tale principio. Alla luce della posizione dissenziente appena ricordata, il silenzio della Corte sembra suggerire che quest’ultima non l’abbia ritenuta pertinente (perlomeno alla luce delle circostanze specifiche).

Nel caso *Nicaragua* un’altra opinione dissenziente ha portato all’attenzione dei giuristi la regola delle mani pulite: il giudice Schwebel sosteneva, infatti, che il Nicaragua non era venuto a chiedere rimedio con le mani pulite, in ragione dei suoi precedenti illeciti contro gli Stati vicini, soprattutto El Salvador, e della falsa rappresentazione dei fatti dinanzi alla Corte. Pertanto, secondo il giudice Schwebel, il

facts - in this case facts which flow from wrongful conduct - determine the law. The principle *ex iniuria ius non oritur* is sustained by the Court’s finding that the legal relationship created by the 1977 Treaty is preserved and cannot in this case be treated as voided by unlawful conduct”.

²¹ Cfr. *Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory*, Opinione consultiva del 9 luglio 2004, *I.C.J. Reports 2004*, pp. 136 ss., par. 63: “Israel has contended that Palestine, given its responsibility for acts of violence against Israel and its population which the wall is aimed at addressing, cannot seek from the Court a remedy for a situation resulting from its own wrongdoing. In this context, Israel has invoked the maxim *nullus commodum capere potest de sua iniuria propria*, which it considers to be as relevant in advisory proceedings as it is in contentious cases. Therefore, Israel concludes, good faith and the principle of «clean hands» provide a compelling reason that should lead the Court to refuse the General Assembly’s request.”

²² *Id.*, par. 64: “The Court does not consider this argument to be pertinent. As was emphasized earlier, it was the General Assembly which requested the advisory opinion, and the opinion is to be given to the General Assembly, and not to a specific State or entity.”

²³ Cfr. *Arrest Warrant Case (Congo c. Belgio)*, sentenza del 14 febbraio 2002, *I.C.J. Reports 2002*, pp. 3 ss., par. 35: “The Congo was il1 placed when accusing Belgium of exercising universal jurisdiction in the case of Mr. Yerodia. If the Congo had acted appropriately, by investigating charges of war crimes and crimes against humanity allegedly committed by Mr. Yerodia in the Congo, there would have been no need for Belgium to proceed with the case. [...] The Congo did not come to the Court with clean hands. In blaming Belgium for investigating and prosecuting allegations of international crimes that it was obliged to investigate and prosecute itself, the Congo acts in bad faith”.

suo ricorso contro gli Stati Uniti non avrebbe dovuto trovare accoglimento, a prescindere dalla questione della proporzionalità della risposta statunitense.²⁴

Per fare il bilancio della giurisprudenza esaminata, i casi dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia mettono in evidenza un uso piuttosto marginale della dottrina delle mani pulite. Sebbene non rigettata in linea di principio, la dottrina non è mai stata direttamente abordata, né tanto meno ha costituito la base per una decisione contro la parte attrice. Ci sembra piuttosto che la Corte sia reticente a prendere una posizione sulla dottrina in commento, e riteniamo che i suoi riferimenti estremamente elusivi tendano ad indicare lo stato incerto del diritto in proposito. Inoltre, non constano lodi arbitrali riguardanti controversie inter-statali dirette in cui abbia trovato applicazione il principio delle mani pulite.²⁵

Ciò nonostante, l'appello alla regola delle mani pulite nelle dichiarazioni degli Stati nei procedimenti giurisdizionali e in alcune opinioni dissidenti, nonché l'assenza di contestazioni manifeste mosse dalle controparti o dalla Corte stessa, non permettono di concludere che la regola sia del tutto irrilevante nel diritto internazionale. D'altro canto, la scarsità della prassi e l'ambiguità delle reazioni di fronte al suo utilizzo testimoniano che la regola è circondata da notevoli incertezze circa la sua concreta applicazione e i suoi effetti, e di conseguenza non occupa mai un luogo centrale nella soluzione della controversia.

Ammesso che la regola esista in diritto internazionale, ed in particolare nel contenzioso fra Stati, occorre interrogarsi se la si riscontra nelle controversie in cui si è verificato un danno 'indiretto' a scapito di uno Stato, attraverso la violazione dei diritti di un suo cittadino. È importante altresì verificare se la dottrina presenta in tali casi una sua specificità rispetto alle controversie interstatali dirette.

2. Il significato specifico della regola nelle controversie interstatali "indirette" derivanti dall'esercizio della protezione diplomatica

La protezione diplomatica, come è noto, è un istituto ben radicato nello *ius gentium* e consente ad uno Stato di invocare la responsabilità internazionale di un altro Stato (attraverso mezzi diplomatici o giurisdizionali) allo scopo di ottenere la riparazione dei danni subiti da un proprio cittadino come conseguenza di un fatto

²⁴ Cfr. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua c. Stati Uniti), sentenza (merito) del 27 giugno 1986, *I.C.J. Reports 1986*, pp. 14 ss., opinione dissenziente del giudice Schwebel, par. 14: "[T]he State which first intervened with the use of force in the affairs of another State in the dispute before the Court was Nicaragua [...] Moreover, Nicaragua has compounded its delictual behaviour by pressing false testimony on the Court in a deliberate effort to conceal it. Accordingly, on both grounds, Nicaragua does not come before the Court with clean hands. Judgment in its favour is thus unwarranted, and would be unwarranted even if it should be concluded - as it should not be - that the responsive actions of the United States were unnecessary or disproportionate". V. anche la sezione X ("Nicaragua's Unclean Hands Require the Court in any Event to Reject its Claims"), par. 268: "Nicaragua has not come to Court with clean hands. On the contrary, as the aggressor, indirectly responsible - but ultimately responsible - for large numbers of deaths and widespread destruction in El Salvador apparently much exceeding that which Nicaragua has sustained, Nicaragua's hands are odiously unclean. [...] Thus both on the grounds of its unlawful armed intervention in El Salvador, and its deliberately seeking to mislead the Court about the facts of that intervention through false testimony of its Ministers, Nicaragua's claims against the United States should fail".

²⁵ V. Amerasinghe, *cit.*, p. 215.

internazionalmente illecito dell'altro Stato.²⁶ Nei termini del Progetto di articoli adottato nel 2006 dalla Commissione di Diritto Internazionale, "diplomatic protection consists of the invocation by a State, through diplomatic action or other means of peaceful settlement, of the responsibility of another State for an injury caused by an internationally wrongful act of that State to a natural or legal person that is a national of the former State with a view to the implementation of such responsibility".²⁷

Il presupposto dell'azione diplomatica è dunque il verificarsi di un illecito internazionale ad opera dello Stato ospitante a discapito del cittadino straniero. D'altro canto, il reclamo internazionale è formulato dallo Stato di cittadinanza, poiché il privato non può agire sul piano internazionale (salvo nell'ambito di sistemi convenzionali che permettono all'individuo di attivare una procedura internazionale [quasi]giurisdizionale, Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici ecc.).²⁸ Di conseguenza, pur rientrando la materia qui trattata nell'ambito più generale della responsabilità internazionale degli Stati,²⁹ si può operare una distinzione tra le controversie sorte nell'esercizio della protezione diplomatica, in cui uno Stato viene leso indirettamente, attraverso il danno arrecato al cittadino, dalle controversie inter-statali dirette, in cui è lo Stato stesso a subire un pregiudizio. Per questa ragione ci si chiede se la dottrina delle mani pulite abbia un significato diverso nel contesto della protezione diplomatica.

Preme osservare, anzitutto, che, secondo la finzione giuridica teorizzata da E. de Vattel,³⁰ e consacrata dal noto *dictum* della Corte Permanente di Giustizia Internazionale nel caso *Mavrommatis*,³¹ lo Stato che agisce in protezione diplomatica fa valere sul piano internazionale un diritto suo proprio.³² Se, quindi, l'illecito che dà luogo alla protezione diplomatica si verifica a scapito di un privato, il rapporto di responsabilità tra Stato trasgressore e Stato indirettamente leso si iscrive interamente nell'ambito delle relazioni inter-statali. In altri termini, "[b]y exercising diplomatic

²⁶ Cfr. Pastor Ridruejo, *cit.*, p. 255: "La protección diplomática consiste en una reclamación en solicitud de una reparación por los daños, no susceptibles de indemnización en vía interna, que haya sufrido un nacional a consecuencia del hecho ilícito de otro Estado". Si veda anche Cassese, Antonio, *Diritto internazionale*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 98: "ricorrere alla c.d. protezione diplomatica [significa] agire a livello internazionale attraverso le vie diplomatiche (ad esempio, inviando una nota di protesta) o l'istituzione di procedure giudiziali internazionali, al fine di ottenere la cessazione dell'illecito e il risarcimento del danno a beneficio del proprio cittadino".

²⁷ Art. 1 del Progetto di articoli sulla protezione diplomatica adottato nel 2006. Sulla codificazione dell'istituto v. *infra*.

²⁸ Cfr. Pastor Ridruejo, *cit.*, p. 245: "Si un Estado ha cometido un hecho ilícito internacional en perjuicio de un particular extranjero, persona física o jurídica, la presente situación del Derecho Internacional no permite en línea de principio al perjudicado entablar una reclamación en el plano internacional contra el Estado infractor. Al particular no le queda otro recurso que reclamar en el plano interno de este Estado, y si en él no obtiene satisfacción, lo único que puede hacer es acudir al Estado de su nacionalidad para que sea éste el que reclame en el plano internacional. Y si tal Estado lo hace así, ejerce lo que se llama la protección diplomática".

²⁹ Del resto la codificazione delle regole relative alla protezione diplomatica è iniziata nell'ambito degli studi consacrati al tema della responsabilità internazionale (v. i rapporti del primo Relatore speciale, F.V. Garcia Amador, presentati tra il 1956 e il 1961).

³⁰ V. de Vattel, Emmerich, *The Law of Nations or the Principles of Natural Law Applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and Sovereigns*, vol. III (1758, English translation by C.G. Fenwick, Carnegie Institution, Washington 1916), chap. VI, p. 136.

³¹ V. *Mavrommatis Palestine Concessions* (Grecia c. Regno Unito), *P.C.I.J. Reports* 1924, Series A, No. 2, p. 12. Tale giurisprudenza è stata ribadita dalla Corte Permanente di Giustizia Internazionale nel caso *Panevezys Saldutiskis Railway* (Estonia c. Lituania), *P.C.I.J. Reports* 1939, Series A/B, No. 76, p. 16.

³² Cfr. Pastor Ridruejo, *cit.*, p. 245: "en los casos de ejercicio de protección diplomática de particulares, la responsabilidad internacional sigue siendo una relación de Estado a Estado".

protection, the State brings the claim of its national to the State-to-State level, making it an inter-State dispute”.³³

Del resto, ci sembra giustificata la perplessità manifestata dal Relatore speciale Dugard nel *Sesto rapporto sulla protezione diplomatica* di fronte all’implicazione che potrebbe avere una distinzione troppo netta tra pretesa dello Stato in quanto tale e pretesa a titolo di protezione diplomatica, vale a dire che lo Stato si ridurrebbe ad un... agente del privato: “One of the cornerstones of diplomatic protection is that ‘once a State has taken up a case on behalf of one of its subjects before an international tribunal, in the eyes of the latter the State is sole claimant’. Surely it is not suggested that we should abandon this fiction and instead see the State in a claim for diplomatic protection as simply the agent acting on behalf of its national?”³⁴

Se consideriamo perciò che le controversie sorte nell’ambito della protezione diplomatica non hanno alcuna specificità rispetto alle controversie inter-statali classiche, si dovrebbe intendere che la regola delle mani pulite condiziona la condotta dello Stato (come, del resto, abbiamo potuto osservare nei casi di fronte alla Corte Internazionale di Giustizia sopra esaminati): uno Stato che non ha le mani pulite non può cercare la riparazione per l’illecito subito (dal cittadino, *ergo* dallo Stato stesso).

Ciò nonostante, la regola delle mani pulite sembra rivestire un’accezione peculiare nell’ambito del rapporto di responsabilità che discende fra Stati dall’illecito commesso a danno di un cittadino. In effetti, si ritiene – in dottrina, ma anche nei lavori della Commissione di Diritto Internazionale –³⁵ che la regola, ove applicabile all’istituto della protezione diplomatica, significherebbe che, quando il fatto internazionalmente illecito di uno Stato recante danno ad un straniero è il risultato di una condotta illecita *dello straniero* posta in essere precedentemente, lo Stato di cittadinanza non può agire in protezione diplomatica.

La dottrina recente³⁶ menziona due diverse possibili accezioni della regola delle mani pulite con riferimento all’istituto della protezione diplomatica, per pronunciarsi a favore della seconda: (1) irricevibilità dell’azione quando lo Stato di nazionalità dello straniero ha tenuto una condotta illecita nei confronti dello Stato ospitante, relazionata al torto presumibilmente subito dal cittadino (questa ipotesi in realtà è solo una specificazione, nel contesto della protezione diplomatica, dell’interpretazione della regola nelle controversie inter-statali dirette); (2) irricevibilità quando il cittadino ha subito un pregiudizio in conseguenza della propria condotta illecita.

Questa seconda interpretazione della regola nel contesto della protezione diplomatica si riscontra anche negli scritti più risalenti, che sono stati alla base delle proposte riguardanti l’introduzione della regola nel progetto di codificazione della Commissione di Diritto Internazionale. Così Charles Rousseau scrive: “D’après une pratique fréquemment appliquée par la jurisprudence arbitrale, un Etat ne peut

³³ Shapovalov, *cit.*, p. 839.

³⁴ *Sixth Report of the Special Rapporteur, Mr. John R. Dugard* (57th session of the ILC (2005)), A/CN.4/546, par. 7.

³⁵ V. *infra*.

³⁶ V. Shapovalov, *cit.*, pp. 835-836, Amerasinghe, *cit.*, pp. 212-213. Shapovalov propone ulteriori specificazioni della prima ipotesi, distinguendo tra la circostanza in cui uno Stato si è comportato, nei confronti di stranieri, in modo analogo a quello che dà luogo al reclamo, e quella in cui lo Stato ha agito illecitamente in relazione al caso del proprio cittadino: “First, the clean hands doctrine can preclude a State from exercising diplomatic protection if it has acted in a similar manner to foreign nationals. Second, the doctrine may preclude diplomatic protection when the protecting State acted unlawfully in a particular case involving its national and consequently has made its hands unclean”.

présenter de réclamation internationale en faveur d'une personne physique ou morale que si celle-ci a eu une conduite correcte à l'égard de l'Etat prétendument responsable. En d'autres termes, suivant une expression imagée des auteurs anglais et américains, le réclamant doit avoir les mains propres (*clean hands*) pour pouvoir bénéficier de la protection diplomatique de l'Etat dont il est le ressortissant".³⁷ Rousseau specifica anche che la condotta illecita del privato può riguardare sia una violazione del diritto interno dello Stato ospitante, sia una violazione del diritto internazionale, e più specificamente di quelle norme del diritto internazionale che si impongono all'individuo in virtù di una legge interna del proprio Stato (poiché l'individuo non è destinatario diretto di norme dell'ordinamento internazionale).³⁸

Poche trattazioni dell'istituto nei manuali moderni di diritto internazionale fanno riferimento alla regola delle mani pulite, quindi gli elementi dottrinari a favore di una od altra delle accezioni ricordate scarseggiano. Di particolare interesse risulta in tale contesto la trattazione di Pastor Ridruejo, che nel suo ampio *Curso de derecho internacional público* dedica un paragrafo apposito a "El pretendido requisito de la conducta correcta del perjudicado".³⁹ L'insigne giurista ricorda, per contestare,⁴⁰ la tesi sostenuta da un settore della dottrina⁴¹ secondo cui "la conducta incorrecta del reclamante, por violación del Derecho interno del Estado reclamado o del Derecho internacional, motivaría la inadmisibilidad de la protección diplomática".⁴² L'autore non fa invece alcun riferimento ad una possibile interpretazione della regola basata sulla condotta dello Stato di appartenenza.

Tuttavia, non manca chi sostiene una lettura differente della regola delle mani pulite, considerando rilevante (anche se non esclusivamente) la condotta dello Stato di nazionalità dell'individuo leso. Così la tesi di Amerasinghe consiste nel ritenere che la regola comporti una doppia condizione, cioè che sia lo Stato di cittadinanza sia l'individuo abbiano le mani pulite: "the 'clean hands' doctrine may apply in respect of both State and alien [...] Both [...] must come to court with clean hands as against the host State. [...] The solution ... happens to favour the host State but ... this does not interfere with the requirements of justice".⁴³ Il requisito che anche lo Stato di appartenenza abbia le mani pulite varrebbe "even though the result would be that the individual loses protection through no fault of his own. The Vattelien conception of diplomatic protection as a right of the State... would logically and pragmatically prevail".⁴⁴

L'accezione incentrata sulla previa condotta dell'individuo, e non dello Stato, è stata accolta durante i lavori di codificazione intrapresi dalla Commissione di Diritto Internazionale che hanno portato all'adozione nel 2006, nel corso della 58° sessione, di un Progetto di articoli sulla protezione diplomatica.⁴⁵ La dottrina delle mani pulite ha costituito, infatti, oggetto di esame da parte della Commissione. La discussione circa la possibile inclusione nel progetto di una norma relativa alla regola delle mani pulite ha avuto luogo nel 2005 durante la 57° sessione e si è riflessa nel Sesto

³⁷ Rousseau, *cit.*, p. 170.

³⁸ V. *id.*, pp. 171-173.

³⁹ Pastor Ridruejo, *cit.*, pp. 254-255.

⁴⁰ Si veda *infra*, sezione 3.

⁴¹ L'autore cita Joseph Charles Witenberg, Charles Rousseau e L. García Arias.

⁴² Pastor Ridruejo, *cit.*, p. 254.

⁴³ Amerasinghe, *cit.*, p. 223.

⁴⁴ *Id.*, pp. 222-223.

⁴⁵ V. *Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10)*.

Rapporto sulla Protezione Diplomatica realizzato dal Relatore speciale John Dugard.⁴⁶ Secondo il Rapporto summenzionato, si tratta del principio secondo cui “no action arises from wilful wrongdoing”, ancorato a due brocardi – *ex dolo malo non oritur actio* e *nullus commodum capere potest de injuria sua propria*. Chiarendo la portata di tale principio, il Relatore specifica che “[i]n the context of diplomatic protection the doctrine is invoked to preclude a State from exercising diplomatic protection if the national it seeks to protect has suffered an injury in consequence of his or her own wrongful conduct”.⁴⁷ L’ipotesi esaminata nel corso dei dibattiti della Commissione non riguarda dunque l’impossibilità dello Stato di agire in protezione diplomatica come conseguenza di un proprio comportamento contrario al principio della buona fede, bensì esclusivamente a causa di un comportamento illecito del suo cittadino.⁴⁸

Pertanto, pur esauendosi il rapporto di responsabilità e la controversia tra gli Stati interessati, non è lo Stato di cittadinanza a dover venire in giudizio con le mani pulite, quello che rileva è la condotta del privato. La regola delle mani pulite ha dunque un significato autonomo con riguardo all’esercizio della protezione diplomatica, rispetto alla invocazione della responsabilità e all’avvio di procedure internazionali per controversie puramente inter-statali. In tal senso la prassi dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia esaminata anteriormente, se lascia ipotizzare l’esistenza una regola delle mani pulite in diritto internazionale, non è sufficiente a confermare la pertinenza della regola rispetto all’esercizio della protezione diplomatica. Si rende necessario accertare l’applicazione della dottrina nelle procedure giurisdizionali internazionali con riferimento a comportamenti posti in essere da privati.

Convien osservare anzitutto che, se la teoria secondo cui l’illecito del privato preclude l’azione dello Stato in protezione diplomatica fosse rispondente allo stato del diritto internazionale attuale, in casi simili a quelli che hanno dato luogo alle note sentenze *LaGrand* e *Avena* si sarebbe potuto contestare agli Stati di nazionalità degli interessati l’azione in protezione diplomatica, perlomeno il ricorso a procedure giurisdizionali. Ciò nonostante, in entrambi i casi, come evidenziato in precedenza, la parte convenuta (gli Stati Uniti) non ha fatto riferimento al comportamento scorretto dei privati, ma a quello degli Stati di appartenenza (Germania, rispettivamente Messico).

Constano invece tre casi dinanzi alla Corte europea dei diritti dell’uomo in cui gli Stati convenuti o i giudici hanno fatto riferimento alla teoria delle mani pulite applicata al rapporto tra Stato e persona privata. In due casi i governi convenuti hanno contestato il titolo dei privati a proporre ricorso in quanto gli stessi non sarebbero comparsi di fronte alla Corte “con mani pulite”.

Così nel caso *Van der Tang c. Spagna*,⁴⁹ il Governo spagnolo ha formulato una obiezione preliminare basata proprio sulla dottrina in parola. Secondo il Governo

⁴⁶ V. *Sixth Report*, cit. nota 34.

⁴⁷ *Id.*, par. 2.

⁴⁸ Segnaliamo, tuttavia, che il passaggio di dottrina scelto dal Relatore per illustrare la regola – il testo di Sir Gerald Fitzmaurice nel *Recueil des Cours* del 1957 – si riferisce, al contrario, ad un illecito dello Stato, non del privato, e alle controversie interstatali *tout court*. Cfr. *Sixth Report*, cit., par. 2, che riporta la spiegazione di Fitzmaurice: “‘He who comes to equity for relief must come with clean hands’. Thus a State which is guilty of illegal conduct may be deprived of the necessary *locus standi in judicio* for complaining of corresponding illegalities on the part of other States, especially if these were consequential on or were embarked upon in order to counter its own illegality — in short were provoked by it”.

⁴⁹ V. Corte europea dei diritti dell’uomo, *Van der Tang c. Spagna*, ricorso n. 19382/92, sentenza del 22 giugno 1995.

spagnolo, il fatto che il ricorrente si era reso irreperibile per sottrarsi alla giustizia gli impediva di cercare un rimedio dinanzi alla Corte,⁵⁰ giacché in diritto internazionale la condotta illecita del privato esclude la responsabilità dello Stato convenuto: “[the Government] referred to the ‘clean hands’ doctrine in international law, according to which the responsibility of a State is not engaged when the complainant himself has acted in breach of the law, international or domestic (ex delicto non oritur actio)”.⁵¹ La Corte non ha contestato la rilevanza della dottrina né la formulazione della dottrina così come proposta dal Governo spagnolo, ma ha respinto l’obiezione perché, nel caso di specie, la violazione da parte dello Stato (eccessiva durata dell’arresto preventivo – più di tre anni) era intervenuta prima dell’illecito del ricorrente (tentativo di nascondersi dalla giustizia).⁵² Si può ritenere pertanto che la Corte europea non escluda, in linea di principio, che la regola delle mani pulite possa costituire una pre-condizione per l’ammissibilità del ricorso individuale, pur non trovandola applicabile nel caso esaminato, alla luce delle circostanze specifiche.

Tuttavia, nella sua opinione concorrente, il giudice Morenilla contesta esplicitamente l’applicazione della dottrina delle mani pulite ai ricorsi individuali dinanzi alla Corte, e sottolinea la sua esistenza incerta in diritto internazionale: “it [is] unnecessary to consider the question of the application to this case of the doctrine borrowed from equity and relied on by the Spanish Government (‘a man must come into a court of equity with clean hands’), which is moreover a very controversial one in international law [...] (enfasi aggiunta).⁵³ Il giudice sembra, peraltro, indicare che la dottrina viene considerata applicabile proprio alle controversie legate alla protezione diplomatica dei cittadini all’estero (e non alle procedure internazionali aperte ai propri cittadini).⁵⁴ Un altro elemento utile dell’opinione esaminata riguarda il principio inerente alla dottrina delle mani pulite secondo cui ci deve essere un nesso di causalità tra la condotta antigiuridica dell’individuo e l’illecito dello Stato (criterio non soddisfatto nel caso di specie): “the applicant’s unlawful conduct in the instant case did not give rise to the violation he complained of or contribute to bringing it about”.⁵⁵

La dottrina è stata, inoltre, invocata più di recente nel caso *Ukraine-Tyumen c. Ucraina*.⁵⁶ Citandola per sostenere l’irricevibilità del ricorso, il Governo convenuto la riassume nei termini seguenti: la violazione della legge da parte dell’autore di un

⁵⁰ Cfr. *id.*, par. 49: “The Government reiterated their previous plea before the Commission [...] that the applicant, who had absconded in breach of the conditions attaching to his provisional release [...], was not entitled to bring a case against the very State whose justice he had evaded. [...] In the Government’s submission, the resultant lack of ‘clean hands’ prevented him from bringing the present action”.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Cfr. *id.*, par. 51: “The Delegate of the Commission submitted that since the facts on which the substance of the complaint was based, that is pre-trial detention lasting more than three years, preceded the applicant’s flight from Spanish justice, the latter act did not affect the grounds of the alleged violation”. V. anche par. 53: “The Court agrees with the conclusion of the Commission and the applicant. The alleged violation of the Convention by the Spanish authorities occurred before Mr van der Tang absconded in breach of his undertakings. [...] His subsequent act of flight, albeit wrongful, did not render illegitimate his interest in obtaining from the Convention institutions a ruling on the violation he is alleging. The Government’s preliminary objection must therefore be rejected”.

⁵³ *Id.*, Opinione concorrente del giudice Morenilla allegata, par. 6.

⁵⁴ Cfr. *ibid.*: “[H]uman rights proceedings do not belong to the class of international disputes concerning the diplomatic protection of nationals prejudiced by acts contrary to international law which are ascribed to another State”.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ V. Corte europea dei diritti dell’uomo, *Ukraine-Tyumen c. Ucraina*, ricorso n. 22603/02, sentenza del 22 novembre 2007.

reclamo esonera lo Stato che ha commesso il presunto illecito dalla responsabilità internazionale. Come si legge nella sentenza, “[t]he Government referred to the ‘clean hands’ doctrine in international law, according to which the responsibility of a State is not engaged when the complainant himself has acted in breach of the law, international or domestic”.⁵⁷ La parte attrice non ha contestato la dottrina, ma solo l’inquadramento giuridico dei procedimenti oggetto della controversia.⁵⁸ A sua volta la posizione della Corte, anche in questo caso, non si ricollega direttamente alla dottrina: ancora una volta la Corte non ne contesta l’esistenza, ma l’obiezione del governo è respinta per motivi di diversa natura.⁵⁹

Vale la pena ricordare anche la sentenza *Chapman c. Regno Unito*.⁶⁰ Nella sua opinione concorrente, il giudice Bonello evoca la dottrina delle mani pulite *a contrario*, cioè per affermare che la violazione della legge da parte dell’individuo può costituire una conseguenza scusabile della previa violazione della legge da parte delle autorità statali a scapito dell’individuo: “I believe that a public authority which is in breach of its legal obligations should not be allowed to plead that it is acting ‘in accordance with the law’. The classic constitutional doctrine of ‘clean hands’ precludes those who are in prior contravention of the law from claiming the law’s protection”.⁶¹ Secondo il giudice Bonello l’operatività della regola in diritto internazionale sarebbe dunque molto flessibile, il principio applicandosi a prescindere dalla natura (statale o meno) dei soggetti interessati. Tale posizione non trova peraltro corrispondenza in altri interventi dottrinari o giurisprudenziali sulla materia.

Si osserva dunque che, secondo l’opinione prevalente, nell’ambito delle controversie relative alla protezione dei cittadini all’estero, la regola delle mani pulite va intesa in maniera diversa rispetto alle restanti controversie fra Stati. Il cittadino leso è formalmente estraneo alla controversia internazionale che sorge a seguito dell’illecito dello Stato ospitante, poiché la finzione giuridica alla base dell’istituto

⁵⁷ *Id.*, par. 34. Si veda in particolare il seguente passaggio: “[t]he Government [...] argued that the applicant, which had first benefited from the extraordinary review of the judgment favourable to another party to the proceedings [...], was not entitled to bring into question the compliance of the same procedure, as a result of which it had finally lost the case, with the Convention”.

⁵⁸ Cfr. *id.*, par. 35: “The applicant disagreed, stating that the review of its case by the Review Panel had been a part of the ordinary court procedure for the purposes of Article 6 § 1 of the Convention and had not contravened the principle of legal certainty. In contrast, the review of its case by the Plenary Court was an extraordinary procedure which contravened Article 6 § 1 of the Convention”.

⁵⁹ Cfr. *id.*, par. 37: “the Court finds that the resolution of the Review Panel of 11 March 1999 was the ‘final decision’ in the case, within the meaning of Article 35 § 1 of the Convention, and the Court rejects the Government’s submission that the applicant company’s application to the Review Panel disqualified it from complaining about subsequent events”.

⁶⁰ V. Corte europea dei diritti dell’uomo, *Chapman c. Regno Unito*, ricorso n. 27238/95, sentenza del 18 gennaio 2001. Si vedano, analogamente, i casi *Coster, Beard, Lee e Jane Smith c. Regno Unito* decisi nella stessa data. Gli affari summenzionati riguardavano delle famiglie nomade che avevano installato delle carovanne sulle proprie terre, malgrado il rifiuto delle autorità di rilasciare l’autorizzazione a tal fine richiesta. Gli argomenti al centro del ricorso attenevano al *modus vivendi* tipico della cultura nomade, e al fatto che gli spazi allocati dalle autorità all’installazione di carovanne nomade non erano sufficienti. La Corte ha ritenuto che le misure esecutorie e le sanzioni pecuniarie adottate contro i ricorrenti costituivano delle ingerenze nella loro vita privata e familiare, giustificate, tuttavia, da ragioni concernenti il bene della collettività.

⁶¹ *Chapman c. Regno Unito, cit.*, Opinione concorrente del giudice Bonello allegata, par. 5. Il giudice sottolinea anche che l’illecito del privato è stato indotto dall’illecito commesso dallo Stato. Cfr. *id.*, par. 7: “In the present case, both the public authorities and the individual had undoubtedly trespassed the boundaries of legality. But it was the public authority’s default in observing the law that precipitated and induced the subsequent default by the individual. That failing of the authorities has brought about a situation which almost justifies the defence of necessity”.

della protezione diplomatica equipara il danno arrecato al cittadino a un danno arrecato allo Stato di appartenenza e quindi “interstatalizza” la controversia; tuttavia, ciò che rileva sotto il profilo della regola delle mani pulite è proprio il comportamento del cittadino. Si tratta ora di vedere con quali argomenti è stata sostenuta/ contestata la rilevanza della regola, così intesa, nell’esercizio della protezione diplomatica, e quale effetto le è stato attribuito: precludere l’ammissibilità dell’azione diplomatica o influire sull’esito della procedura nella fase di merito.

3. La regola delle “mani pulite” negli scritti giuridici e nei lavori di codificazione della Commissione di Diritto Internazionale

Tutti gli scritti di diritto internazionale che trattano della regola delle mani pulite come condizione di ammissibilità dei reclami internazionali si rifanno allo studio di Jean Salmon in proposito.⁶² Tuttavia, a ben vedere, le conclusioni del professor Salmon, lungi dal confermare l’esistenza di una tale regola, contestano la formazione, la *raison d’être*, e persino l’opportunità, di una teoria autonoma delle mani pulite riferita alla protezione diplomatica, a seconda dell’accezione accolta.⁶³ Infatti, secondo Salmon, intesa come diritto di uno Stato di non agire in protezione diplomatica a favore di un cittadino ‘indegno’, la regola non sarebbe che un caso di applicazione del carattere discrezionario della protezione diplomatica, quindi non avrebbe alcuna utilità; altrettanto dicasi se la teoria si dovesse intendere come motivazione che può portare un tribunale internazionale a respingere un ricorso sul merito, o ad accordare solo un’indennizzo limitato, giacché sarebbe di nuovo un caso di applicazione di principi generali relativi alle conseguenze dell’illecito e al calcolo della riparazione.⁶⁴ Se, infine, la si interpreta come causa di irricevibilità di un reclamo che promana da un ricorrente la cui condotta non è stata corretta, la teoria non troverebbe sostegno nella prassi arbitrale e non servirebbe gli interessi della giustizia: di conseguenza la dottrina sarebbe, secondo Salmon, inammissibile “si elle faisait obstacle au droit d’un Gouvernement de prendre fait et cause pour ses ressortissants sur la base d’une violation du droit international”.⁶⁵ Dopo un’analisi dettagliata della prassi degli Stati e dei tribunali arbitrali internazionali, Salmon sottolinea che i casi in cui si è verificato il rifiuto di accordare la protezione diplomatica ai propri cittadini, anche quando giustificato (in modo autentico o pretestuoso) dalla condotta incorretta dell’individuo, non possono essere elevati a norme consuetudinarie.⁶⁶ Inoltre, la colpa del privato, secondo la gravità e le circostanze, può essere invocata come difesa sul merito volta ad esonerare lo Stato dalla responsabilità o influire sull’ammontare della riparazione, sempre che il pregiudizio subito dalla vittima non sia sproporzionato rispetto all’illecito commesso.⁶⁷ Tuttavia, il giurista sottolinea che i pochi casi in cui la condotta illecita dello straniero abbia portato alla dichiarazione di irricevibilità si caratterizzano per il fatto che la violazione del diritto internazionale ad opera della vittima era stata la

⁶² V. Salmon, *cit.*

⁶³ Cfr. *id.*, p. 265: “Une théorie autonome des clean hands nous paraît soit inutile, soit reposant sur des prémisses fausses, soit aboutissant à des conséquences contestables ou dangereuses selon le sens qu’on lui attribue”.

⁶⁴ V. *ibid.*

⁶⁵ *Id.*, p. 266.

⁶⁶ V. *id.*, pp. 235-237.

⁶⁷ V. *id.*, pp. 237-239.

causa unica del pregiudizio e non era intervenuto alcun illecito internazionale da parte dello Stato trasgressore.⁶⁸

La regola delle mani pulite si rinviene anche in altri scritti risalenti di matrice francese. Nel suo manuale di diritto internazionale del 1967, Louis Cavaré, membro dell'Institut de droit international, include, tra le cause di perdita della protezione diplomatica, il comportamento incorretto dello straniero: "la protection diplomatique pourra prendre fin [...] si l'individu lésé n'a pas fait preuve d'une conduite correcte".⁶⁹ Secondo Cavaré, lo straniero ha un dovere di lealtà nei confronti dello Stato ospitante,⁷⁰ dovere che si ritiene trasgredito quando l'individuo viola la legge del foro oppure pone in atto comportamenti ostili nei confronti dello Stato ospitante (in caso di guerra civile o con uno Stato terzo). Tuttavia, secondo l'autore citato, anche in queste ipotesi la perdita della protezione diplomatica non è mai totale: lo Stato di nazionalità potrà ad ogni modo intervenire se lo Stato ospitante adotta delle misure repressive eccessive, contrarie al diritto internazionale, oppure accorda al cittadino in questione un trattamento meno favorevole rispetto a quello riservato ad altri stranieri nella medesima situazione.

A noi sembra che, in realtà, prima che ci sia una repressione eccessiva dell'illecito dello straniero o un trattamento discriminatorio, la protezione diplomatica non ha ragion d'essere, in quanto lo Stato ospitante non ha commesso alcun illecito internazionale. Abbiamo visto in precedenza che la dottrina prevalente inquadra la protezione diplomatica nella sfera delle prerogative statali connesse alla responsabilità internazionale (quindi alla commissione di un illecito, non alla minaccia di una sanzione legittima, da parte dello Stato ospitante). Nell'ambito della teoria così accolta, la posizione di Cavaré – per il quale la regola delle mani pulite presuppone l'inazione da parte dello Stato di cittadinanza, salvo in presenza di un illecito dello Stato ospitante a danno del cittadino colpevole – altro non fa che confermare la continuità della protezione diplomatica anche quando lo straniero ha commesso un reato.

Un altro scritto citato come autorità a sostegno della regola delle mani pulite nel contesto della protezione diplomatica⁷¹ è il vasto compendio di diritto internazionale di Charles Rousseau.⁷² È bensì vero che Rousseau contribuisce a teorizzare il principio, a discutere i suoi fondamenti e ad illustrare la sua applicazione, ma le sue conclusioni sulla rilevanza della dottrina vanno in senso contrario. Basandosi sulle precedenti teorie formulate al riguardo (Reuter, Salmon), Rousseau osserva che anche gli autori che hanno discusso la regola hanno indicato l'uso confuso e contraddittorio che se ne riscontra, e con effetti diversi (eccezione di irricevibilità, rifiuto di accordare la protezione, motivo di rigetto del reclamo sul fondo).⁷³ Il concetto di "mani pulite" applicato allo straniero rinvia, anche secondo

⁶⁸ V. *id.*, p. 259. Secondo Salmon, quando si verifica anche una violazione del diritto internazionale da parte dello Stato ospitante ammettere l'irricevibilità dell'azione a tutela dell'individuo significherebbe legittimare le rappresaglie.

⁶⁹ Cavaré, *cit.*, p. 286.

⁷⁰ Cfr. *id.*, p. 287: "L'étranger résidant dans un pays est tenu à une certaine attitude faite de discrétion, de loyauté envers l'Etat sur le territoire duquel il se trouve. S'il ne reste pas fidèle à cette ligne de conduite et à la réserve que sa situation spéciale lui impose, il ne peut en vouloir à l'autorité de l'Etat des mesures dédommageables que celle-ci prend ou laisse prendre à son égard."

⁷¹ Così nel Rapporto del Relatore speciale Dugard, *cit.*, in Shapovalov, *cit.*, Amerasinghe, *cit.*, ecc.

⁷² V. Rousseau, *cit.*

⁷³ V. *id.*, p. 170.

Rousseau, a due situazioni: la condotta contraria alla normativa interna dello Stato ospitante e l'attività contraria al diritto internazionale.⁷⁴

Per quanto riguarda la prima ipotesi, la teoria si fonda sul fatto che, se lo straniero ha diritto ad essere tutelato dalla legge interna dello Stato ospitante, si deve anche conformare alle norme dell'ordinamento interno (fatto salvo il caso in cui una norma è essa stessa contraria a principi di diritto internazionale), di conseguenza lo straniero non può chiedere la riparazione per danni provocati dalla sua violazione della legge.⁷⁵ Rousseau cita come esempi di condotta illecita il mantenimento irregolare della dimora all'estero, l'assunzione di funzioni pubbliche all'estero incompatibili con la qualità di straniero, la partecipazione ad un movimento rivoluzionario contro il Governo dello Stato ospitante. L'autore attira l'attenzione sul fatto che la prassi arbitrale non è affatto univoca, e che la violazione del diritto interno del Paese ospitante non è stato sempre ritenuto causa di irricevibilità, ma nell'esame del merito ha portato al rigetto del ricorso. Con riferimento alla violazione del diritto internazionale, Rousseau rileva che nella prassi due settori sono stati interessati dalla norma: la tratta degli schiavi e le azioni contrarie alla neutralità dichiarata dallo Stato di appartenenza. Tuttavia, dopo un'analisi della prassi arbitrale in materia, il giurista francese conclude che il ricorso sporadico e incostante alla regola non consente di considerare il comportamento illecito dell'individuo come ostacolo assoluto all'ammissibilità dei reclami internazionali, e che la regola non appartiene al diritto internazionale consuetudinario.⁷⁶

Di conseguenza, a ben vedere, anche gli autori che postulano in principio l'esistenza di una regola delle mani pulite applicabile alla protezione diplomatica, fanno riferimento alla prassi incerta e frammentaria, circondano la regola di cautele ed eccezioni e ne circoscrivono l'uso al punto di mettere in dubbio i suoi effetti concreti. Altri autori, specie in opere più recenti, non ne fanno alcuna menzione o ne contestano direttamente qualsiasi rilevanza, quanto meno come causa di inammissibilità della protezione diplomatica. Così nell'autorevole manuale di diritto internazionale di Pastor Ridruejo si sottolinea, fra l'altro, che la tesi delle mani pulite, ove fosse stata corretta, avrebbe giovato al governo spagnolo nel caso *Barcelona Traction*, e che gli studi intrapresi da tale governo, sulla base della giurisprudenza internazionale e della prassi degli Stati, per verificare l'esistenza della norma, hanno portato alla conclusione che nessun dato ricavabile dalla prassi consentiva di sostenere la dottrina in parola.⁷⁷ Il giurista spagnolo osserva invece che, secondo gli studi intrapresi in

⁷⁴ V. *id.*, pp. 171-177.

⁷⁵ A sua volta Rousseau non parla di illecito dello Stato ospitante, ma solo di misure repressive che fanno seguito all'illecito dello straniero, allorché conviene ribadire che un elemento fondamentale per un reclamo a titolo di protezione diplomatica è la commissione di un illecito, non l'adozione di una qualsiasi sanzione.

⁷⁶ Cfr. Rousseau, *loc. ult. cit.*: "il est difficile de considérer la conduite irrégulière du réclamant comme un obstacle constant et absolu à la recevabilité des réclamations internationales. [...] il n'est pas possible de considérer la théorie des mains propres comme une institution du droit coutumier général".

⁷⁷ Cfr. Pastor Ridruejo, *loc. ult. cit.*: "De ser cierta tal doctrina, brindaba al Gobierno español en el asunto de *Barcelona Traction* la posibilidad de oponerla a la protección diplomática del Gobierno belga, basándose en el comportamiento ilegal y fraudulento de la sociedad. Y a tal fin se realizaron los estudios pertinentes por los colaboradores del Gobierno español. Como resultado de tales estudios, apareció que ni la jurisprudencia internacional ni la práctica de los Estados permitían afirmar de manera segura que la conducta incorrecta del particular motivase la inadmisibilidad de la protección diplomática. Había, sí, algunos escasos precedentes jurisprudenciales de fines del siglo XVIII y principios del XIX referidos a capturas de buques que se dedicaban al transporte de esclavos. Fuera de ellos, ningún otro dato permitía sostener aquella doctrina". Ci sembra interessante osservare che i pochi

occasione dell'affare *Barcelona Traction*, il comportamento del privato influiva, come è naturale, sulla decisione del merito, nel senso di ridimensionare il carattere illecito del comportamento statale in risposta all'illecito del privato, e di determinare l'ammontare della riparazione.⁷⁸ Secondo l'autore, gli studi effettuati nella materia consentono di guardare la condotta illecita del privato come "argumento general de ambiente o atmósfera", ossia come argomento 'paragiuridico' che si rivolge piuttosto al senso etico del giudice, il quale, pur applicando le norme giuridiche pertinenti, ne terrà conto nella valutazione complessiva del caso; ad ogni modo, l'argomento, anche in questa accettazione *soft*, si può far valere secondo Pastor Ridruejo nella fase di merito e non come obiezione all'ammissibilità del caso.⁷⁹

Contro l'operatività della regola delle mani pulite come causa di irricevibilità di un reclamo internazionale a tutela di un cittadino si pronuncia anche Schapovalov, che conclude, alla luce di un esame della prassi giurisprudenziale internazionale: "The position that the clean hands doctrine is a question of admissibility is incorrect. The clean hands doctrine is a question of substantive law, not a procedural question referring to the admissibility of the claim, and may be raised and considered during the consideration of merits and examined on a case-by-case basis. The result of this is that the clean hands doctrine cannot preclude States from exercising protection, since it will be considered when the diplomatic protection has already been exercised".⁸⁰

Ad analoghe conclusioni giunge Amerasinghe, per il quale "the doctrine is not an absolute one [...]; because it is based on good faith, which is an important fundamental principle of international law, it has to be taken into account. But, as the practice of the ICJ shows, it is a flexible doctrine subject to adaptation".⁸¹ L'autore sottolinea non solo l'esistenza problematica della regola, ma anche gli interrogativi circa i suoi effetti, poiché "it is not clear whether the doctrine in direct inter-State cases, when it is applied, must result in dismissal of the case or could work as a

casi riscontrabili come esempio dell'applicazione della dottrina non riguardavano una violazione del diritto interno, bensì la violazione di una delle poche norme del diritto internazionale che hanno come destinatario l'individuo, e cioè la norma che vieta la tratta degli schiavi. Del resto sarebbe azzardato, come evidenzieremo più avanti, ammettere che una qualsiasi violazione del diritto interno dello Stato sul cui territorio si trova lo straniero – il quale diritto interno può contenere norme contrarie al diritto internazionale dei diritti umani – abbia come conseguenza l'inammissibilità dell'esercizio della protezione diplomatica.

⁷⁸ Cfr. *ibid.*: "Aquellos estudios demostraron algo obvio: que la conducta incorrecta del particular tenía en cambio incidencia sobre el fondo de la reclamación y sobre el montante de la reparación. Sobre el fondo porque un acto presuntamente ilícito podía estar justificado por el comportamiento ilegal o fraudulento del particular. Y también sobre la cuantía de la reparación, porque si una parte de los daños derivan de la conducta del particular y no del hecho ilícito internacional, tales daños deberían ser descontados de la reparación".

⁷⁹ Cfr. *id.*, p. 255: "Resultaba asimismo que la conducta incorrecta del reclamante tenía cierto peso como argumento general de ambiente o atmósfera. Es cierto que las jurisdicciones internacionales tienen que fallar sobre las bases de las reglas del Derecho Internacional, pero no es menos verdad que para la subsunción en ellas de los hechos del caso y para la aplicación a éste de las normas, se dejan guiar por la idea general que desde un punto de vista ético se han hecho del asunto. Es la idea de la equidad *infra legem*. Concretamente, en el caso *Nottebohm*, aunque la sentencia se basa en la regla de la nacionalidad efectiva, el Tribunal de La Haya no fue insensible a la conducta fraudulenta del presunto perjudicado, y ello explica el duro lenguaje del fallo respecto a la conducta. Esta consideración movió al Gobierno español a utilizar la conducta de la sociedad *Barcelona Traction*, profusamente expuesta en sus alegaciones orales y escritas, como argumento general de ambiente o atmósfera, pero sin articular tal exposición como causa de inadmisibilidad de la protección diplomática".

⁸⁰ Shapovalov, *cit.*, p. 845.

⁸¹ Amerasinghe, *cit.*, p. 222.

source of mitigation or extenuation of offenses”.⁸² Tuttavia, vista “the lack of guidance on the issue in the sources”, Amerasinghe suggerisce che “the defence of ‘unclean hands’ not only is one which pertains to the merits and not to admissibility, as the few relevant cases show, but is no more than one which is to be used to secure fairness and justice for the host State where the conduct of one or the other of the other two parties involved in the case may be questionable”.⁸³

Contro l’esistenza della regola quale condizione di ammissibilità si pronuncia anche il Sesto Rapporto sulla protezione diplomatica del Relatore speciale della Commissione di diritto internazionale John Dugard. Il Rapporto contrasta gli argomenti a favore della codificazione della regola delle mani pulite sorti dal dibattito. Un primo argomento riguardava il fatto che la dottrina non sarebbe applicabile alle controversie interstatali vere e proprie, e andrebbe collegata, perciò, solo alla protezione diplomatica. Il Relatore esamina la prassi internazionale e conclude che la dottrina è stata, al contrario, invocata nel contesto delle controversie dirette interstatali, senza che la Corte Internazionale di Giustizia ne abbia contestato la rilevanza.⁸⁴ Inoltre, come già accennato, il Relatore ritiene inopportuna una distinzione netta fra controversie interstatali dirette e controversie indirette, in cui lo Stato agisce a tutela del cittadino: tale distinzione ignorerebbe la finzione giuridica su cui si fonda l’istituto stesso della protezione diplomatica quale si è venuto affermando a partire dal *dictum Mavrommatis*, secondo cui lo Stato che agisce in protezione diplomatica si ritiene leso in un proprio diritto e fa valere una propria pretesa.

Tra gli argomenti invocati a sostegno dell’inclusione di una norma sulle mani pulite nel progetto di codificazione il rapporto ricorda anche la tesi di Allain Pellet, secondo cui la dottrina non avrebbe senso nelle controversie interstatali vere e proprie, ma acquisirebbe un significato specifico proprio nei rapporti fra Stati e cittadini stranieri: se il privato che attende la protezione diplomatica dello Stato di nazionalità ha violato il diritto interno o internazionale, l’esercizio della protezione diplomatica a suo favore sarebbe precluso.⁸⁵ Il Relatore speciale rileva al riguardo che, se uno straniero commette un reato e di conseguenza viene privato della libertà o della proprietà conformemente alle legge dello Stato in cui si trova, è improbabile che lo Stato di nazionalità intervenga per proteggerlo, giacché lo Stato autore della sanzione non ha commesso alcun illecito internazionale. Se, viceversa, un illecito internazionale viene commesso dallo Stato in cui lo straniero ha compiuto il reato come reazione a tale reato (ad esempio tortura, diniego di giusto processo), lo Stato di cittadinanza può esercitare la protezione diplomatica, dacché l’illecito internazionale sussiste. In questo caso la dottrina mani pulite non trova applicazione, perché la controversia ha acquisito una dimensione internazionale, interstatale, e perché

⁸² *Ibid.*

⁸³ *Id.*, p. 234.

⁸⁴ V. *Sixth Report, cit.*, par. 7. Il rapporto si riferisce alle posizioni di Stati o giudici dissidenti che hanno fondato la propria pretesa di inammissibilità di un ricorso sulla dottrina delle mani pulite proprio nel contesto delle controversie inter-statali dirette.

⁸⁵ Cfr. *Sixth Report*, par. 3, citando l’intervento di Pellet: “The vague concept of ‘clean hands’ was not very different from the general principle of good faith in the context of relations between States, and had no autonomous consequences and little practical effect on the general rules of international responsibility. However, in the context of diplomatic protection, which involved relations between States and individuals, the concept took on new significance: it became functional, for in the absence of ‘clean hands’ the exercise of diplomatic protection was paralysed. If a private individual who enjoyed diplomatic protection violated either the internal law of the Protecting State — and it should be noted that internal law played no role at all in cases involving relations between States — or international law, then in the general context of the claim, the State called upon to exercise protection could no longer do so.”

l'individuo, non essendo soggetto di diritto internazionale, non può essere ritenuto responsabile della violazione del diritto internazionale (salvi i rilievi di diritto internazionale penale). Perciò, nella ricostruzione di Dugard, la conseguenza della finzione per cui ledendo un cittadino si lede lo stato di cittadinanza è che la pretesa a nome del cittadino vittima di un illecito internazionale diventa una pretesa internazionale, e la dottrina delle mani pulite può essere invocata contro lo Stato di cittadinanza soltanto per la propria condotta, e non contro l'individuo per il suo eventuale comportamento illecito antecedente alla commissione dell'illecito statale.⁸⁶

Questo ragionamento porta il Relatore a concludere che la dottrina non ha uno spazio a sé stante nelle pretese riguardanti la protezione diplomatica: se l'individuo commette un reato e viene sanzionato secondo la legge, non vi è illecito internazionale e la dottrina è irrilevante. Se invece il cittadino colpevole di reato viene trattato in un modo che configura un illecito internazionale, siamo in presenza di un illecito nei confronti dello Stato di nazionalità, quindi lo stato di nazionalità ha titolo a far valere la responsabilità internazionale dell'altro Stato direttamente nei suoi confronti. In tal caso la dottrina può essere invocata solo con riferimento alla condotta dello Stato che intende esercitare la protezione. Di fatto, ricorda il Rapporto, nei casi *LaGrand* e *Avena*, gli Stati Uniti non hanno invocato la dottrina perché i privati avessero commesso dei reati gravi, ma facendo leva sul mancato rispetto da parte degli Stati di nazionalità delle medesime norme internazionali di cui si pretendeva l'osservanza da parte degli Stati Uniti.⁸⁷

Secondo il Relatore speciale, la dottrina potrebbe essere, semmai, invocata in sede giurisdizionale non come ostacolo alla ammissibilità di una pretesa bensì nella fase di merito, come circostanza attenuante o escludente la responsabilità dello Stato: “If the doctrine is applicable to claims relating to diplomatic protection it would seem that the doctrine would more appropriately be raised at the merits stage as it relates to attenuation or exoneration of responsibility rather than to admissibility”.⁸⁸

La conclusione del rapporto, seguito del resto dalla Commissione nella stesura finale del progetto di articoli, è che non esistono sufficienti elementi di prassi che consentano di sostenere l'applicabilità della dottrina alle cause riguardanti la protezione diplomatica,⁸⁹ mentre la dottrina è fortemente divisa sulla questione e anche quegli scritti che si pronunciano a favore non si appoggiano su esempi di prassi consolidata.⁹⁰ L'incertezza circa l'esistenza stessa di una tale norma e la sua applicabilità rendono poco auspicabile, secondo il Relatore, l'introduzione di una norma di tale contenuto persino a titolo di sviluppo progressivo.⁹¹

⁸⁶ V. *id.*, par. 8.

⁸⁷ V. *id.*, par. 9.

⁸⁸ *Id.*, par. 16.

⁸⁹ Cfr. *id.*, par. 18: “The present report has shown that the evidence in favour of the clean hands doctrine is inconclusive. Arguments premised on the doctrine are regularly raised in direct inter-State cases before the International Court of Justice, but they have yet to be upheld. Whether the doctrine is applicable at all to claims involving diplomatic protection is highly questionable. There is no clear authority to support the applicability of the doctrine to cases of diplomatic protection. Such authority as there is is uncertain and of ancient vintage, dating mainly from the mid-nineteenth century — as the above-cited passages from Salmon demonstrate”.

⁹⁰ Cfr. *ibid.*: “Although some authors support the existence of the doctrine in the context of diplomatic protection, they are unsupported by authority. Moreover there are strong voices — Salmon and Rousseau — against such a doctrine”.

⁹¹ Cfr. *ibid.*: “In these circumstances the Special Rapporteur sees no reason to include a provision in the draft articles dealing with the clean hands doctrine. Such a provision would clearly not be an exercise in codification and is unwarranted as an exercise in progressive development in the light

La rispondenza delle conclusioni del Relatore speciale allo stato del diritto internazionale è confermata dalle posizioni espresse dai vari delegati durante i lavori del Sesto comitato (giuridico) dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite in data 11 novembre 2005, occasione in cui sono state prese in discussione le tematiche all'attenzione della Commissione di Diritto Internazionale nel corso della sua 57° sessione.⁹² I delegati intervenuti hanno accolto con favore la proposta del Relatore speciale di non includere nel progetto di articoli una norma sulla regola mani pulite. Diversi relatori hanno fatto leva sull'irrelevanza della prassi. Così il delegato austriaco, Konrad Buhler, ha affermato che la dottrina non doveva essere inclusa nel progetto di codificazione in quanto "[i]t was not sufficiently anchored in international law to be considered an established customary rule".

È stata altresì contestata l'opportunità dell'inclusione della norma a titolo di sviluppo progressivo: in tal senso la rappresentante olandese, Brechje Schwachöfer, ha dichiarato che il suo Paese "supported the view of the Special Rapporteur, the few cases falling within the scope of diplomatic protection did not constitute sufficient practice to warrant codification, nor could its inclusion be justified as an exercise in the progressive development of international law".

Altri interventi hanno riguardato la compatibilità della dottrina con la natura e la finalità dell'istituto della protezione diplomatica. A tal proposito, il rappresentante coreano, Kim Sun-Pyo, ha osservato che "the argument for the 'clean hands' doctrine to be included overlooked the basic nature and function of diplomatic protection".

Infine, è stato rilevato che l'inclusione nel progetto di questa dottrina, di per sé incerta, come regola per l'ammissibilità della protezione diplomatica potrebbe affievolire la protezione internazionale dei diritti umani, mentre un certo rilievo gli si potrebbe riconoscere nella fase di merito. Il rappresentante canadese, John Currie, si è espresso nei seguenti termini: "the status of the 'clean hands' doctrine was at best inconclusive in customary law. In addition, from a practical point of view, application of that doctrine in relation to the admissibility of diplomatic protection would weaken the universal application of human rights protection. The clean hands doctrine should more appropriately be raised at the merits stage, as it related to attenuation or exoneration of responsibility rather than to admissibility".

4. Conclusioni: inesistenza della regola quale causa di inammissibilità, applicazione marginale nell'esame del merito delle controversie e non auspicabilità della sua codificazione a titolo di sviluppo progressivo.

L'esame delle fonti primarie e secondarie idonee a gettare luce sull'esistenza della regola delle mani pulite con applicazione all'istituto della protezione diplomatica ha messo in evidenza la precarietà degli argomenti a favore di siffatta regola. Né la giurisprudenza né la dottrina offrono soluzioni certe circa gli aspetti essenziali che dovrebbero caratterizzare l'istituto in parola. Numerosi quesiti rimangono, infatti, senza risposta univoca: la condotta di quale soggetto è rilevante ai fini dell'invocazione della regola, quella dello Stato di nazionalità, quella dell'individuo protetto, o entrambe?; in che consiste tale condotta, violazione

of the uncertainty relating to the very existence of the doctrine and its applicability to diplomatic protection".

⁹² Si veda il comunicato stampa della Sixtieth General Assembly, Sixth Committee, 18th Meeting, 01/11/2005, doc. GA/L/3287. V. anche il riassunto delle discussioni del Sesto Comitato nel rapporto CDI sulla sua 57° sessione del 13 gennaio 2006, A/CN.4/560.

(qualsiasi o qualificata?) del diritto interno (dello Stato ospitante? anche dello Stato di cittadinanza?) e/ od internazionale?; con quali effetti opera la regola: costituisce una causa di inammissibilità oppure una sorta di attenuante o addirittura esimente della responsabilità dello Stato ospitante?

La dottrina è inconcludente e assai contraddittoria, ma soprattutto si basa più su costruzioni teoriche che su osservazioni precise ricavate dalla prassi. D'altro canto, la prassi giurisprudenziale tende ad indicare che nelle controversie internazionali sorte a causa di una violazione dei diritti degli stranieri la regola delle mani pulite gioca un ruolo, semmai, marginale, non avendo mai costituito una causa di inammissibilità di un reclamo internazionale. Ci sembra di dover concludere (ed è questa la dottrina prevalente) che alla regola delle mani pulite si potrebbe riconoscere, eventualmente, un ruolo residuale nella fase di merito; ma riteniamo che tale constatazione non necessiti l'affermazione di un istituto giuridico a sé stante, in quanto l'amministrazione della giustizia richiede in ogni caso che si tenga conto del comportamento di una parte nel valutare la legittimità del comportamento della controparte e l'ammontare dei possibili danni.

Se non esiste sufficiente prassi per concludere che la regola si sia formata, non sembra neppure auspicabile la promozione della regola a titolo di sviluppo progressivo, date le implicazioni discutibili – di ordine sia pratico che teorico – che potrebbe comportare.

Per quanto riguarda le implicazioni pratiche, qualche commentatore ha suggerito che l'ammissione della regola delle mani pulite nel contesto della protezione diplomatica potrebbe avere un impatto negativo sulla protezione dei diritti umani. Essa verrebbe a compromettere la loro universalità, sottoponendo l'esercizio della protezione diplomatica alle limitazioni del sistema giuridico dello Stato ospitante.⁹³ L'osservazione ci sembra pertinente. Si possono, infatti, ipotizzare diversi casi in cui la violazione del diritto dello Stato ospitante da parte dello straniero, anche quando tale diritto non viola palesemente il diritto internazionale, non dovrebbe privarlo della protezione: ad esempio, se lo straniero esercita un diritto (quale la libertà di manifestazione della fede) che nello Stato ospitante non è riconosciuto, lo Stato di cittadinanza dovrebbe poter intervenire perlomeno per ottenere la pena più leggera prevista da quell'ordinamento.⁹⁴ Del resto, i diritti ed obblighi dello straniero non possono essere fatti dipendere eccessivamente dalla legge del foro (al contrario, il trattamento degli stranieri ha costituito uno dei primi settori regolati dal diritto internazionale). D'altro canto, se il torto subito dallo straniero non è proporzionato all'entità della sua iniziale condotta illecita (ad esempio se per un reato minore viene pronunciata una sentenza di imprigionamento a vita senza giusto processo), lo Stato di nazionalità dovrebbe poter intervenire per assicurare, per l'appunto, tale proporzionalità.⁹⁵

⁹³ V. Shapovalov, *cit.*, pp. 833-834. V. anche i commenti dei delegati nel Sesto Comitato dell'Assemblea Generale sopra ricordati (sezione 3).

⁹⁴ Se la regola delle mani pulite riferita alla condotta contraria alle leggi dello Stato del foro fosse stata (rigidamente) applicabile, il recente caso diplomatico Gillian Gibbons, che ha opposto il Regno Unito al Sudan, non avrebbe potuto concludersi positivamente. Sulla vicenda, che ha avuto come protagonista una docente d'inglese imprigionata dopo aver consentito agli alunni di attribuire ad un giocattolo il nome Mohammed, si veda, tra i vari rapporti della stampa, <http://www.cnn.com/2007/WORLD/africa/11/27/sudan.bear.ap/index.html>.

⁹⁵ Se si è verificata una lesione di un diritto dello straniero non dipende dall'ordinamento dello Stato ospitante, ma da norme consuetudinarie affermate a livello internazionale; infatti, è anzitutto il diritto internazionale a dettare uno specifico trattamento a favore dello straniero. V. Cassese, *cit.*, pp. 96-97.

Parimenti, osservazioni di indole teorica legate alla natura e alla funzione dell'istituto della protezione diplomatica raccomandano l'esclusione della regola delle mani pulite come condizione di ammissibilità, in qualunque sua accezione. In primo luogo, privare lo Stato di cittadinanza di un suo diritto proprio di agire perché il suo cittadino ha commesso un reato non è coerente con il principio di non attribuzione di un fatto illecito posto in atto da un privato allo Stato di cittadinanza. Infatti lo Stato che rivendica il diritto in discussione rimane estraneo al delitto del suo cittadino. La dottrina sarebbe proponibile se non si adottasse l'interpretazione presa in considerazione dalla Commissione di Diritto Internazionale (condotta illecita del privato), ma se si considerasse che uno Stato non dovrebbe poter agire in protezione diplomatica in relazione a comportamenti di altri Stati qualora abbia tenuto il medesimo comportamento nei confronti di cittadini stranieri. Con la conseguenza, a sua volta paradossale, ma coerente nel sistema di norme del diritto internazionale, che un privato potrebbe non beneficiare della protezione senza avere alcuna colpa. Ad ogni modo, la portata della dottrina sarebbe in tal caso affine a quella del principio *inadimplenti non est adimplendum* nelle controversie interstatali dirette, e non si renderebbe necessaria una regola di procedura specifica per la protezione diplomatica.

In secondo luogo, se con la regola si intende che il cittadino non può richiedere la protezione del proprio Stato perché non ha le mani pulite, con ciò non si aggiunge nulla di nuovo all'istituto, in quanto l'individuo non può reclamare la protezione, non esistendo un diritto alla protezione da parte del proprio Stato, bensì una mera facoltà aperta allo Stato in quanto tale.⁹⁶ Fatti salvi i casi in cui il diritto interno attribuisce all'individuo un diritto alla protezione diplomatica, asserire che un individuo perde il diritto alla protezione diplomatica è un non-senso giuridico, in quanto il diritto non sussiste, perciò la regola non avrebbe ragion d'essere così intesa.

In fine, notiamo anche che la logica dell'equità come venutasi ad affermare nel sistema di *common law* (sostanzialmente nelle controversie tra privati) difficilmente si presta ad essere applicata ad un rapporto asimmetrico come quello tra privato (straniero) e Stato (ospitante): l'applicazione della regola delle mani pulite all'esercizio della protezione diplomatica nel senso discusso durante i lavori di codificazione della CDI non tiene conto di tale asimmetria quando pone sullo stesso piano la condotta di due soggetti aventi natura e prerogative diverse.

Il principio della buona fede, poiché indubbiamente radicato nel diritto internazionale, deve trovare applicazione nell'ambito della protezione diplomatica, e in effetti, altri articoli del Progetto della CDI ne traggono ispirazione.⁹⁷ Tuttavia, una

⁹⁶ Questo è, infatti, un punto fermo nella dottrina, da ultimo ribadito anche a livello giurisprudenziale nel caso *Abbasi* da una corte d'appello britannica. V. *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs ex parte Abbasi*, [2002] EWCA Civ. 1598. Il ricorrente, detenuto nella base militare navale di Guantanamo Bay senza giusto processo, sosteneva che il mancato esercizio della protezione diplomatica da parte del governo britannico, finalizzata alla cessazione della detenzione arbitraria, costituiva una violazione indiretta dell'articolo 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La Corte ha respinto l'argomentazione e ha puntualizzato che il dovere di protezione è circoscritto dalla massima discrezionalità politica, pur ammettendo che il rifiuto di prestare assistenza diplomatica può, in certa misura, essere sottoposto allo scrutinio giudiziale. V. *Abbasi*, *cit.*, parr. 80-106.

⁹⁷ V. art. 5 par. 2 del Progetto di articoli sulla protezione diplomatica: "Notwithstanding paragraph 1, a State may exercise diplomatic protection in respect of a person who is its national at the date of the official presentation of the claim but was not a national at the date of injury, provided that the person had the nationality of a predecessor State or lost his or her previous nationality and acquired, for a reason unrelated to the bringing of the claim, the nationality of the former State in a manner not inconsistent with international law".

regola specifica delle mani pulite, per tutte le ragioni sopra elencate, appare estranea all'istituto e poco auspicabile in un'ottica *de lege ferenda*.