

PRIMA PARTE
LA SUPERIORITÀ
DEL DIRITTO INTERNAZIONALE

Capitolo II
IL PRIMATO DEL DIRITTO INTERNAZIONALE
SUL DIRITTO INTERNO

1. Premessa storica. — Si è detto che, da un punto di vista storico, gli Stati per lungo tempo sono stati i soli soggetti del diritto internazionale e per questa ragione in dottrina si è spesso parlato di diritto internazionale “pubblico”. Di conseguenza, per la dottrina classica dei primi del Novecento — al culmine della quale troviamo i celebri studi di TRIEPEL e di ANZILOTTI su cui torneremo nel Cap. XVII — era normale studiare solo la questione della superiorità del “diritto internazionale pubblico” rispetto al diritto interno emanato dagli Stati nazionali. Senonché, come abbiamo indicato nel capitolo precedente ed abbiamo dimostrato sin dalla prima edizione di questo libro (a differenza dei manuali di altri autori) oltre che in diversi nostri studi, tale problematica oggi è di *ben più vasta portata* in quanto va studiata non più solo con riferimento alle *norme interstatali* ma anche con riferimento alle norme a carattere *transnazionale*.

2. Una supremazia logica. — Procediamo con ordine ed esaminiamo ora i risultati, ancor oggi validi, raggiunti dalla dottrina classica. Se affrontiamo la questione dei rapporti tra il diritto internazionale ed il diritto interno dei singoli Stati, *da un punto di vista logico*, la *superiorità* ossia il **primato** del diritto internazionale sulle norme nazionali con esso contrastanti dovrebbe ricavarsi “da sé” e non sollevare alcuna difficoltà particolare. Secondo TOMASO PERASSI:

“L’ordinamento internazionale, come ogni altro ordinamento giuridico, per la sua stessa funzione, è superiore ai soggetti, tra i quali vige, nel senso che questi sono sottoposti alle sue norme, e perciò esso è superiore agli Stati quali soggetti di diritto internazionale. Questa superiorità si manifesta anche in quanto gli Stati sono presi in considerazione dal diritto internazionale come gestori del loro ordinamento interno, indirizzando ad essi delle norme relative al modo di essere del loro ordinamento; ma ciò non autorizza a dire che il diritto internazionale è superiore o prevale sul diritto interno, perché l’ordinamento interno, che fa capo a ciascuno Stato, non sta in relazione diretta con quello internazionale in modo da assumere rispetto a questo la posizione di un ordinamento dipendente o derivato” ⁽¹⁾.

Si tratta di un rilievo di fondamentale importanza che venne ribadito, tra gli altri, da MICHEL VIRALLY, secondo il quale:

“qualunque ordinamento giuridico è superiore ai suoi soggetti altrimenti non è tale...il

⁽¹⁾ T. PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, II, 3 ed., Padova, Cedam, 1957, p. 8.

diritto internazionale sarebbe inconcepibile se si affermasse che le sue norme non si impongono ai suoi soggetti. Negare la sua superiorità, significa dunque negarne l'esistenza" (2).

E persino negli anni '30 del secolo scorso, in un periodo storico dominato dal nazionalismo (oggi diremmo dal "sovranoismo") e dal dogma della supremazia dello Stato, PROSPERO FEDOZZI osservava che

"constatare la superiorità del diritto internazionale sul diritto interno si afferm[a] anche nel senso che il primo delimita la sfera di libertà giuridica lasciata agli Stati, in modo da poter ritenere per esatta la definizione che vari recenti scrittori hanno dato della sovranità vista nei rapporti internazionali, la definizione cioè di una competenza nei limiti tracciati dal diritto internazionale" (3).

L'**uniformità** della *norma internazionale* postula perciò la sua **superiorità** in rapporto alla mutevolezza ed alla specificità della *norma interna* di ciascuno Stato.

3. Piano espositivo. — Allo stato attuale della nostra materia, si continua ad assistere ad un curioso paradosso: mentre il *principio del primato del diritto internazionale sul diritto interno* viene integralmente riconosciuto a livello internazionale (Sezione I); dal punto di vista del diritto interno dei singoli Stati, quel medesimo principio trova solo un parziale accoglimento (Sezione II).

Sezione I

UN PRINCIPIO INTEGRALMENTE RICONOSCIUTO A LIVELLO INTERNAZIONALE

4. Una supremazia d'insieme. — La superiorità del diritto internazionale che, come abbiamo indicato, costituisce il fondamento stesso dell'esistenza del diritto internazionale, non si trova espressamente menzionata in quella sorta di "costituzione" dell'ordinamento internazionale contemporaneo che è la Carta dell'ONU. In realtà, durante la Conferenza di San Francisco del 1945, la delegazione belga aveva proposto di includere siffatto principio nel testo di tale trattato, ma detta proposta non venne formalmente adottata, in quanto non venne raggiunta la maggioranza richiesta dei due terzi degli Stati partecipanti. Poco tempo dopo, a partire dal 1949, la Commissione di diritto internazionale (d'ora in avanti CDI) dell'ONU, appena costituita, inserì quel principio nella sua *Dichiarazione dei Diritti e dei Doveri degli Stati* (art. 13). Successivamente, la **Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 23 maggio 1969**, entrata in vigore il 27 gennaio 1980, ne diede formale consacrazione. L'**art. 27** di questa importantissima Convenzione dispone infatti che: "*Una parte non può invocare le disposizioni del proprio diritto interno per giustificare la mancata esecuzione di un trattato*".

La "superiorità" o se si preferisce usare, *mutatis mutandis*, una locuzione frequente nel diritto UE, il "primato" del diritto internazionale significa che le *norme*

(2) M. VIRALLY, *Sur un pont aux ânes: les rapports entre droit international et droit interne*, in *Mélanges Rolin*, Paris, Pedone, 1964, p. 488 ss., p. 497: "tout ordre juridique s'affirme supérieur à ses sujets, ou bien il ne l'est pas... le droit international est inconcevable autrement que supérieur aux Etats, ses sujets. Nier sa supériorité revient à nier son existence".

(3) P. FEDOZZI, *Introduzione al diritto internazionale e Parte generale*, in *Trattato di diritto internazionale* diretto da P. FEDOZZI e S. ROMANO, cit., 1933, p. 299.

internazionali a carattere obbligatorio e vincolante prevalgono sul diritto interno di ciascuno Stato a cui sono opponibili, che si tratti di atti costituzionali (1), legislativi (2), amministrativi (3) o giudiziari (4).

§ 1. — *Il “primato” del diritto internazionale sulle norme costituzionali*

1. — **La prassi arbitrale internazionale**

Tre casi celebri evidenziano la posizione della giurisprudenza internazionale in materia.

5. Il caso dell’Alabama (1872). — L’“Alabama” era una nave militare delle forze sudiste della Confederazione americana, all’epoca della Guerra di Secessione. La Confederazione aveva acquistato questa nave in un cantiere navale inglese e si trattava di un’efficientissima macchina bellica giacché riuscì a causare numerosi danni alle forze “nordiste”, prima di essere affondata nel 1864 al largo di... Cherbourg, in Francia. Dinanzi al collegio arbitrale, presieduto da un giurista italiano, il Conte FEDERICO SCLÒPIS, la Gran Bretagna chiedeva di essere esonerata da ogni responsabilità nella misura in cui essa — pur essendo all’epoca una Potenza neutrale — non disponeva degli strumenti giuridico-costituzionali necessari per impedire la costruzione sul proprio territorio di navi da guerra da rivendere a Stati terzi.

Il collegio arbitrale, tuttavia, rigettava tale argomentazione difensiva fondata sull’“insufficienza di mezzi giuridici” di ordine interno a disposizione della Gran Bretagna (4). Per gli arbitri, infatti, non si trattava di una circostanza sufficiente a giustificare la violazione da parte della Gran Bretagna degli obblighi internazionali di neutralità a proprio carico durante la Guerra di Secessione americana. Il lodo, pronunciato a Ginevra, stabilì dunque la responsabilità britannica per violazione di norme consuetudinarie in materia di neutralità nell’ambito di un conflitto armato internazionale tra uno Stato e un gruppo di insorti (il Governo confederato del Sud), da considerare come *soggetto belligerante*.

6. Caso del Montijo (1875). — La controversia del “Montijo” tra gli Stati Uniti e la Colombia sollevò un problema analogo: qui si trattava dell’antinomia tra le norme di un trattato internazionale e quelle della costituzione della Colombia. La Colombia sosteneva che le norme della propria Costituzione le impedivano di rispettare i termini di un trattato regolarmente concluso con gli Stati Uniti. Ciò, tuttavia, significava affermare la superiorità della Costituzione colombiana (ossia del diritto interno) sul diritto internazionale. Ebbene, anche qui, nel rigettare tale argomentazione, gli arbitri affermarono a chiare lettere che “[u]n trattato è superiore alla Costituzione” e pertanto uno Stato federale non può sottrarsi all’osservanza del diritto internazionale

(4) Testo in A. DE LAPRADELLE, N. POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, II, Paris, Pedone, 1905, p. 713 e ss. V. pure Alabama Claims Arbitration 1872, in J. B. MOORE (ed.), *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, 1898, nonché ora W. PARK, B. DE FUMICHON, “Retour sur l’Affaire de l’Alabama: de l’utilité et des limites de l’histoire du droit, in *Revue de l’arbitrage*, 2019, p. 743 ss.

allegando l'insufficienza del suo diritto interno; è infatti il diritto interno che deve adattarsi al diritto internazionale ⁽⁵⁾.

7. Il caso *Georges Pinson* (1928). — Anche il caso *Georges Pinson*, relativo ad una controversia tra la Francia ed il Messico, sollevò il problema dei rapporti tra un trattato internazionale e la Costituzione nazionale. Qui, si trattava delle norme della Costituzione messicana relative alla concessione della cittadinanza. Orbene, anche in questo caso, l'arbitro fece prevalere il trattato franco-messicano sulle norme costituzionali messicane affermando in termini inequivocabili che:

“[è] incontestabile ed incontestato che il diritto internazionale è superiore al diritto interno. Le norme nazionali non sono senza valore per i tribunali internazionali, ma detti tribunali non sono vincolati da quelle norme...Non dobbiamo mai perdere di vista che tale questione di importanza fondamentale non si presenta dinanzi ad un tribunale internazionale allo stesso modo che davanti ad un tribunale interno. Difatti, quest'ultimo, espressione della sovranità dello Stato, può trovarsi obbligato ad applicare la costituzione, senza esaminarne la conformità con il diritto internazionale, e ciò anche se dovesse ammettere la non conformità di essa con tale diritto” ⁽⁶⁾.

2. — La prassi giudiziaria internazionale

8. — È possibile citare alcuni altri celebri precedenti tratti tanto dalla prassi della CPGI quanto da quella della Corte di giustizia UE.

a) *Il contributo della CPGI*

9. — Nel caso relativo al *Trattamento dei cittadini polacchi e di altre persone di origine o lingua polacca nel territorio di Danzica*, la città libera di Danzica riteneva di poter applicare ai polacchi le proprie norme costituzionali in deroga alle norme fissate nel trattato internazionale a loro favore. Nel parere consultivo che ne seguì, la CPGI rigettò tale tesi, affermando la superiorità del diritto internazionale pattizio sul diritto costituzionale locale. La Corte si espresse in questi termini:

“in base ai principi generali generalmente accettati, uno Stato non può basarsi, nei confronti di un altro Stato, sulle disposizioni della Costituzione del secondo ma solo sul diritto internazionale e su obbligazioni internazionali debitamente assunte...Di converso, uno Stato non può invocare nei confronti di un altro Stato la propria Costituzione con il proposito di sottrarsi ad obblighi che lo vincolano in base al diritto internazionale e a trattati in vigore” ⁽⁷⁾.

Questa posizione tradizionale sarà riaffermata dalla CIG nel suo parere del 26 aprile 1988 relativo al *caso dell'Ufficio dell'OLP presso le Nazioni Unite* indicando che:

“È sufficiente ricordare il principio fondamentale in diritto internazionale della preminenza di questo diritto sul diritto interno. Tale preminenza ha ricevuto consacrazione in

⁽⁵⁾ Testo in J.B. MOORE, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party, Together with Appendices Containing the Treaties Relating to such Arbitrations, and Historical Legal Notes*, Washington, Gov. Printing Office, 1898, II, p. 1440.

⁽⁶⁾ TAM, *Francia c. Messico*, Lodo Verzijl, in *RSA*, V, p. 327 e 393. Nostra traduzione.

⁽⁷⁾ Parere del 4 febbraio 1932, *Rec.*, Série A/B, n. 44, 1932, p. 24 s.. Nostra traduzione.

giurisprudenza a partire dal lodo arbitrale del 14 settembre 1872 nel caso dell'Alabama tra Stati Uniti e Gran Bretagna ed in seguito è stato spesso richiamato" (8).

b) Il contributo della Corte di Giustizia UE al primato del diritto dell'Unione europea sul diritto dei singoli Stati Membri

Bibliografia sommaria: D. CARREAU, "Droit communautaire et droits nationaux; concurrence ou primauté, la contribution de l'arrêt Simmenthal", *RTDE*, 1978, p. 381 ss.; J.P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 8^a ed., Paris, Dalloz, 2015; M. DI STEFANO (a cura di), *L'effetto diretto delle fonti dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea*, Napoli, ES, 2017; D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, Giuffrè, 2018; U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, Cacucci, 6^a ed., 2020, p. 449 ss.; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, 5^a ed., Milano, Giuffrè, 2020, p. 271 ss.; G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, I, 3 ed. a cura di P. DE PASQUALE e F. FERRARO, Napoli, ES, 2021, p. 193 ss.; e riferimenti ivi citati. V., per un aggiornamento permanente, il sito internet della Corte, www.curia.eu.

10. — La Corte di giustizia dell'Unione europea ha posto dei principi analoghi a quelli appena illustrati in una delle sue prime e più celebri sentenze: il caso *Costa c. Enel* (9). Qui, la Corte evidenziò chiaramente la specificità del "diritto comunitario" per poi affermarne la superiorità d'insieme sul diritto interno degli Stati Membri. La Corte si espresse in questi termini:

"a differenza dei comuni trattati internazionali, il Trattato CEE [oggi TUE e TFUE, *n.d.r.*] ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri... scaturito da una fonte autonoma, il diritto nato dal Trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa Comunità [oggi dell'Unione, *n.d.r.*]".

11. — In seguito, la Corte di Giustizia non fece altro che riaffermare tale posizione di principio, precisandola. Così, ad esempio, nella causa 118-75 (*Lynne Watson*), la Corte affermò — a chiare lettere — che le norme del diritto dell'Unione europea "prevalgono su qualsiasi altra norma interna contraria" (10). Poco tempo prima, nel celebre caso *Internationale Handelsgesellschaft*, del 17 dicembre 1970 (11), la Corte aveva precisato che il "diritto comunitario" — oggi il diritto UE — prevale sulle norme costituzionali degli Stati membri. "I principi di una costituzione" — afferma la Corte — "non [possono] diminuire la validità di un atto della Comunità né la sua efficacia nel territorio" di uno Stato. Siffatta impostazione culminò nella sentenza pronunciata nella causa n. 106-77 (*Simmenthal*) decisa il 9 marzo 1978, riaffermando e consolidando la giurisprudenza precedente.

Alla luce di tale premesse, va osservato che la posizione della Corte non è mutata nonostante il rallentamento del processo di integrazione europea dovuto al fallimento della "Costituzione europea" nel 2005, alla crisi economica mondiale iniziata nel

(8) CIG, Parere consultivo del 20 aprile 1988, in *Rec.*, p. 34 e par. 57: "It would be sufficient to recall the fundamental principle of international law that international law prevails over domestic law. This principle was endorsed by judicial decision as long ago as the arbitral award of 14 September 1872 in the Alabama case between Great Britain and the United States, and has frequently been recalled since".

(9) Corte di giustizia, 15 luglio 1964, Causa C-6/64, *Costa*, *Rec.*, 1964, p. 1135.

(10) In *Rec.*, 1976, p. 1185, e p. 1197.

(11) In *Rec.*, 1970, p. 1125.

2008-2009 e le recenti sentenze delle Corti costituzionali di due Paesi a “tradizione dualista” come la Germania e l’Italia. In effetti, una sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona, del 30 giugno 2009, ha indicato che, pur se detto Trattato era conforme alla *Grundgesetz* tedesca, le leggi di accompagnamento relative alla partecipazione del *Bundestag* e del *Bundesrat* agli atti dell’Unione europea non lo erano, in quanto si trattava di disposizioni giudicate insufficientemente democratiche. Tale sentenza della più alta Corte tedesca venne vivacemente criticata in Francia come altrove, ma significava che l’art. 23 della *Grundgesetz* tedesca esige che la costruzione dell’UE sia conforme ai “principi federali, sociali, di Stato di diritto e di democrazia” e dunque garantisca una protezione dei diritti fondamentali sostanzialmente comparabile a quella fornita dalla costituzione tedesca.

Parimenti, la Corte costituzionale italiana ha parlato di *controlimiti* al primato “assoluto” del diritto UE in rapporto al diritto interno degli Stati membri e ciò in funzione non di qualunque norma costituzionale ma limitatamente al rispetto dei diritti fondamentali elencati dalla Costituzione italiana ⁽¹²⁾.

Senonché, al di là degli “ammonimenti” rivolti dalle due Corti costituzionali, italiana e tedesca, alle istituzioni dell’UE, è possibile affermare che l’inclusione della Carta dei diritti fondamentali per il tramite dell’art. 6 TUE dovrebbe ormai neutralizzare le possibili antinomie tra l’ordinamento giuridico dell’Unione e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri.

§ 2. — *Il primato del diritto internazionale sulle leggi di uno Stato*

12. — La superiorità del diritto internazionale sulla legislazione interna di uno Stato è stata riconosciuta tanto nella prassi arbitrale quanto in quella giudiziaria. A tal proposito, basti rinviare agli arbitrati precedentemente esaminati ed alla giurisprudenza costante della Corte di Giustizia UE.

13. — Nella sentenza su *Certi interessi tedeschi nell’Alta Slesia Polacca* ⁽¹³⁾, la CPGI pronunciò una formula divenuta celebre:

⁽¹²⁾ V. Corte Cost., 27 dicembre 1973, n. 183, *Frontini* ove la Corte ha indicato che “in base all’art. 11 della Costituzione sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate; e deve quindi escludersi che siffatte limitazioni, concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma — sottoscritto da Paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello Stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini —, possano comunque comportare per gli organi della C.E.E. [oggi UE] un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana. Ed è ovvio che qualora dovesse mai darsi all’art. 189 una sì aberrante interpretazione, in tale ipotesi sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali”. La giurisprudenza successiva ha confermato questa impostazione e la persistenza dei “controlimiti” nella giurisprudenza costituzionale. Successivamente, il caso *Taricco* ha dato vita ad una interessante *querelle* tra le due Corti ed alla fine la Corte di Giustizia (CGUE, Grande Sezione, 5 dicembre 2017, C-105/14) ha dovuto ammettere che “[l’] art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE dev’essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell’ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale...a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell’insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell’applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato”.

⁽¹³⁾ CPGI, 25 maggio 1926, merito, in *Rec., Ser. A*, n. 7.

“[r]ispetto al diritto internazionale e nei confronti della Corte che ne è l’organo, le leggi nazionali sono dei semplici fatti, delle manifestazioni di volontà e dell’attività degli Stati, allo stesso titolo delle sentenze e delle misure amministrative” (14).

La *giuridicità* di un fatto è dunque relativa all’ordinamento giuridico dal cui punto di vista ci si colloca per esaminare una fattispecie. Così, un medesimo fatto o atto può assumere la qualifica di fatto o atto giuridicamente rilevante solo rispetto ad un dato ordinamento giuridico ma non automaticamente rispetto ad un altro. È il *principio della relatività delle valutazioni giuridiche* a cui abbiamo già fatto riferimento.

14. — La CPGI ebbe più volte l’occasione di riaffermare i suddetti principi. Così, nel caso relativo alla *Questione delle comunità greco-bulgare* (15), la Corte si espresse con queste parole:

“è un principio generalmente riconosciuto del diritto delle genti che, nei rapporti tra Potenze contraenti di un trattato, le disposizioni di una legge interna non possono prevalere su quelle di un trattato” (16).

15. — Così ancora, nel caso delle *Zone franche dell’Alta Savoia e del Paese di Gex* tra la Francia e la Svizzera: “la Francia non può avvalersi della sua legislazione per restringere la portata dei propri obblighi internazionali” (17). E la medesima soluzione è stata adottata nel caso *dell’Università Peter Pazmany* (18).

§ 3. — *Il primato del diritto internazionale sugli atti amministrativi di uno Stato*

16. — Il conflitto tra diritto internazionale ed atti amministrativi interni si è verificato meno frequentemente dinanzi ad arbitri e giudici internazionali ma è stato risolto, ancora una volta a sfavore delle “soluzioni nazionali”, sulla base del principio di supremazia del diritto internazionale sul diritto interno.

17. — Così, nel *caso Wimbledon*, che diede luogo alla prima sentenza della CPGI, la Corte dovette esaminare la questione del conflitto tra le norme del trattato di Versailles che internazionalizzavano il canale di Kiel e quelle contenute in misure amministrative adottate dalla Germania. Tali atti amministrativi proibivano il passaggio nel canale di Kiel delle navi (tra cui la “Wimbledon”) che trasportassero materiale bellico a destinazione della Polonia durante il conflitto con l’URSS. Ciò in quanto la Germania era uno Stato neutrale in tale conflitto. Anche qui, la Corte non ebbe alcuna esitazione ad affermare il primato del diritto internazionale. Sancì infatti che la Germania “non poteva opporre agli obblighi che aveva assunto in virtù del trattato di Versailles (ovvero dell’articolo 380 che garantiva la libertà completa di passaggio nel canale di Kiel) le proprie ordinanze di neutralità” (19).

(14) *Ivi*, p. 19. In arg. cfr. A. CASSESE, *Il diritto interno nel processo internazionale*, Padova, Cedam, 1962, p. 269 ss.

(15) CPGI, Parere del 1930, in *Rec.*, Ser. B, n. 17.

(16) *Ivi*, p. 13.

(17) In *Rec.*, Series A/B, n. 46, p. 167.

(18) In *Rec.*, Series A/B, n. 61, p. 243.

(19) In *Rec.*, Series A, n. 1, p. 30.

18. — Successivamente, nel caso *della tutela dei minori* relativo ad una controversia tra la Svezia ed i Paesi Bassi, venne richiesto alla CPGI di valutare la compatibilità tra una legge svedese ed alcune disposizioni amministrative di attuazione rispetto alla Convenzione del 1902 sulla “tutela dei minori”. Qui, tuttavia, una volta accertata la propria competenza a verificare se tali misure di applicazione svedesi comportassero “un inadempimento” della convenzione citata a carico della Svezia, la Corte non riscontrò alcuna antinomia tra il diritto interno svedese ed il diritto internazionale applicabile nel caso di specie ⁽²⁰⁾.

§ 4. — *Il primato del diritto internazionale sulle sentenze dei giudici statali*

19. — Anche per gli atti del potere giurisdizionale dello Stato si ha, dal punto di vista dell’ordinamento internazionale, che il diritto internazionale prevale su qualunque sentenza interna. Per convincersene, basti citare il *caso della Officina di Chorzow* del 1928 che fu oggetto di un’altra celebre pronuncia della CPGI. Nella fattispecie, la Polonia, invocando una sentenza di un proprio tribunale, pretendeva di sottrarsi all’esecuzione di una sentenza internazionale pronunciata dalla CPGI nei propri confronti. Qui, la Corte doveva esaminare un conflitto tra l’autorità della *cosa giudicata internazionale* di cui era rivestita la propria sentenza ⁽²¹⁾ e l’autorità di *cosa giudicata* — e temporalmente successiva — di una sentenza di un giudice interno. Senonché, la CPGI ne dedusse la prevalenza dell’autorità della cosa giudicata internazionale che, come tale, doveva prevalere su qualunque altra pronuncia, ancorché definitiva, di una giurisdizione interna. Secondo la CPGI era semplicemente impossibile:

“che una decisione giudiziaria nazionale avesse potuto invalidare, indirettamente, una sentenza pronunciata da un’istanza internazionale... Qualsiasi sia l’effetto della decisione giudiziaria del tribunale di Katowice del 12 novembre 1927 dal punto di vista del diritto interno, tale decisione giudiziaria non può, né eliminare la violazione della Convenzione di Ginevra constatata dalla Corte nel suo art. n. 7, né sottrarre a questa sentenza una delle basi sulle quali è fondata” ⁽²²⁾.

Conclusione parziale: (o “due errori da non commettere”)

20. — Il *principio di superiorità (o se si preferisce del primato) del diritto internazionale* comporta due *caveat*. Prima di tutto, il giudice (o l’arbitro) internazionale pur affermando il primato del diritto internazionale su tutte le norme, atti e sentenze del diritto interno non annulla mai la norma, l’atto o la sentenza dello Stato che siano contrari al diritto internazionale — cosa che non rientra nei suoi poteri — ma li dichiara “inopponibili” a livello internazionale. Inoltre, è necessario distinguere la *validità interna* della norma giuridica “nazionale” dalla sua *validità internazionale*, visto che i loro effetti non coincidono.

⁽²⁰⁾ CIG, in *Rec.*, 1958, p. 65.

⁽²¹⁾ Nella sentenza n. 7 concernente le Officine di Chorzow.

⁽²²⁾ CPGI, 13 settembre 1928, *Ser. A*, n. 17, pp. 33-34.

1. — Il ruolo del giudice o dell'arbitro internazionale nella valutazione della compatibilità di una norma statale con una norma internazionale

21. “Inopponibilità” ma non “invalidità” della norma interna contraria al diritto internazionale: l'effetto di disapplicazione. — Il giudice internazionale e l'arbitro internazionale si collocano nell'ordinamento internazionale e non nell'ordinamento giuridico di uno Stato dato. Pertanto, se constatano una contrarietà insanabile tra una norma interna (o una sentenza o ancora una misura amministrativa) di uno Stato e una norma internazionale, la conseguenza non sarà di certo l'“annullamento” o la “riformulazione” della norma domestica. In tale ipotesi, il giudice internazionale o l'arbitro dichiareranno la norma interna “inopponibile” (*not opposable*, in inglese) sul piano internazionale ovvero “inefficace” o, più semplicemente, “non applicabile”. In questo senso si parla di “effetto di disapplicazione”.

Si tratta di una tecnica ben sviluppata nel particolare contesto del diritto UE. Così, ad esempio, la Corte di Giustizia UE ha rivendicato in una recente sentenza che solo essa “può, eccezionalmente e per considerazioni imperative di certezza del diritto, concedere una sospensione provvisoria dell'effetto di disapplicazione esercitato da una norma di diritto dell'Unione rispetto a norme di diritto interno con essa in contrasto” (23).

In conclusione, la conseguenza pratica del primato della norma internazionale sull'atto interno dello Stato (atto normativo, sentenza o misura amministrativa) è che se l'atto interno contrasta con la norma internazionale, l'atto interno va *disapplicato*.

Si tratta di principi classici, tradizionali, che sono stati più volte consacrati dalla prassi arbitrale (a) e giudiziaria (b).

a) La prassi arbitrale internazionale

22. — Particolarmente emblematico a tale riguardo è il già citato lodo arbitrale pronunciato nel **caso Georges Pinson**. In questo caso, il Messico riteneva che la Francia non avesse il diritto di esercitare la protezione diplomatica a favore di Georges Pinson, avendo quest'ultimo acquisito la cittadinanza messicana in virtù delle leggi locali. Il tribunale arbitrale internazionale rigettò tale argomentazione, ritenendo di non essere vincolato dalle norme messicane né di doverle interpretare. Rilevò, invece, che il suo compito era quello di accertare la cittadinanza di Georges Pinson indipendentemente dalla Costituzione o dalle leggi del Messico ma in funzione delle sole regole del diritto internazionale. Così, nel caso di specie, il tribunale concluse che per Pinson prevaleva la cittadinanza francese secondo il diritto internazionale. Tale sentenza arbitrale non aveva dunque come effetto quello di invalidare le leggi messicane contrarie: piuttosto, si limitava a dichiarare la loro inefficacia a livello internazionale, risultando perciò inopponibili alla Francia.

Non stupisce pertanto che gli arbitri del caso **BayWa r.e. Renewable Energy GmbH and BayWa r.e. Asset Holding GmbH v. Spain** abbiano richiamato l'art. 3 degli Articoli della CDI sulla responsabilità internazionale degli Stati per ribadire che:

(23) Corte di Giustizia, 29 luglio 2019, Causa C-411/17, *Inter-Environnement Wallonie ASBL*, para 177, ECLI:EU:C:2019:622. La versione inglese così recita: “It must be added that only the Court of Justice may, in exceptional cases, for overriding considerations of legal certainty, allow temporary suspension of the ousting effect of a rule of EU law with respect to national law that is contrary thereto.”

“In an international forum such as the present one, a host State may not rely on its domestic law as a ground for non-fulfilment of its international obligations” (24).

b) *La prassi giudiziaria internazionale*

i. La CPGI

23. — Nel caso precedentemente citato **dell’Alta Slesia polacca**, la CPGI dovette pronunciarsi, *inter alia*, sugli effetti del conflitto tra la legge polacca e gli obblighi internazionali della Polonia. La Corte dichiarò quanto segue:

“La Corte non è certamente chiamata ad interpretare la legge polacca come tale; ma niente le impedisce di pronunciarsi per appurare se, applicando la suddetta legge, la Polonia agisca o meno in conformità agli obblighi che la Convenzione di Ginevra le impone nei confronti della Germania” (25).

Qui, la CPGI riconobbe un evidente contrasto tra la legge polacca e la Convenzione internazionale tedesco-polacca di Ginevra: nonostante ciò “non annullò” la legge polacca ma la dichiarò semplicemente “inopponibile” alla Germania, deducendone, di conseguenza, la responsabilità internazionale della Polonia a causa della contrarietà della propria normativa nazionale ai propri obblighi internazionali.

ii. La CIG

24. — La Corte internazionale di Giustizia (CIG) si pronunciò su una questione analoga nel **caso Nottebohm** (26), oggetto di un contenzioso tra il Liechtenstein ed il Guatemala. Nottebohm, un cittadino di origine tedesca, aveva ottenuto troppo facilmente la cittadinanza del Liechtenstein. Su tale caso ritorneremo più avanti (nel Cap. XV) ma, per il momento, basti notare che il Guatemala si rifiutò di riconoscere quest’ultima cittadinanza in quanto la considerava puramente “fittizia”. Perciò, durante la seconda guerra mondiale, procedette al sequestro dei beni di Nottebohm e lo internò in quanto “soggetto nemico” tedesco. E, probabilmente, l’unico tedesco che si accorse che il Guatemala era in guerra con la Germania nazista fu proprio...il sig. Nottebohm! Senonché, finita la guerra, il Liechtenstein citò a giudizio il Guatemala dinanzi alla CIG. Qui, il Guatemala eccepì che il Liechtenstein non aveva diritto ad esercitare la propria protezione diplomatica in favore di Nottebohm, poiché la cittadinanza di quest’ultimo non era “reale” bensì completamente “fittizia”, una sorta

(24) *BayWa r.e. Renewable Energy GmbH and BayWa r.e. Asset Holding GmbH v. Spain*, ICSID Case No. ARB/15/16, lodo finale del 25 febbraio 2021, punto 569. Arbitri: J. Crawford (Presidente), H. Grigera Naon e L. Malintoppi. V. anche il lodo *América Móvil S.A.B. de C.V. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB(AF)/16/5, lodo finale del 7 maggio 2021, punto 417: “Es indiscutible, como lo asevera la Demandante, que el derecho internacional no les permite a los Estados escudarse en su derecho doméstico para eludir su responsabilidad bajo el derecho internacional, pues el derecho internacional excluye la posibilidad de que la evaluación de la licitud internacional de la conducta estatal sea hecha a la luz del derecho doméstico. Este principio fundamental está codificado, además de en el Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en el Artículo 3 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado, citado por América Móvil...Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno”.

(25) CPGI, 25 maggio 1926, *Ser. A*, n° 7, 1926, p. 19.

(26) CIG, 6 aprile 1955, in *Rec.*, 1955, p. 4.

di *cittadinanza di comodo* acquisita in uno Stato “facile”. La Corte, alla fine, accolse la tesi del Guatemala ma si guardò bene dal dire che la legge del Liechtenstein fosse “illegale” o, peggio, che Nottebohm, dal punto di vista del diritto interno del Liechtenstein non fosse più uno dei suoi cittadini. Ponendosi esclusivamente sul piano del diritto internazionale, la Corte disse solo che la nuova cittadinanza di Nottebohm, non essendo *effettiva*, non era, come tale, “opponibile” al Guatemala.

iii. La Corte di giustizia UE: una conferma

25. — Tali classici principi sono stati riaffermati dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea nonostante la “specificità” del diritto UE. Infatti, la Corte di Giustizia si è accorta molto presto di non avere la “competenza per annullare gli atti legislativi od amministrativi di uno Stato membro” in caso di contrarietà al diritto comunitario (ed oggi del diritto UE) ⁽²⁷⁾. In seguito, essa ribadì tale principio con queste parole: “la Corte non è competente ad interpretare le norme del diritto nazionale, né a pronunciarsi su una loro eventuale incompatibilità con il diritto comunitario” ⁽²⁸⁾.

26. — Siffatta soluzione non deve sorprendere in quanto corrisponde alla posizione ed al ruolo del giudice o dell’arbitro internazionale che abbiamo poc’anzi illustrato. Se, infatti, il giudice o l’arbitro internazionale disponessero del potere di annullamento o anche semplicemente d’interpretazione vincolante delle norme nazionali nel loro ordinamento di origine, finirebbero per svolgere una funzione “sovrannazionale” — *rectius* “supracostituzionale” — che porterebbe a subordinare loro le Corti “supreme” al pari delle costituzionali nazionali. Ciò, evidentemente, come abbiamo già osservato (Cap. I), presuppone un livello di integrazione della *societas* internazionale e uno sviluppo del diritto internazionale che mai si sono raggiunti: una tale evoluzione presuppone infatti un’organizzazione mondiale fondata su un sistema federale o, almeno, confederale. È bene ricordarlo ed è curioso che nel linguaggio corrente di molti giuristi non specialisti si abusì dell’aggettivo “sovrannazionale” o “globale” senza trarre tutte le conseguenze che tale locuzione implica rispetto al più sicuro e rigoroso lemma “internazionale” ⁽²⁹⁾.

2. — La discordanza tra l’efficacia internazionale e l’efficacia interna delle norme giuridiche

27. Premessa. — In un mondo ideale, una norma internazionale dovrebbe sempre ricevere pieno riconoscimento nel diritto interno di ciascuno Stato mentre le norme interne dovrebbero essere sempre conformi alle norme del diritto internazionale. Senonché, la realtà empirica dimostra che le cose non stanno sempre così e tale fenomeno è conosciuto da molto tempo dalla dottrina giusinternazionalistica.

Occorre muovere dalla considerazione elementare ed oggettiva secondo la quale poiché la Comunità internazionale e le comunità statali costituiscono ambienti sociali

⁽²⁷⁾ Corte di Giustizia, 6 dicembre 1960, Causa C-6/60, *Humblet*, in *Rec.*, 1960, pp. 1125 e 1145.

⁽²⁸⁾ Corte di giustizia, 23 novembre 1977, Causa 38-77, *Enka B.V.*, in *Rec.*, 1977, pp. 2203 e 2213.

⁽²⁹⁾ In argomento v. per tutti G. ARANGIO-RUIZ, “La pretesa “analogia federale” nella Carta delle Nazioni Unite e le sue implicazioni”, cit., pp. 221-273. V. altresì, ID., “Dualism Revisited: International Law and Interindividual Law”, in *Riv. dir. int.*, 2003, p. 909 ss.

ben diversi, ne segue che sono dotati di norme proprie le quali vanno a costituire, appunto, degli *ordinamenti giuridici diversi e separati*. Pertanto, *la norma internazionale, in linea di principio, non si applica per forza propria in un ordinamento diverso da quello di origine*. Perché ciò accada, occorre che la norma interstatale venga trasfusa, ossia recepita nell'ordinamento nazionale tramite una norma interna.

28. Norme internazionali paralizzate dal diritto interno. — Così, può accadere che ad alcune norme internazionali che hanno vocazione ad essere applicate nell'ordinamento interno dei singoli Stati (c.d. norme direttamente applicabili o *self executing*) non venga riconosciuta alcuna *efficacia di diritto interno*. Accade, per esempio, che la condizione giuridica degli stranieri venga regolata in un'apposita *convenzione di stabilimento*, cioè in un trattato bilaterale la cui efficacia resti paralizzata sul territorio di una delle Parti contraenti perché il diritto interno non è stato modificato di conseguenza. Questa però è una chiara violazione del diritto internazionale, di natura tale da mettere in gioco la responsabilità internazionale dello Stato offensore (*infra*, Cap. XVI) e comportare un obbligo di riparazione.

29. Norma interna contraria al diritto internazionale. — Viceversa, può accadere che una norma giuridica nazionale qualunque (di rango costituzionale, legislativo, amministrativo) possieda pieno vigore sul piano del diritto nazionale ma risulti in contrasto col diritto internazionale. In tale situazione, gli organi in cui si articola l'amministrazione dello Stato, incluse le autorità indipendenti⁽³⁰⁾, continueranno ad essere vincolati dalla norma giuridica interna, seguitando ad applicarla a tutti coloro che si trovano nel territorio nazionale. Ma quella stessa norma risulterà "inopponibile" agli altri Stati sul piano del diritto internazionale come si vedrà d'appresso.

a) *Validità interna ma inopponibilità internazionale di un atto dello Stato*

30. La sanzione internazionale: l'inopponibilità della norma interna. — Lo "sfasamento" tra la norma internazionale e le norme interne di un dato Stato si deve al carattere incompleto ed imperfetto dell'ordinamento internazionale ed alla sua peculiare struttura la quale è, *ex natura rerum*, diversa da quella dell'ordinamento interno di qualunque Stato, come si evidenzia nella prassi arbitrale internazionale (i) ed in quella giudiziaria internazionale (ii).

i. *La prassi arbitrale internazionale*

31. — Oltre al caso *Georges Pinson* precedentemente citato, possiamo menzionare altri due lodi arbitrali. In una controversia tra la Francia ed il Perù davanti alla CPA nel 1921⁽³¹⁾, il collegio arbitrale si rifiutò di dare applicazione ad una legge peruviana che annullava retroattivamente un contratto stipulato tra alcuni cittadini francesi ed il Governo locale di fatto di quel periodo. Gli arbitri conclusero che, dal punto di vista del diritto peruviano, una legge siffatta poteva essere valida ed efficace; tuttavia, essa perdeva ogni efficacia a livello internazionale, nella misura in cui ledeva dei diritti soggettivi legittimamente acquisiti dagli stranieri in base al diritto internazionale.

⁽³⁰⁾ In argomento v. ad es. M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, 5 ed., Torino, Giappichelli, 2021, p. 77 ss.

⁽³¹⁾ In *RGDIP*, 1922, p. 256.

32. — Allo stesso modo, nel 1930, nel **caso *Shuffeldt***, oggetto di un contenzioso tra gli Stati Uniti e il Guatemala, l'arbitro dovette esaminare la validità di un Decreto del Governo guatemalteco che abrogava *ex lege* una concessione precedentemente accordata ad un cittadino americano. Il Guatemala sosteneva che tale misura, valida secondo la propria Costituzione, dovesse essere ugualmente efficace sul piano internazionale. Ma l'arbitro, ancora una volta, rigettava tale tesi affermando invece che, se il Decreto in questione ben poteva essere valido secondo il diritto guatemalteco (cosa che comunque non spettava a lui giudicare), lo stesso non poteva dirsi a livello internazionale, ossia rispetto all'ordinamento alla stregua del quale quel medesimo atto doveva essere valutato. Nella fattispecie, accolse la tesi degli Stati Uniti rilevando che secondo "un principio ammesso dal diritto internazionale...un sovrano non può erigere le proprie leggi nazionali come ostacolo insormontabile rispetto al reclamo di un sovrano straniero volto ad ottenere riparazione di un pregiudizio subito da uno dei suoi soggetti" ⁽³²⁾.

ii. La prassi giudiziaria internazionale

33. — In tutti i casi precedentemente esaminati (e su cui torneremo nel prosieguo di questo libro) — *Wimbledon, Trattamento dei cittadini polacchi a Danzica, Alta Slesia polacca, Fabbrica di Chorzow, Nottebohm* — la CPGI o la CIG non hanno mai contestato la *validità interna* degli atti nazionali che erano stati sottoposti al loro giudizio. I giudici internazionali hanno valutato quegli atti unicamente sul piano del diritto internazionale, facendo trionfare la norma internazionale e dichiarando eventualmente *inopponibile* a livello internazionale la norma o atto nazionali contrari al diritto internazionale.

b) Le conseguenze di un'eventuale divergenza tra una norma valida ed efficace sul piano interno ma inopponibile sul piano internazionale

34. L'obbligo di rendere il diritto interno conforme al diritto internazionale. — In via generale, la modifica della norma interna contraria al diritto internazionale si rende necessaria quando risulta essere *l'unico modo* accettabile di riparazione e di cessazione di un illecito internazionale. Vi si trova un chiaro esempio nel caso dei ***diritti dei cittadini degli Stati Uniti d'America in Marocco***, oggetto di un contenzioso tra gli Stati Uniti e la Francia dinanzi alla CIG nel 1952 ⁽³³⁾. Qui, il Residente Generale francese in Marocco aveva adottato, nel 1948, delle misure di controllo dei cambi da cui erano state esentate le operazioni con la Francia. Gli Stati Uniti ritennero che tali restrizioni fossero contrarie ai diritti di cui essi disponevano in forza dell'Atto di Algeciras del 1906 che aveva istituito un regime di "porte aperte" in Marocco. A conclusione del processo, la CIG accolse la tesi statunitense per cui il solo modo per la Francia di conformarsi alla sentenza della CIG era quello di modificare la propria normativa sui cambi, cosa che detto Stato fece, abrogandola.

Infine, va osservato che nel nostro tempo, la proliferazione dei meccanismi di soluzione delle controversie internazionali, a partire dalle corti internazionali competenti in materia dei diritti umani (ad es. la Corte EDU) e dall'OMC/WTO, ha

⁽³²⁾ Dept. of State Arb. Ser. 3 851, pp. 876-877 (1932).

⁽³³⁾ CIG, 27 agosto 1952, *Rec.*, 1952, p. 176.

significativamente contribuito ad un sempre più raffinato, incisivo e stringente “controllo della messa in conformità” dell’ordinamento giuridico interno dei singoli Stati rispetto alla norma internazionale violata⁽³⁴⁾.

35. L’assenza di un obbligo assoluto di modifica della norma interna contraria al diritto internazionale. — Una mera divergenza tra una norma od atto giuridico interni ed una norma internazionale non basta a far sorgere la responsabilità internazionale dello Stato autore, come si vedrà a suo luogo (Cap. XVI)⁽³⁵⁾. Ai fini della responsabilità internazionale dello Stato occorre infatti che vi sia *effettivamente un conflitto insanabile* tra l’atto interno e la norma internazionale, fatto che non sussiste qualora sia possibile **un’interpretazione conforme** al diritto internazionale dell’atto o della norma interna.

Va poi osservato che, una volta che una data norma (o atto o sentenza) nazionale sia stata proclamata *inopponibile* a livello internazionale, lo Stato autore di quell’atto non ha sempre l’obbligo di abrogarlo o di modificarlo per renderlo conforme al diritto internazionale. In caso di responsabilità internazionale, lo Stato offensore dovrà fornire una riparazione adeguata e la dottrina dell’*analisi economica del diritto internazionale* sembra persino favorire tale situazione, se economicamente più vantaggiosa. In tale ipotesi, la norma nazionale “più costosa” continuerà a produrre effetti solo sul piano dell’ordinamento giuridico interno.

Può accadere persino, ma si tratta di un caso rarissimo, che una sentenza giudiziaria interna munita dell’autorità di cosa giudicata riesca ad ostacolare la superiorità della norma internazionale come indica l’art. 30 della Convenzione europea per la risoluzione pacifica delle controversie del 29 aprile 1957. Ma anche in questa unica fattispecie, alla parte lesa potrà essere accordata dal giudice o dall’arbitro internazionale un’*equa soddisfazione*.

36. (segue) Il modello del diritto UE. — È opportuno notare che, nel diritto dell’Unione Europea, si verificano dei casi simili con una certa frequenza (v. a tale riguardo la Relazione annuale della Commissione “Monitoring the Application of European Union Law”⁽³⁶⁾). Infatti, nell’ordinamento dell’Unione europea, la Corte di giustizia è l’organo giurisdizionale supremo e sovranazionale che dà interpretazione e controlla l’applicazione omogenea della “legislazione dell’UE” in tutti gli Stati membri. Orbene, se la Corte di giustizia UE ritiene che una norma nazionale sia incompatibile con il diritto UE, lo Stato membro che ha violato il diritto UE dovrà adottare nel proprio ordinamento giuridico interno tutte le misure necessarie per porre fine a tale antinomia, compresa *la modifica e perfino l’abrogazione della propria legislazione*. In tal caso, la “riparazione” non consiste nel pagamento di un’indennità, quanto piuttosto proprio nella conformazione dell’ordinamento interno all’ordinamento internazionale⁽³⁷⁾.

⁽³⁴⁾ In arg. v. A. HAMANN, *Le contentieux de la mise en conformité dans le règlement des différends de l’OMC*, Leiden, Brill-Nijhoff, 2014 e A. DEL VECCHIO, *I Tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, 2 ed., Torino, Giappichelli, 2015, pp. 173 s. e 355 s.

⁽³⁵⁾ V., ad esempio, i casi *Francia c. Perù* del 1921 dinanzi alla CPA, o *Shuffeldt* in materia arbitrale o, ancora, i casi della “*Wimbledon*”, dell’*Alta Slesia polacca* o della *fabbrica di Chorzow* dinanzi alla CPGI.

⁽³⁶⁾ V. https://ec.europa.eu/info/publications/annual-reports-monitoring-application-eu-law_en.

⁽³⁷⁾ V., ad es., la sentenza del 14 dicembre 1982, C-314/81, *Waterkeyn*, in *Rec.*, 1982, I-4337, dove erano precisate le conseguenze di una procedura di infrazione che doveva essere eseguita dagli organi statali

A tale scopo, per indurre gli Stati membri a rispettare le sentenze della Corte di giustizia UE a seguito di una *procedura di infrazione* — e dunque per indurli a modificare la propria legislazione non conforme al diritto UE — l'art. 260 TFUE prevede apposite *sanzioni pecuniarie*. Si tratta di sanzioni dissuasive e che sono influenzate da determinati coefficienti in funzione della gravità dell'infrazione e della sua durata ⁽³⁸⁾. Oggi, nell'ambito del diritto UE, è pacifica l'esistenza di una vera e propria "responsabilità finanziaria" dello Stato di risarcire i danni causati ai singoli, persone fisiche e giuridiche, per le violazioni del diritto dell'Unione ad esso imputabili ⁽³⁹⁾.

Sezione II

UN PRINCIPIO NON UNIFORMEMENTE RICONOSCIUTO A LIVELLO NAZIONALE

37. Premessa. — Chiediamoci ora in quale misura i soggetti di diritto internazionale riconoscano il carattere *obbligatorio* e quindi *superiore* del diritto internazionale. Si noterà innanzitutto che il principio di superiorità del diritto internazionale viene generalmente riconosciuto dai suoi "soggetti". Inoltre, paradossalmente, tale principio rimane ancora poco conosciuto dagli operatori giuridici interni dei singoli Stati, i quali sono lungi dall'averne tratto tutte le conseguenze utili alla loro attività.

§ 1. — *Un pieno riconoscimento da parte dei soggetti "derivati" del diritto internazionale*

38. — È interessante rilevare che la "superiorità" del diritto internazionale non è mai stata messa in discussione dai "soggetti derivati" del diritto internazionale: le organizzazioni internazionali intergovernative (OIG). A ben vedere, la superiorità del diritto internazionale risulta pacifica, sia per le organizzazioni internazionali intergovernative (i), sia per gli altri enti internazionali, sia per quanto riguarda i soggetti privati (c.d. *non State actors*) (ii).

competenti e che poteva comportare "per le autorità partecipanti all'esercizio del potere legislativo l'obbligo di modificare le disposizioni in causa in modo da renderle conformi alle esigenze del diritto comunitario"; in seguito la CGUE precisò che l'esecuzione delle proprie sentenze doveva essere intrapresa immediatamente e concludersi il prima possibile (sentenza del 27 aprile 1988, C-225/86, *Commissione c. Repubblica italiana*, in *Rec.*, 1988, I-2271 — il che d'altronde non accade spesso come testimonia una pronuncia della Corte di giustizia del 3 ottobre 1989, C-383/85, *Commissione c. Regno del Belgio*, in *Rec.*, 1989, I-3069 — in cui il Belgio è stato condannato per non aver eseguito una precedente sentenza della Corte del 20 ottobre 1981).

⁽³⁸⁾ V. la Comunicazione della Commissione del 5 giugno 1996, in *GUCE* C 242 del 21 agosto 1996, p. 6.

⁽³⁹⁾ V., per l'Italia, l'art. 4, c. 43, della L. 12 novembre 2011 n. 183, il quale dispone che "la prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante da mancato recepimento nell'ordinamento dello Stato di direttive o altri provvedimenti obbligatori comunitari soggiace, in ogni caso, alla disciplina di cui all'articolo 2947 del codice civile e decorre dalla data in cui il fatto, dal quale sarebbero derivati i diritti se la direttiva fosse stata tempestivamente recepita, si è effettivamente verificato". In arg. cfr. R. BIFULCO, "Responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione", in *Dig. pubbl.*, Torino, 2010, p. 506 ss.; F. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati per violazione del diritto dell'Unione*, Milano, Giuffrè, 2012.

1. — Gli enti a carattere interstatuale

39. Le Carte costitutive di organizzazioni internazionali e il diritto internazionale.

— Le OIG, in quanto soggetti di diritto internazionale *devono la loro esistenza ed il loro funzionamento alla volontà degli Stati “fondatori”, così come risulta dalle loro “carte istitutive” che sono trattati internazionali.* Tali “carte costitutive” sono un prodotto tipico del diritto internazionale e dunque, nell’esercizio del loro funzioni — incluso, laddove è stato loro concesso dagli Stati, il c.d. *Law making power* —, le OIG sono tenute a rispettare sia le norme delle loro carte costitutive, che quelle del diritto internazionale generale e pattizio.

40. Il riconoscimento della superiorità del diritto internazionale da parte del diritto UE.

— L’esempio del diritto dell’Unione europea appare, ancora una volta, particolarmente illustrativo. L’art. 228 del Trattato di Roma (oggi l’art. 218 TFUE) dispone in effetti che “gli accordi conclusi dalla Comunità [oggi la UE, *n.d.r.*] vincolano le istituzioni della Comunità [oggi l’Unione, *n.d.r.*] e gli Stati membri”. Tale norma ha ricevuto un’interessante applicazione da parte della Corte di Giustizia, tramite la sentenza del 12 dicembre 1972 nel **caso *International Fruit*** ⁽⁴⁰⁾, in cui venne esaminata la compatibilità tra le regole del GATT’47 (Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio) ed alcuni regolamenti comunitari. La Corte, senza esitazioni, si ritenne “tenuta a esaminare se la validità [degli atti comunitari, *n.d.r.*] potesse essere influenzata dalla loro contrarietà ad una norma del diritto internazionale”. Procedendo per questa via, la *Corte concluse che il diritto internazionale* — qui il diritto pattizio — *vincolando le Comunità (ed oggi l’Unione europea), prevaleva sul diritto derivato comunitario.* Successivamente, la Corte di Giustizia ebbe più volte l’occasione di precisare che le competenze della Comunità (oggi dell’UE) devono essere esercitate nel rispetto del diritto internazionale ⁽⁴¹⁾.

2. — I soggetti giuridici privati

41. Applicazione ai contratti tra Stati e privati stranieri. — Il problema della superiorità del diritto internazionale si è posto talvolta anche con riferimento ai contratti internazionali conclusi tra Stati ed imprese private straniere (*State contracts*). Quando tali contratti sono assoggettati al diritto internazionale, i principi di quest’ultimo governano i rapporti tra le due parti: una statale e l’altra privata. Orbene, proprio in base al diritto internazionale (inclusa la fonte formale dei “principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili” di cui all’art. 38 dello Statuto CIG), una parte — a differenza di quanto erroneamente ritenuto da qualche Stato — non può unilateralmente modificare un contratto internazionale in nome della propria sovranità, ciò che significherebbe andare contro il principio *pacta sunt servanda*. Così, in sede arbitrale, si è stabilito il principio secondo cui “rispetto al diritto internazionale dei contratti, una nazionalizzazione non può prevalere su di un contratto internazio-

⁽⁴⁰⁾ Corte di giustizia, 12 dicembre 1972, Cause riunite da C-21/72 a C-27/72, *International Fruit Company*, *Rec.*, 1972, p. 1219.

⁽⁴¹⁾ Corte di giustizia, 24 novembre 1992, Causa C 286/90, *Poulsen e Diva Navigation*, in *Rec.* I-6019 punto 9; soluzione confermata nella causa C 162/96, del 16 Giugno 1998, *Racke*, *JCP* ed. gen. 1999, n. 10022 con nota di E. LERAY e A. POTTEAU.

nale concluso tra uno Stato ed un'impresa privata straniera che comporti delle disposizioni di stabilizzazione" (§ 73) ⁽⁴²⁾.

42. Applicazione alle norme internazionali/transnazionali create da soggetti privati. — Infine, va sottolineato che, nel diritto internazionale del nostro tempo, un numero crescente di *norme transnazionali* vengono elaborate *direttamente* dai soggetti giuridici privati, specialmente da organizzazioni non governative (ONG) (v. Cap. IX). Non solo tali norme entrano a far parte automaticamente della "legalità internazionale" ma anche, così ci sembra, i soggetti privati nella loro attività normativa transnazionale hanno coscienza di dover rispettare, tanto lo *jus cogens*, quanto le norme obbligatorie e vincolanti del diritto internazionale "pubblico" (cosa che, del resto, avviene senza difficoltà). Ciò appare evidente nel diritto internazionale umanitario e nel diritto del commercio internazionale (si pensi agli Incoterms o alle Norme ed usi uniformi in materia di credito documentario). Ad ulteriore testimonianza basti esaminare l'articolazione degli *UN Guiding Principles on Business and Human Rights* del 2011 (su cui v. *infra*, Cap. XV).

§ 2. — *Un pieno riconoscimento da parte dei soggetti primari ed "originari" del diritto internazionale: gli Stati*

43. — Gli esempi abbondano in questa categoria e se ne troveranno molti in tutto questo libro. Pertanto, ci limiteremo a menzionarne alcuni tra i più importanti.

1. — Il preambolo della Carta dell'ONU

44. — La Carta dell'ONU, nel suo Preambolo, pone il principio del "*rispetto degli obblighi nati dai trattati e dalle altre fonti del diritto internazionale*". È pacifico che qui si tratta della superiorità del diritto internazionale nel suo insieme e non soltanto del diritto pattizio.

2. — La superiorità del diritto pattizio: la norma *pacta sunt servanda*

45. — All'interno del più ristretto ambito del diritto dei trattati, la Convenzione di Vienna del 1969 riconosce espressamente la norma consuetudinaria *pacta sunt servanda* e ne fa la base del diritto in tale materia. All'art. 26, essa dispone infatti che "*ogni trattato in vigore vincola le parti e deve essere da esse eseguito in buona fede*". Essa aggiunge peraltro subito dopo la fondamentale norma secondo la quale "*una parte non può invocare le disposizioni del suo diritto interno per giustificare la mancata esecuzione di un trattato*" (art. 27). Il testo non potrebbe essere più chiaro riguardo all'affermazione della superiorità del diritto internazionale pattizio sul diritto interno.

3. — La prassi degli Stati

46. — A proposito della prassi degli Stati, ci si limiterà qui a richiamare alcune delle osservazioni generali enunciate alla fine del capitolo introduttivo di questo libro.

⁽⁴²⁾ V. il lodo arbitrale del 19 gennaio 1977 nel caso *Texaco/Calasiatic c. Governo libico* in *Clunet*, 1977, p. 350, con nota di J.F. LALIVE, in particolare i punti 51, e 63-73. V. pure J. PAULSSON, "The Power of States to Make Meaningful Promises to Foreigners", in *J. Int. Disp. Settlement*, 2010, pp. 341-352.

Da un lato, tutti gli Stati del mondo hanno creato un *servizio giuridico* in seno ai loro Ministeri degli affari esteri (in Italia si tratta del *Servizio per gli affari giuridici, del contenzioso diplomatico e dei trattati*) ed altri uffici specializzati in diritto internazionale presso altri Ministeri ed enti (ad es. presso la Corte costituzionale).

Dall'altro lato, tutti gli Stati del mondo ammettono che le loro relazioni sono regolate dal diritto internazionale e che quindi esiste uno "Stato di diritto" all'interno della *societas* internazionale, quand'anche fosse intesa nella sola dimensione "inter-statale". Solo in un preciso periodo storico è accaduto che alcuni Stati abbiano ufficialmente negato l'esistenza del diritto internazionale: tale fu, ad esempio, il caso dell'URSS nei primi anni che seguirono la rivoluzione del 1917.

47. Una situazione paradossale nella fase "discendente": l'adattamento del diritto interno al diritto internazionale. — Poiché tutti gli Stati riconoscono la superiorità del diritto internazionale ed il suo carattere obbligatorio nei rapporti internazionali, essi avrebbero dovuto trarne tutte le conseguenze "in fase discendente", ossia al livello di ciascun ordinamento giuridico interno: in poche parole, essi avrebbero dovuto mettere il diritto internazionale al vertice della gerarchia delle fonti del diritto (interno). Eppure, una tale soluzione, la sola che sia logica, è lungi dall'essere diffusa nella prassi dei singoli Stati, una prassi che invece tende a mantenere ben distinti gli impegni assunti nell'ordinamento internazionale dalle vicende dell'ordinamento interno dei singoli Stati.

Il *diritto interno* — a cominciare dalle costituzioni dei singoli Stati su cui torneremo nel Cap. XVII — *resta assai impreciso circa la posizione del diritto internazionale nella scala gerarchica delle fonti del diritto interno*. O non ne fa menzione, lasciando così ai giudici statali il compito di stabilire, volta per volta, la posizione della norma internazionale nell'ordinamento interno, o ne fa cenno in modo molto parziale; così, nella maggior parte delle costituzioni contemporanee dei Paesi occidentali si accenna talvolta ai trattati internazionali e si dice ancor meno del rango delle norme non scritte (consuetudini e principi generali di diritto). Nessuna costituzione, poi, si diffonde sul rango degli atti unilaterali delle organizzazioni internazionali. Insomma, chi volesse imparare il *diritto internazionale* attraverso la lente del *diritto pubblico esterno del proprio Stato*, imparerebbe ben poco a causa della reticenza delle soluzioni costituzionali vigenti.

48. Conclusioni: una fonte di controversie internazionali. — In conclusione, la definizione dei rapporti tra il diritto internazionale ed il diritto interno ad opera dei singoli Stati si caratterizza spesso per una pericolosa reticenza nelle scelte costituzionali in materia internazionale. Se la superiorità del diritto internazionale sul diritto interno è incontestabile dal punto di vista dell'ordinamento internazionale, il legislatore (o il giudice) del diritto interno è ancora lungi — purtroppo — dall'averne tratto tutte le conseguenze. Di qui le situazioni assurde — ma, fortunatamente, poco frequenti — in cui l'efficacia internazionale e l'efficacia interna di una norma di origine internazionale non coincidono. Ciò può essere causa di controversie internazionali come vedremo nella terza parte di questo libro ⁽⁴³⁾.

⁽⁴³⁾ In arg. v. Cap. XVII.

Capitolo III

SULLA GERARCHIA DELLE FONTI DEL DIRITTO INTERNAZIONALE

Bibliografia sommaria: P. GUGGENHEIM, “Contribution à l’histoire des sources du droit des gens”, in *RCADI*, 1958/II, v. 94, p. 1 e ss.; M. VIRALLY, “The Sources of International Law”, in *Manual of Public International Law*, a cura di SØRENSEN, London, 1968, p. 116; CH. ROUSSEAU, *Traité de droit international public*, t. 1, *Introduction et sources*, Paris, Sirey, 1970; P. WEIL, “Vers une normativité relative du droit international”, in *RGDIP*, 1982, p. 5; R. MONACO, *Observations sur la hiérarchie des sources en droit international*, in *Mél. Mosler*, 1983, p. 559; E. ROUCOUNAS, “Engagements parallèles et contradictoires”, *RCADI*, v. 206, 1987-VI, p. 9-288; R. MONACO, “Fonti del diritto (diritto internazionale)”, in *Enc. Giur.*, vol. XV, 1989; *Oppenheim’s International Law*, 9th ed., London, 1992, p. 22; R. HIGGINS, *Problems and Process*, Oxford, OUP, 1994, p. 1-55; B. SIMMA, “From Bilateralism to Community Interest in International Law”, in *RCADI*, t. 250, 1994, p. 229 ss.; D. SHELTON, “Normative Hierarchy in International Law”, *AJIL*, 2006, p. 291; R. MONACO, C. CURTI GIALDINO, *Manuale di diritto internazionale pubblico*, 3 ed., cit., p. 317 ss.; T. TREVES, *Diritto internazionale*, cit., 221 ss.; P. PICONE, “Gli obblighi *erga omnes* tra passato e futuro”, *Riv. dir. int.*, 2015, p. 1081 ss.; C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, cit., p. 253 ss.; M. FITZMAURICE, “The History of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice. The Journey from the Past to the Present”, in S. BESSON e J. D’ASPREMONT (eds), *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, Oxford, OUP, 2017, p. 179; A. SINAGRA, P. BARGIACCHI, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, 3^a ed., Milano, Giuffrè, 2019, p. 121 ss.; *Brownlie’s Principles of Public International Law*, a cura di J. CRAWFORD, 9 ed., Oxford, OUP, 2019, p. 18 ss.; M. SHAW, *International Law*, 9 ed., cit., p. 51 ss.; C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, 6 ed., cit., p. 235 ss.; A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale*, 6 ed., p. 184 ss.; E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, 5^a ed., cit., p. 111 ss.; H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, 2 ed., Oxford, OUP, 2019. AA.VV., *Istituzioni di diritto internazionale*, 6^a ed., Torino, Giappichelli, 2021, Capp. II-III; U. LEANZA, I. CARACCILO, *Diritto internazionale. Parte generale*, 4^a ed., cit., p. 145 ss.; N. RONZITTI, *Diritto internazionale*, 7^a ed., cit., p. 189 ss..

1. Le fonti del diritto internazionale: una gerarchia controversa. — Scriveva NORBERTO BOBBIO che “[f]onte del diritto è insomma il problema dell’origine delle norme giuridiche, il problema cioè del modo o dei vari modi con cui si formano le norme giuridiche, ed è quindi in definitiva il problema del modo di formazione di un ordinamento giuridico, dato che l’ordinamento giuridico consiste di norme” ⁽¹⁾. E, a propria volta, scriveva MORELLI, “[d]icesi, in generale, ordinamento giuridico un complesso di norme, le quali costituiscono un sistema in quanto hanno, in definitiva, alla base della loro giuridicità un fondamento unico” ⁽²⁾. Tale fondamento è la *comunità internazionale* nella sua esistenza empirica e materiale e le fonti di cui ci occupiamo ora (e nella Seconda parte di questo libro) sono solo quelle dell’**ordinamento giuridico internazionale**, un ordinamento ben diverso da quello interno di cui i singoli Stati sono portatori (con buona pace degli sproloqui sulle teorie degli ordinamenti “multilivello” proposte da alcuni scrittori contemporanei).

⁽¹⁾ N. BOBBIO, *Lezioni di filosofia del diritto*, [a cura di P. Antonelli e G. Chiesura, Padova, Casa editrice La Grafolito, 1941] rist. a cura di M. LA TORRE, Rubbettino, Catanzaro, 2022, p. 63.

⁽²⁾ G. MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*, 7 ed., cit., p. 7 ss.

In base *all'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia* (CIG), le principali fonti di produzione delle norme giuridiche internazionali sono gli *accordi* conclusi dai soggetti di diritto internazionale su base consensuale e valevoli nei rapporti reciproci (trattati, v. *infra* Cap. IV); la *consuetudine internazionale* che attesta una pratica generale accettata come diritto (norme consuetudinarie, v. *infra* Cap. X) ed i *principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili* (v. *infra* Cap. XI). Quali *mezzi sussidiari* per determinare le norme giuridiche internazionali vengono indicate le *decisioni giudiziarie* (v. *infra* Cap. XIII) e la *dottrina più autorevole delle varie Nazioni* (v. *infra* Cap. XII).

Nonostante le varie e diverse ricostruzioni dogmatiche operate da parte della dottrina⁽³⁾, la realtà è che, da un punto di vista formale, *non viene fissato alcun ordine gerarchico tra le fonti del diritto internazionale, fonti elencate — e l'elenco non è tassativo! — all'art. 38 dello Statuto della CIG. Pertanto, ogni "verticalizzazione" del sistema normativo deve essere presentata con estrema cautela* (4).

Né, appare decisiva l'osservazione secondo la quale una gerarchia comunque ci sarebbe dato che l'art. 38 dello Statuto della CIG pone, letteralmente al primo posto,

(3) La ricostruzione della gerarchia delle fonti del diritto internazionale con particolare riferimento al rapporto tra consuetudini e accordi internazionali — visto in analogia al rapporto tra il contratto e le norme legislative nel diritto interno — e la riduzione dei "principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili" a mere norme consuetudinarie operata da B. CONFORTI nel suo manuale (*Diritto internazionale*, XI ed., cit., p. 6, p. 51 e p. 187 ss.) per quanto utile in prima approssimazione va relativizzata in quanto, lungi dall'essere di pacifica accettazione, differisce dalla costante e moderna dottrina degli internazionalisti più qualificati dei vari Paesi e dalla prassi; inoltre la distinzione operata tra *norme primarie e secondarie* non va confusa con quella — da tutti accolta — che viene utilizzata in materia di responsabilità internazionale e su cui si dirà diffusamente nel Cap. XVI. Tra le molte voci discordanti, cfr. L. FERRARI BRAVO, *Lezioni di diritto internazionale*, 3 ed., Napoli, ES, p. 279: "Appare oziosa e comunque improponibile nel moderno diritto internazionale la questione, su cui discusse la dottrina meno recente, se gli accordi siano fonte di norme o solo di obbligazioni. In effetti non è possibile riprodurre, nel diritto internazionale, la distinzione tra legge e contratto, mancando una anche minima articolazione gerarchica delle fonti del diritto ed essendo anzi dubbia la stessa utilizzabilità del concetto di fonte se presa in senso tecnico". Il senso di quella peculiare analogia si trova già ben evidenziato, nella dottrina italiana, da A. P. SERENI, *Diritto internazionale*, III, cit., p. 1388: "L'esame dei requisiti dell'accordo internazionale dimostra che la sua caratteristica essenziale è quella di essere un atto consensuale. Sotto questo profilo l'accordo internazionale presenta notevoli affinità con l'istituto del contratto, proprio dei diritti interni statuali, e ciò spiega come in tema di trattati, si sia avuta nel diritto internazionale, soprattutto nei primordi, una recezione in senso materiale di numerose regole di diritto interno, e soprattutto di diritto romano, relative ai contratti. Due però sono le differenze fondamentali tra accordo internazionale e contratto di diritto interno. La prima è che l'accordo internazionale, a differenza del contratto di diritto interno, è fonte *primaria* di diritto, e adempie quindi anche le funzioni esplicate nei diritti interni dall'atto legislativo. La seconda è che, rispetto all'accordo internazionale, il consenso delle parti esplica una funzione esclusiva, nel senso che, qualora vi sia valido consenso dei soggetti, vi è accordo". Cfr. R. MONACO, C. CURTI GIALDINO, *Manuale di diritto internazionale pubblico*, 3 ed., cit., p. 318: "la maggioranza della dottrina esclude che l'art. 38 stabilisca un ordine gerarchico tra le fonti che menziona...Le semplici norme consuetudinarie e quelle dei trattati, essendo poste sullo stesso piano, hanno, di per sé, pari efficacia, cosicché entro una stessa cerchia di Stati, norme derivanti da un trattato, a cui abbiano partecipato tutti i detti Stati, possono essere abrogate o modificate mediante una consuetudine comune agli stessi Stati e reciprocamente" (p. 319). V. ancora A. CASSESE, *Diritto internazionale*, 4 ed., cit., p. 236: "Alcune delle fonti in questione possono essere definite *primarie*, nel senso che esse sono direttamente contemplate da norme fondamentali o di base dell'ordinamento internazionale: è questo il caso della consuetudine, dei trattati e degli atti unilaterali degli Stati di natura normativa. Le fonti previste da accordo e le decisioni giudiziarie emanate *ex aequo et bono* sono invece fonti *derivate o secondarie*, perché previste da norme prodotte da una fonte primaria, ossia da una norma contenuta in un trattato internazionale".

(4) V. a tale riguardo, la bibliografia sopra citata. Cfr. ad es., *Brownlie's Principles of Public International Law*, cit., p. 20: "There is no express hierarchy, but the draftsmen stipulated an order, and in

i trattati, poi la consuetudine ed infine i principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili. Dall'esame dei lavori preparatori emerge che i redattori dell'art. 38 non volevano introdurre una gerarchia delle fonti in senso tecnico ma *solo un ordine pratico delle fonti che la CIG avrebbe applicato in caso di controversia sottoposta alla sua cognizione*. Pertanto, è pacifico nella letteratura giusinternazionalistica che "si tratta...di un ordine logico e non di una gerarchia in senso tecnico. Quest'ultima, infatti, imporrebbe dei risultati obbligatori in presenza di più fonti concorrenti tra le quali scegliere la norma applicabile al caso di specie" ⁽⁵⁾.

2. — Cionondimeno, se si esaminano da vicino i più recenti sviluppi del diritto internazionale, è possibile notare, oltre allo sviluppo di *altre fonti del diritto diverse da quelle enunciate all'art. 38 dello Statuto della CIG*, appartenenti al medesimo ordinamento giuridico (ad es. gli atti unilaterali degli Stati, delle OIG, la *soft law* e gli atti transnazionali), anche la progressiva comparsa di una *gerarchia* tra alcune fonti del diritto internazionale: in particolare, alcune tra di esse appaiono più "importanti" o fondamentali di altre, al punto tale che non è più possibile derogarvi (**Sezione I**). Sulla base di tali rilievi è possibile comprendere il modo di essere delle diverse fonti del diritto internazionale ed ordinarle in modo logico e pragmatico (**Sezione II**).

Sezione I

LE NORME "SOVRANAZIONALI"

3. — Affermare che esistano delle norme internazionali "superiori", che si impongono a tutti, alle quali è impossibile derogare, significa in un certo senso ritornare all'antica idea del diritto internazionale come "diritto naturale", un'idea largamente diffusa lungo la storia del diritto internazionale (*supra*, Cap. I).

Si possono qui citare due ambiti del diritto internazionale contemporaneo che costituiscono rarissimi esempi di "supra-legalità" o, se si preferisce, di "verticalizzazione" internazionale: la Carta dell'ONU (1) e lo *jus cogens* (2).

§ 1. — *Il mantenimento della pace: il primato della Carta delle Nazioni Unite*

4. — Il mantenimento della pace costituisce indubbiamente la più grande preoccupazione internazionale, almeno dalla fine della prima guerra mondiale. È ciò che spiega, dapprima, il primato riconosciuto al Patto della Società delle Nazioni (1) e, poi, alla Carta delle Nazioni Unite (2).

1. — *Il precedente: il primato del Patto della SdN*

5. — L'art. 20 del Patto della SDN non poteva essere più chiaro a tale riguardo. Esso prevedeva che:

"1. I membri della Società riconoscono, ciascuno per quanto lo concerne, che il presente

one draft the word "successively" appeared....But it is unwise to think in terms of hierarchy as dictated by the order [of art.] a) to d) in all cases".

⁽⁵⁾ Così, esattamente, R. MONACO, C. CURTI GIALDINO, *Manuale di diritto internazionale pubblico*, ed., cit., p. 317.

Patto abroga tutti gli obblighi o intese incompatibili coi suoi termini e si impegnano solennemente a non contrarne in avvenire di simili;

2. Nel caso che alcuni dei membri della Società, prima di entrare a farne parte, abbia assunto obbligazioni incompatibili con le disposizioni del presente Patto, avrà il dovere di fare subito i passi occorrenti per liberarsene”.

**2. — La sua formulazione attenuata:
l'articolo 103 della Carta delle Nazioni Unite**

6. — Nella Carta dell'ONU, l'art. 103 precisa che:

“In caso di contrasto tra gli obblighi contratti dai Membri delle Nazioni Unite con il presente Statuto e gli obblighi da essi assunti in base a qualsiasi altro accordo internazionale, prevarranno gli obblighi derivanti dal presente Statuto”.

Si noti che qui non si tratta di una semplice *norma di conflitto* tra trattati. I trattati incompatibili con le disposizioni della Carta possono rimanere in vigore tra le Parti contraenti. Non saranno tuttavia “opponibili” agli Stati terzi ed alle Nazioni Unite. La sanzione, prevista all'art. 20 del Patto della Società delle Nazioni, che prevedeva l'abrogazione automatica di tutti i trattati ad esso contrari, è infatti scomparsa.

7. Conferma della Corte Internazionale di Giustizia. — Va altresì osservato che nella sentenza del 26 novembre 1984 relativa alle *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua* (eccezioni preliminari), la CIG dovette, per la prima volta nella sua storia, pronunciarsi sul conflitto tra gli obblighi derivanti dalla Carta dell'ONU e quelli sorti da altri trattati vincolanti le medesime parti. La Corte affermò senza alcuna ambiguità la superiorità dei primi sui secondi con queste parole: “tutti gli accordi regionali, bilaterali e anche multilaterali che le parti della presente controversia possono aver concluso aventi ad oggetto la risoluzione delle controversie o la giurisdizione della Corte internazionale di Giustizia sono sempre subordinati alle disposizioni dell'art. 103” (punto 107 della sentenza) ⁽⁶⁾.

3. — Il riconoscimento della prevalenza delle obbligazioni assunte in base alla Carta delle Nazioni Unite su quelle derivanti da altri accordi internazionali nella prassi degli Stati

8. L'art. 30 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. — Il primato della Carta dell'ONU viene espressamente riconosciuto dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 (v. *infra* Cap. IV), all'art. 30, par. 1. La CDI motivava tale riconoscimento in ragione della “posizione che la Carta delle Nazioni Unite occupa nel diritto internazionale contemporaneo, [della sua] importanza e del fatto che gli

⁽⁶⁾ Senonché, persino la “sovrannazionalità” della Carta dell'ONU ex art. 103, è stata “relativizzata” ad opera della Corte di Giustizia UE la quale con sentenza del 3 settembre 2008 (Cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*, ECLI:EU:C:2008:461) ha clamorosamente paralizzato l'attuazione nell'ordinamento dell'Unione europea una Risoluzione del Consiglio di Sicurezza decisa ai sensi del Capo VII della Carta dell'ONU.

Stati membri dell'ONU costituiscono una parte considerevole della comunità internazionale" (7).

9. Altri esempi. — Inoltre, in un numero considerevole di trattati internazionali si riconosce espressamente la superiorità delle disposizioni della Carta dell'ONU. È così che, a titolo di esempio, possiamo citare il *Patto Atlantico* istitutivo della NATO del 1949 (art. 7), il *Trattato interamericano di assistenza reciproca* (o Trattato di Rio) del 1947 (artt. 1, 2, 3, 5, 7), e soprattutto, la Carta dell'Organizzazione degli Stati americani (OAS) del 1948 (art. 102), o ancora la Carta dell'Organizzazione degli Stati dell'America Centrale del 1951 (art. 18).

4. — L'incidenza diretta e concreta del primato della Carta delle Nazioni Unite: le "sanzioni" di cui al Capo VII

10. Il primato del diritto internazionale originario e del diritto internazionale derivato nell'ordinamento giuridico internazionale. — Il primato generale della Carta delle Nazioni Unite rispetto alle regole del diritto internazionale ad essa contrarie fa pensare, *mutatis mutandis*, alla superiorità delle norme costituzionali su quelle della legge ordinaria nell'ordinamento interno. A volte, tuttavia, il carattere del primato può operare anche a favore del "diritto derivato" (ossia agli atti propri) delle Nazioni Unite, come accade alle sanzioni adottate in base al Capo VII della Carta (8).

La superiorità dell'atto unilaterale dell'ONU che incarna una decisione vincolante del Consiglio di Sicurezza venne chiaramente riconosciuta ed affermata dalla CIG nelle sue ordinanze del 14 aprile 1992 sulle *questioni di interpretazione e applicazione della Convenzione di Montréal* del 1991 (9). Tali ordinanze furono pronunciate a seguito dell'incidente aereo di Lockerbie. Qui, la Corte ha affermato che gli Stati membri dell'ONU sono tenuti ad accettare ed applicare siffatte decisioni, decisioni che prevalgono sui loro obblighi derivanti da qualsiasi altro accordo internazionale.

A livello regionale, in alcune importanti pronunce, il Tribunale di primo grado delle Comunità europee fece propria quell'analisi, precisando che, pur se "a differenza dei suoi Stati membri, la Comunità in quanto tale non è direttamente vincolata alla Carta delle Nazioni Unite e pertanto non è tenuta... ad accettare ed applicare le risoluzioni [vincolanti] del Consiglio di Sicurezza", essa deve tuttavia "essere considerata vincolata agli obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite, alla stessa stregua dei suoi Stati membri, in base allo stesso Trattato che la istituisce" (10). In

(7) Rapporto del 1966, p. 48.

(8) Cfr. PH. WECKEL, "Le chapitre VII de la Charte et son application par le Conseil de Sécurité", in *AFDI*, 1991, p. 165, e *SFDI*, Colloque de Rennes, *Le Chapitre VII de la charte des Nations Unies*, Paris, Pedone, 1995; cfr. M. SOSSAI, *Sanzioni delle Nazioni Unite e organizzazioni regionali*, Roma, Romatre press, 2020.

(9) *I.L.M.*, 1998, pp. 587-643.

(10) TPI, 21 settembre 2005, Causa T-315/01, *Kadi c. Consiglio e Commissione dell'Unione Europea*, par. 192-193, e per una formulazione identica, cause T-306/01 *Yusuf c. Consiglio*, giudicata lo stesso giorno, e T. 253/02 *Ayadi c. Consiglio*, 12 luglio 2006. Altre informazioni in: T. TREVES, "Diritto individuale di petizione e sanzioni intelligenti, appunti", in *Liber Fausto Pocar*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 913 ss.; S. DE VIDO, *Il contrasto del finanziamento al terrorismo internazionale: profili di diritto internazionale e dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2012; C. MORVIDUCCI, "Le misure restrittive dell'Unione europea e il diritto

appello, la Grande Camera della Corte di giustizia UE non smentì il Tribunale di primo grado su questo punto pur se raggiunse un risultato differente facendo prevalere la tutela dei diritti umani fondamentali ⁽¹¹⁾.

11. Disapplicazione del diritto internazionale contrario. — Quando si verificano le circostanze di cui alle disposizioni del Capo VII della Carta (cioè una minaccia alla pace, una violazione della pace o un atto di aggressione), il Consiglio di sicurezza può adottare delle misure coercitive, tramite delle decisioni che prevedono sanzioni economiche o militari. *Se una tale “decisione” viene adottata tramite apposita Risoluzione ONU, questa si impone a tutti gli Stati membri, i quali non possono eccepire il loro “dominio riservato” (art. 2, par. 7 della Carta), e si impone persino agli Stati non membri dell’ONU (art. 2, par. 6).* Uno Stato non può eccepire l’esistenza di impegni internazionali contrari per essere dispensato dall’attuazione delle sanzioni decise dal Consiglio di sicurezza. Tale superiorità del diritto derivato dell’ONU, essenziale ai fini del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, è espressamente riconosciuta in molte convenzioni internazionali, bilaterali e multilaterali. Citando solo un esempio tra i più significativi, la “costituzione del commercio mondiale”, il **GATT**, prevede al suo **art. XXI** rubricato “Eccezioni relative alla sicurezza”, la seguente norma:

“Nessuna disposizione del presente accordo dovrà interpretarsi nel senso che... impedisca ad una Parte contraente di adottare misure in adempimento ai propri obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite, per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale”.

Va, infine, osservato che la discrezionalità del Consiglio di sicurezza non è illimitata ma è a propria volta limitata dalla stessa Carta dell’ONU (art. 24, par. 2) e dai suoi fini tra cui quello di “[c]onsequire la cooperazione internazionale nella soluzione dei problemi internazionali di carattere economico, sociale culturale od umanitario, e nel promuovere ed incoraggiare il rispetto dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali per tutti senza distinzioni di razza, di sesso, di lingua o di religione” (art. 1, par. 3).

Tale aspetto è stato evidenziato anche dalla **Corte EDU** nel **caso Al Jedda c. Regno Unito** del 7 luglio 2011. In tale sentenza, riguardante la detenzione arbitraria di un sospetto terrorista internazionale in due prigionieri iracheni gestite dalle truppe britanniche operanti sotto l’egida delle Nazioni Unite, la Corte EDU ha statuito che uno Stato contraente, laddove si trovi a dover rispettare diversi obblighi contemporaneamente ed in apparente contrasto tra loro, deve tentare di coordinarne gli effetti in modo da evitare ogni possibile antinomia. Pertanto, “assumendo come presupposto che il Consiglio di Sicurezza ONU non intende imporre agli Stati di violare i diritti umani” (§ 102), se i termini impiegati nella Risoluzione controversa risultano ambigui, occorrerà scegliere l’interpretazione nel senso conforme alla Convenzione EDU.

Senonché, in una successiva pronuncia della Corte EDU (**caso Nada c. Svizzera**

internazionale: alcuni aspetti problematici”, in *Eurojus* 2/2019 e in *Liber amicorum Angelo Davì*; R. VIRZO, *La confisca nell’azione internazionale di contrasto ad attività criminali*, Napoli, ESI, 2020.

⁽¹¹⁾ Corte di giustizia, 3 settembre 2008, Cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461.

del 12 settembre 2012 ⁽¹²⁾, la suddetta presunzione è stata contraddetta dal contenuto della Risoluzione ONU n. 1390 (2002) che prescrive esplicitamente agli Stati...l'adozione di misure volte a limitare il godimento di taluni diritti fondamentali dei soggetti privati colpiti dalla sanzione. Ciononostante, anche in tali circostanze, secondo la Grande Camera, gli Stati membri devono compiere ogni sforzo — e qui si tratta di salti acrobatici! — per applicare il criterio dell'interpretazione conforme alla CEDU (punti 196-199).

12. Posizione di alcune Corti supreme e “crisi di rigetto” nazionali. — Di fronte alla suddetta prassi, non stupisce che presso la Corte Suprema di alcuni Stati quali il Canada, il Regno Unito e la Svizzera si stia facendo strada un orientamento volto ad accogliere sempre più con “beneficio di inventario” le Risoluzioni o le Decisioni in materia di *terrorismo internazionale* adottate dal Consiglio di Sicurezza dell'ONU in base al Capo VII. Il campanello d'allarme, suscettibile di generare una crisi di rigetto, è costituito proprio dalla tutela dei diritti umani fondamentali (v. i riferimenti contenuti nella precitata sentenza *Nada* ai punti 41-52 e 93-101). Al riguardo, il Tribunale Federale svizzero ha esplicitamente enunciato, nella propria sentenza del 14 novembre 2007 sul caso *Nada*, che le decisioni del Consiglio di Sicurezza “incontrano necessariamente dei limiti posti dalle norme di *jus cogens*”, ivi compresi “il diritto alla vita, il divieto assoluto della tortura o qualsiasi altro trattamento inumano o degradante, il divieto di schiavitù, il principio di personalità della responsabilità penale ed il principio di *non refoulement*” ⁽¹³⁾. Per contro, tale limitazione non si estende al diritto di proprietà, alla libertà economica, al diritto del ricorrente ad un equo processo e ad un ricorso giurisdizionale effettivo (punto 47).

Insomma, le esigenze della lotta al terrorismo vanno coordinate con quelle della tutela internazionale dei diritti umani come ha stabilito la Corte di Giustizia UE ⁽¹⁴⁾.

13. Attuazione globale delle sanzioni economiche ex Capo VII della Carta dell'ONU. — Tali principi furono applicati allorquando il Consiglio di Sicurezza decise per la prima volta nel 1966 di adottare delle “sanzioni economiche selettive” contro la Rhodesia del Sud, la quale aveva dichiarato unilateralmente la propria indipendenza in condizioni “internazionalmente illecite”. Successivamente, nel 1970, si stabilì un embargo totale contro il medesimo Paese. Tali “decisioni” si applicavano con pari forza obbligatoria a tutti i soggetti della Comunità internazionale e dunque gli Stati furono obbligati ad adottare apposite misure interne di attuazione per eseguire le decisioni del Consiglio di Sicurezza. Di conseguenza, quando gli Stati Uniti, a seguito del voto dell’“emendamento Byrd”, decisero di autorizzare l'importazione del cromo rhodesiano nel periodo 1971-1977, a causa del suo carattere “strategico”, ne risultò una palese violazione del diritto internazionale.

Va osservato, inoltre, che le medesime Risoluzioni ONU *si imposero anche nei confronti delle OIG*, le quali, di conseguenza, si astennero dal concedere prestiti alla Rhodesia. Nel 1966, la Rhodesia si ritrovò esclusa da una delle rare — e senza dubbio

⁽¹²⁾ Cfr. E. DE WET, “From *Kadi* to *Nada*: Judicial Techniques Favouring Human Rights over United Nations Security Council Sanctions”, in *Chinese Journal of International Law*, 2013, p. 787-807. V. le sentenze al sito della Corte EDU.

⁽¹³⁾ Corte di giustizia, 3 settembre 2008, Cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461.

⁽¹⁴⁾ Corte EDU, caso *Nada*, cit., punto 46.

la sola — organizzazione internazionale della quale faceva parte, l'Unione Internazionale delle Telecomunicazioni (ITU), ancorché ne facesse parte dal 1925, pur non essendo uno “Stato indipendente”.

Le predette decisioni dell'ONU vennero, infine, *imposte anche agli operatori privati del commercio internazionale* con riferimento ai *loro* contratti internazionali: i contratti stipulati con imprese rhodesiane furono colpiti da *nullità* in ragione della loro *illegalità sopravvenuta* e della loro contrarietà all'ordine pubblico interno e internazionale. Così, un'impresa americana dello Stato di New York fu condannata nel 1970 da un Tribunale federale per aver importato illegalmente cromo rhodesiano, violando la normativa statunitense adottata in attuazione delle decisioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite ⁽¹⁵⁾. In misura minore, alcune sanzioni economiche selettive (embargo sulle forniture di armi) vennero decise dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite il 4 novembre 1977 nei confronti del Sud Africa.

14. L'uso della forza armata dall'epoca della Guerra del Golfo (1990). — Più recentemente, in occasione della Guerra del Golfo, il Consiglio di Sicurezza ha fatto un'ampia utilizzazione delle sanzioni *ex* Capo VII della Carta dell'ONU. Come si vedrà più avanti, nella terza e nella quarta parte di questo volume, dopo la fine della guerra fredda il Consiglio di Sicurezza dell'ONU ha riacquisito un ruolo importante nella prevenzione e nella gestione delle crisi mondiali.

15. La creazione di tribunali internazionali a carattere repressivo. — Sempre in base al Capo VII, il Consiglio di sicurezza ha creato persino degli appositi *tribunali internazionali* per giudicare i crimini (secondo il diritto internazionale umanitario) commessi nell'ex Jugoslavia a partire dal 1991 e in Rwanda nel 1994 ⁽¹⁶⁾.

Ciò significa che le norme di diritto originario dell'ONU di cui al Capo VII possono costituire un valido fondamento giuridico sia per le sanzioni economiche e militari globali (diritto derivato dell'ONU), sia per l'istituzione di apposite *giurisdizioni internazionali a carattere repressivo* ⁽¹⁷⁾.

16. La creazione di un fondo di compensazione per le vittime della guerra del Golfo del 1990. — In via accessoria e come conseguenza dell'invasione e dell'occupazione illegale del Kuwait da parte dell'Iraq, va altresì osservato che il Consiglio di sicurezza, in base al Capo VII, ha impiegato i suoi poteri anche per istituire un “fondo di compensazione” per le vittime della guerra del Golfo, alimentato per una certa

⁽¹⁵⁾ U.S. *H. Muller & Co.* 20 Crim 227 (SDNY, 1970).

⁽¹⁶⁾ Riss. n. 808 del 22 febbraio 1993 e 827 del 25 maggio 1993 per il primo, cfr. il sito <http://www.icty.org>; Ris. n. 955 dell'8 novembre 1994 per il secondo cfr. il sito <http://www.ictj.org>. In argomento v. A. CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale*, 2 voll., Bologna, Il Mulino, 2005-2006; *Droit international pénal*, a cura di H. ASCENSIO, DECAUX, PELLET, 2^a ed., Paris, Pedone, 2012; W. SCHABAS, *The UN International Criminal Tribunals*, Cambridge, CUP, 2006; I. CARACCILO, *Dal diritto penale internazionale al diritto internazionale penale: il rafforzamento delle garanzie giurisdizionali*, Napoli, ES, 2000; cfr. altresì le peculiari forme assunte dalle moderne giurisdizioni ibride in C. RAGNI, *I tribunali penali internazionalizzati*, Milano, Giuffrè, 2012.

⁽¹⁷⁾ La legittimità di questo tipo di azione del Consiglio di sicurezza fu confermata dalla decisione della *Camera d'appello* del Tribunale per i crimini commessi nell'ex Jugoslavia sulla mozione di difesa per un appello interlocutorio sulla giurisdizione del 2 ottobre 1995 nel caso *Dusko Tadic*, testo in *ILM*, 1996 p. 32 ed in *Riv.dir.int.*, 1995, pp. 1019-1081.

percentuale dai risultati delle vendite di petrolio iracheno ed amministrato da una Commissione internazionale indipendente ⁽¹⁸⁾.

17. Gli interventi d'umanità. — Infine, va osservato che un buon numero di interventi militari recenti, detti “d'umanità”, sono stati intrapresi in nome del rispetto di alcuni principi umanitari, sollevando affascinanti prospettive, talvolta rivoluzionarie, talaltra pericolose per il rischio di abusi nel diritto internazionale contemporaneo. La gestione delle recenti crisi in Libia, in Siria e in Myanmar è sotto gli occhi di tutti e non necessita di ulteriori commenti.

§ 2. — *Il rispetto delle norme imperative del diritto internazionale: lo jus cogens*

Bibliografia sommaria: G. GAJA, “*Jus cogens* beyond the Vienna Convention”, in *RCADI*, 1982, vol. 172, p. 271; A. GOMEX ROBLEDO, “*Le jus cogens* international: sa genèse, sa nature, ses fonctions”, in *RCADI*, 1982, vol. 172, p. 9; M. VIRALLY, “*Réflexions sur le jus cogens*”, *AFDI*, 1966, p. 5 ss., e soprattutto *The concept of jus cogens in international law*, Carnegie Papers, 1967 con, in particolare, il contributo di ERIC SUY. Per degli studi più recenti cfr. C. TOMUSCHAT, “*Obligations arising for states without or against their will*”, in *RCADI*, v. 241, 1993, pp. 195-374; B. SIMMA, “*From Bilateralism to Community Interest in International Law*”, in *RCADI*, t. 250, 1994, p. 229 ss.; *The fundamental rules of the international legal order: jus cogens and obligations erga omnes*, CH. TOMUSCHAT e J.M. THOUVENIN, Leiden, ed. Martinus Nijhoff, 2006; G. GAJA “*Les obligations et les droits erga omnes en droit international*”, in *Ann. IDI*, 2006, vol. 71-II, pp. 81-136; J. CRAWFORD, “*Multilateral Rights and Obligations in International Law*”, in *RCADI*, 2006, v. 319, p. 325 e ss.; P. PICONE “*La distinzione tra norme internazionali di jus cogens e norme che producono obblighi erga omnes*”, in *Riv. dir. int.*, 2008 p. 5 ss.; J. FROWEIN, voce “*Ius Cogens*” in *Max Planck Enc. of Public Int. Law*, 2013; G. GAJA, “*The Protection of General Interests in the International Community*”, in *RCADI*, v.364, 2014, pp. 9-186; BARGIACCHI, SINAGRA, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, cit., p. 132 ss.; M. SHAW, *International Law*, cit., p. 91 ss.; C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, 6 ed., cit., p. 260 ss.; E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, 5 ed., cit., p. 206 ss.; A. CASSESE, *Diritto internazionale*, 4 ed. cit., p. 298 ss.; V. anche la Ris. IDI adottata a Cracovia (Rapp. G. GAJA) nel 2005 in tema di “*Obligations and rights erga omnes in International Law*” al sito <http://www.idi-iil.org/>. Nel 2014, la CDI ha inserito lo *jus cogens* nell'agenda dei propri lavori in materia e ha nominato Relatore speciale Dire Tladi il quale ha già prodotto alcuni rapporti in tale materia v. il sito: https://legal.un.org/ilc/guide/1_14.shtml.

18. Jus cogens, diritto naturale ed “ordine pubblico (veramente) internazionale”. — Il riconoscimento dell'esistenza di regole di *jus cogens* costituisce un ritorno all'antico, ossia al ritorno del “diritto naturale”. *Jus cogens* e diritto naturale poggiano, infatti, su di un unico fondamento e sulla medesima convinzione filosofica: che esista un minimo di valori fondamentali legate alla coscienza umana universale ed inerenti all'esistenza di una società internazionale degna di questo nome. *Mutatis mutandis*, così come esiste un “ordine pubblico interno” (e nel nostro d.i.pr. un ordine pubblico internazionale-italiano), deve ugualmente esistere un “ordine pubblico internazionale”, composto di principi e valori al quale risulta giuridicamente impossibile derogare *dal punto di vista della Comunità internazionale*. Senonché, tale “ordine pubblico internazionale”, al pari di quanto accade con l'ordine pubblico interno, si manifesta come una *clausola generale dell'ordinamento internazionale*, una nozione imprecisa e sfuggente ma contingente, con un proprio fondamento morale, politico,

⁽¹⁸⁾ Cfr. le Riss. n. 687 e 692 del Consiglio di Sicurezza in data 3 aprile e 21 maggio 1991, così come lo studio di G. MARCHAL in *DPCI*, 1996, p. 450. In arg. v. M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Le Nazioni Unite e i danni derivanti dalla Guerra del Golfo*, Milano, Giuffrè, 1995, nonché D. THÜRER, “*International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context*”, in *RCADI*, v. 338, pp. 9-370.

economico e sociale da valutare al momento in cui se ne invoca la violazione: *I know it when I see it!* Da un altro punto di vista, assai diverso dal nostro (il nostro pensiero in questa materia converge con quello di H. LAUTERPACHT, G. ARANGIO-RUIZ e J. CRAWFORD), parte della dottrina — soprattutto tedesca ⁽¹⁹⁾ — tende ad inquadrare lo *Jus cogens* in un'ottica **internazionale-costituzionalistica** come se, dalla fine della Seconda guerra mondiale, fosse in atto una “costituzionalizzazione” dell'ordinamento giuridico internazionale che ne avrebbe alterato la struttura fondamentale **privatistica** ⁽²⁰⁾. Si tratta però di un'utopia che deriva da un'errata proiezione di istituti tipici del diritto statale interno — la costituzione — sul piano internazionale: basti pensare alle terribili vicende del recentissimo conflitto tra Russia e Ucraina, ove la Comunità internazionale non ha nemmeno votato a schiacciante maggioranza le sanzioni nei confronti della Russia in seno all'Assemblea generale dell'ONU; sicché, per valutare l'esistenza ed il (molto limitato) contenuto dello *jus cogens* occorre esaminare la prassi internazionale con un sano realismo ⁽²¹⁾.

Lo *jus cogens* è presente nel **diritto internazionale umanitario**, se non già addirittura nella sua stessa formulazione. Così, le quattro Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 per il “miglioramento della sorte dei feriti e dei malati delle forze armate in campagna”, sul “trattamento dei prigionieri di guerra” e sulla “protezione delle persone civili in tempo di guerra”, prevedono espressamente, **all'art. 3** di ciascuna delle quattro Convenzioni, “in ogni tempo e luogo” il divieto di ogni “violenza contro la vita e l'integrità corporale, specialmente l'assassinio in tutte le sue forme, le mutilazioni, i trattamenti crudeli, le torture e i supplizi; la cattura di ostaggi; gli oltraggi alla dignità personale, specialmente i trattamenti umilianti e degradanti; le condanne pronunciate e le esecuzioni compiute senza previo giudizio di un tribunale regolarmente costituito, che offra le garanzie giudiziarie riconosciute indispensabili dai popoli civili”. Le medesime convenzioni contengono un'identica disposizione, secondo la quale la loro eventuale denuncia non avrà effetto alcuno sugli obblighi che le parti belligeranti continueranno a dover adempiere in virtù dei principi del diritto delle genti, come risultano dagli usi vigenti tra nazioni civili, dalle leggi dell'umanità e dalle esigenze della pubblica coscienza. Si riprendono qui, *expressis verbis*, le stesse parole utilizzate nel Preambolo della IV Convenzione dell'Aja del 18 ottobre 1907, la quale colloca le popolazioni e i belligeranti “sotto l'impero dei principî del diritto delle genti, quali risultano dagli usi stabiliti tra le nazioni civili, dalle leggi di umanità e dalle esigenze della coscienza pubblica” (disposizione spesso citata come “**clausola Martens**”).

19. Jus cogens ed ordine pubblico transnazionale. — L'idea di *jus cogens* non appartiene al solo diritto internazionale “pubblico”, ossia all'ambito delle relazioni interstatali. Con il termine più classico di “ordine pubblico”, la medesima nozione viene utilizzata nel più ampio contesto dei rapporti transnazionali tipici del diritto

⁽¹⁹⁾ In argomento v. J. CRAWFORD, “Chance, Order, Change: The Course of International Law, General Course on Public International Law”, in *Pocketbooks of The Hague Academy of International Law*, 2014, p. 444 ss. ove riferimenti.

⁽²⁰⁾ In argomento v. per tutti G. ARANGIO-RUIZ, “La pretesa “analogia federale” nella Carta delle Nazioni Unite e le sue implicazioni”, cit., pp. 221-273. V. altresì, Id., “Dualism Revisited: International Law and Interindividual Law”, in *Riv. dir. int.*, 2003, p. 909 ss.

⁽²¹⁾ Così anche N. RONZITTI, *Diritto internazionale*, 7 ed., cit., p. 193 ss.; U. LEANZA, I. CARACCILO, *Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui*, 4 ed., cit., p. 174 ss.

contemporaneo ⁽²²⁾. Nell'ambito della *lex mercatoria* esistono, infatti, dei principi cui gli operatori del commercio internazionale non possono derogare, essendo considerati "superiori e fondamentali per il diritto del commercio internazionale", ossia dei **limiti endogeni** dell'intero ordinamento ⁽²³⁾. Lo si può riscontrare anche in ambito di arbitrato sportivo, per citare un altro esempio comune ⁽²⁴⁾.

Va altresì notato che la errata prospettiva di considerare l'efficacia dello *jus cogens* limitata all'ambito dei rapporti tra Stati e non quale clausola generale ordinataria dell'ordinamento giuridico internazionale-transnazionale può determinare anche l'impunità di alcune imprese multinazionali.

Così, la Corte d'appello di Versailles nella pronuncia del 22 marzo 2013 nel caso *AFPS/OLP c. Alstom Transport, Alstom SA et Véolia Transport (caso del tram di Gerusalemme)*, è arrivata alla conclusione — scontata secondo gli schemi dell'ortodossia del diritto internazionale "pubblico" ma certamente non più adeguata al nostro tempo — secondo la quale, dette società, dotate della sola personalità giuridica di diritto interno, non erano tenute al rispetto del diritto internazionale umanitario giacché le norme di quest'ultimo si applicano solo ad enti-soggetti di diritto internazionale, cosa che le società multinazionali, a giudizio della Corte, non sono. Anche negli Stati Uniti, una gloriosa giurisprudenza applicativa dell'*Alien Tort Claims Act* (ATCA) a titolo di *giurisdizione civile universale* (su cui v. *infra* Ch. XXV) ha subito una battuta d'arresto a seguito della **sentenza *Kiobel*** della Corte Suprema. È tornato l'approccio più ortodosso e dunque più restrittivo, oltre che...più garantista per le società multinazionali. Se ne rallegreranno solo coloro i quali, infarciti dei dogmi di oltre un secolo fa, ritengono ancora che le imprese multinazionali *non* siano soggetti di diritto internazionale...a beneficio dell'impunità di queste ultime. E alle vittime diranno con arrogante ipocrisia che *societas delinquere non potest* in diritto internazionale, perché esiste solo il diritto internazionale "pubblico" e i valori di cui lo *jus cogens* è portatore valgono solo nei rapporti tra Stati.

1. — Una nozione imprecisa

20. Ufficializzazione da parte della Convenzione di Vienna del 1969. — Le conseguenze giuridiche legate al mancato rispetto di una norma di *jus cogens* sono severe, e comportano la *nullità di ogni atto contrario*. Esiste tuttavia una differenza formale ma significativa tra il "diritto naturale" e lo *jus cogens*: solo quest'ultimo è stato accettato all'unanimità dai membri della CDI dell'ONU e dalla quasi unanimità degli Stati partecipanti alla Conferenza di Vienna sul diritto dei trattati del 1969. La Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 (su cui v. *infra*, Cap. IV) ufficializza, **all'art. 53**, lo *jus cogens* con queste parole:

⁽²²⁾ Cfr. come esempio il lodo ICSID nel caso *Duty Free* precedentemente citato.

⁽²³⁾ Cfr. B. GOLDMAN, "La protection internationale des droits de l'homme et l'ordre public international dans le fonctionnement de la règle de conflit de lois", in *Studi R. Cassin*, Paris, Pedone, 1969, pp. 449-466; ID., "La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives", *JDI*, 1979, pp. 475 ss. ove distingue l'ordine pubblico a fini di d.i.pr. da quello "veramente internazionale" nei rapporti fra Stati; P. LALIVE, "Ordre public transnational et arbitrage international", in *Rev. Arb.*, 1986, p. 329 e qui p. 331, e F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, cit., p. 881 ss.

⁽²⁴⁾ Cfr. F. LATTY, *La lex sportiva*, cit., pp. 344-355.

“una norma imperativa di diritto internazionale generale... accettata e riconosciuta dalla Comunità internazionale degli Stati nel suo insieme in quanto norma alla quale non è permessa alcuna deroga e che non può essere modificata che da una nuova norma di diritto internazionale generale avente lo stesso carattere”.

La Convenzione di Vienna si astiene dal definire esaustivamente il concetto di *jus cogens*: un accordo fra i negoziatori di tale trattato su questo punto sarebbe stato impossibile da raggiungere. In compenso, si è cercato di delineare tale nozione fissandone il regime giuridico: una tendenza — assai nefasta — nel diritto internazionale contemporaneo, giacché ci si astiene dal definire in modo rigoroso alcuni nuovi concetti, pur conferendo loro un regime giuridico preciso; ed altri esempi di questa tecnica che consiste nel “regolare senza definire” sono quelli di “piattaforma continentale”, “investimento internazionale” o “Paesi in via di sviluppo” per quanto riguarda, in quest’ultimo caso, il diritto internazionale dell’economia.

a) *Una norma imperativa*

21. “Imperativo” ed “obbligatorio”: *jus cogens* ed obblighi *erga omnes*. — L’aggettivo “imperativo” assume qui tutta la sua importanza. La Convenzione di Vienna del 1969 non ha, a giusto titolo, utilizzato il concetto di “norma obbligatoria” perché le norme vincolanti del diritto internazionale sono già obbligatorie per i loro destinatari.

La nozione di jus cogens e il suo ambito di applicazione, sono più ristretti di quelli degli obblighi erga omnes e si possono visualizzare come due cerchi concentrici al centro dei quali, più ridotto, si colloca lo jus cogens. Si tratta, infatti, di un nucleo “duro” di norme consuetudinarie “supreme” a tutela dei valori più fondamentali della Comunità internazionale nel suo insieme: si pensi al divieto di aggressione internazionale, al divieto di genocidio o a quello di schiavitù.

Qui si è in presenza di un grado “in più”, di una qualità normativa superiore e perciò si tratta di *norme imperative* alle quali è vietata, in linea di principio, ogni deroga⁽²⁵⁾. In tale contesto peculiare, si assiste ad una vera e propria limitazione della “libertà contrattuale” degli Stati nell’ordinamento internazionale.

Mentre lo *jus cogens* esprime dei **valori**, i valori più fondamentali della Comunità internazionale, valori in cui si articola l’ordinamento positivo nel suo perenne adeguarsi all’evoluzione della società, imposti a presidio della sua stessa sopravvivenza come *comunità di diritto*, “[l]a nozione di obblighi *erga omnes* attiene ad una caratteristica strutturale di determinate regole internazionali, le quali, appunto, producono obblighi solidali e non scindibili su base reciproca”⁽²⁶⁾.

Gli obblighi *erga omnes* valgono “nei confronti di tutti” gli altri Stati della Comunità internazionale con l’avvertenza secondo la quale “una norma di *jus cogens* [è] produttiva di obblighi *erga omnes*, nel senso che il soggetto obbligato è tenuto ad osservare il comportamento prescritto nei confronti di tutti i membri della comunità internazionale.[...] Ma il reciproco non è ammissibile: una norma istitutiva di vincoli

⁽²⁵⁾ B. SIMMA, “From Bilateralism to Community Interest in International Law”, *RCADI*, v.250, 1994/VI, p. 219 ss.; P. PICONE, “La distinzione tra *jus cogens* e obblighi *erga omnes*”, in Id., *Comunità internazionale e obblighi erga omnes: Studi critici di diritto internazionale*, Napoli, 2013, 575 ss.; v. altresì i rapporti della CDI in materia all’apposito sito internet.

⁽²⁶⁾ E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, 5 ed., cit., p. 264.

erga omnes non è per questo solo fatto una norma imperativa in assenza degli elementi che caratterizzano il diritto cogente e sopra evidenziati” (27).

22. Selettività. — Pertanto, esistono norme internazionali che pongono obblighi *erga omnes* senza però rivestire il carattere di *jus cogens*. Basti pensare al fatto che non tutte le violazioni dei diritti umani, che sono norme poste da trattati multilaterali oggettivi con efficacia *erga omnes*, costituiscono altrettante violazioni dello *jus cogens*. E lo stesso ragionamento vale con riferimento alle norme sul patrimonio comune dell’umanità o alla disciplina giuridica dell’Antartide, al pari di molte norme del diritto spaziale.

Inoltre, è certo che non tutte le *norme fondamentali* del diritto internazionale fanno parte dello *jus cogens*. Basti pensare alla regola fondamentale *pacta sunt servanda* che è alla base del carattere vincolante dei trattati ma che non viene considerata da nessuno alla stregua di una norma di *jus cogens*. Così, ancora, il principio di “buona fede” è inerente alla società internazionale ed alla stabilità delle relazioni giuridiche tra i suoi membri. Come sarebbe possibile concepire, infatti, un sistema giuridico fondato sulla “mala fede”? Ma neanche in tale materia si parla di *jus cogens*.

23. Giustificazione. — In conclusione, il carattere “imperativo” di alcune norme internazionali ha una duplice giustificazione:

— è innanzitutto opportuno proteggere, *oltre agli interessi soggettivi dei singoli Stati, gli interessi superiori della **societas e dell’ordinamento internazionale***, interessi che sono *comuni a tutti i suoi membri*. Significa quindi impedire dei comportamenti “immorali” o “anti-sociali” (e qui l’analogia con la nozione di “ordine pubblico”, nota a tutti i sistemi giuridici nazionali, è evidente);

— inoltre, è opportuno proteggere gli **Stati più deboli** (non è forse questa la ragione del favore di cui gode il concetto di *jus cogens* presso i Paesi c.d. in via di sviluppo?). Siamo qui in presenza di uno strumento di protezione contro le disuguaglianze di potere nelle negoziazioni internazionali: in questo senso un trattato ottenuto, o meglio estorto, attraverso l’utilizzo o la semplice minaccia della forza in violazione dell’art. 2 della Carta delle Nazioni Unite, sarebbe nullo, senza valore giuridico alcuno, in quanto contrario a una norma di *jus cogens*.

b) Una norma di “diritto internazionale generale”

24. — Nel predetto art. 53, la Convenzione di Vienna del 1969 fa espresso riferimento alle “*norme accettate e riconosciute dalla Comunità internazionale degli Stati nel suo insieme*”. Questa espressione ambigua solleva più problemi di quanti non ne risolva.

25. Jus cogens e consuetudine. — Quanto al processo di formazione di una norma di *jus cogens*, si può notare un requisito in comune con la *consuetudine internazionale*: la presenza necessaria dell’*opinio juris*. La norma di *jus cogens* in questione deve essere riconosciuta come avente un carattere assoluto, imperativo, inderogabile. Al

(27) RONZITTI, *Diritto internazionale*, 7 ed., cit., p. 212. Nello stesso senso v. R. MONACO, C. CURTI GIALDINO, *Diritto internazionale pubblico. Parte generale*, 3 ed., Torino, UTET, 3rd edn, 2009, p. 122; U. LEANZA, I. CARACCILO, *Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui*, 4 ed., cit., p. 174 ss..

riguardo, la CIG, per quanto riguarda il *divieto di tortura*, ne ha ravvisato il carattere di norma imperativa a carattere consuetudinario ⁽²⁸⁾.

26. Riconoscimento. — Inoltre, tale riconoscimento deve essere opera della “Comunità internazionale degli Stati nel suo insieme”. Ciò vuol forse dire che *tutti* gli Stati devono aver riconosciuto la norma o soltanto alcuni di loro, *i più “rappresentativi”* di un dato gruppo (Paesi capitalisti, socialisti o in via di sviluppo, ad esempio)? Quale valore attribuire all’*obiezione* da parte di un solo Stato, o di un ristretto numero di Stati, a riconoscere una particolare norma come facente parte dello *jus cogens*? Un tale rifiuto impedisce la formazione di una norma di *jus cogens*? Sono tanti i problemi irrisolti e li ritroveremo anche in materia di formazione delle norme consuetudinarie.

27. Jus cogens universale e regionale. — La Convenzione di Vienna del 1969 identifica le norme di *jus cogens* di *portata universale*. Ciò vuol forse significare che per questo non potrebbero esistere norme di *jus cogens* di *carattere solamente regionale*? Nulla consente di escludere l’esistenza di norme di *jus cogens* regionali ma esse dovranno allora rispettare le norme di *jus cogens* universale. In alcuni casi, possono porsi delicati problemi di compatibilità. È così ad esempio che, nel secolo scorso, venne enunciata una dottrina della “sovranità limitata” (o “dottrina Brežnev”) in base alla quale l’URSS avrebbe disposto del *diritto di intervenire* — all’occorrenza *militarmente* — negli *affari interni* dei Paesi detti “socialisti” “quando forze interne o esterne ostili al socialismo tentassero di interferire con lo sviluppo di un qualsiasi Paese socialista allo scopo di ristabilire un regime capitalista, quando il socialismo in questo Paese e nella comunità socialista nel suo insieme siano minacciati” ⁽²⁹⁾. Questa tesi venne ufficialmente abbandonata dal Presidente Gorbačëv nel suo discorso del 7 luglio 1989 davanti al Consiglio d’Europa a Strasburgo, ma era stata già utilizzata al momento dell’invasione della Cecoslovacchia nel 1968 e dell’Afghanistan nel 1979. Si è forse qui di fronte a una norma di *jus cogens* regionale, nonostante il divieto di intervento negli affari interni di alcuni Stati e la proibizione del ricorso alla forza espressamente consacrata nella Carta dell’ONU ed in innumerevoli atti internazionali? Nella fattispecie, una risposta positiva sembra da escludersi come ammise la CIG nella sentenza del 27 giugno 1986 relativo al *Caso delle attività militari e paramilitari in Nicaragua*: dopo aver richiamato la libertà di ogni Stato di scegliere il proprio “sistema politico, sociale, economico, e culturale”, la Corte aggiunse che “non si potrebbe concepire la creazione di una nuova regola che conceda un diritto di intervento ad uno Stato contro un altro per il fatto che quest’ultimo avrebbe optato per un’ideologia o un sistema politico particolare” (punto 263). Vi era qui una condanna senza appello — ma implicita — della “dottrina Brežnev”.

c) Una norma non immutabile

28. Ricambio della norma di jus cogens. — Una norma di *jus cogens* non è eterna. Essa può essere modificata da una norma successiva della stessa natura e dello stesso rango. Qui si tocca con mano una significativa differenza tra lo *jus cogens* e le regole che costituiscono il “diritto naturale” le quali, *ex natura rerum*, si presumono sempre fisse ed immutabili nel tempo.

⁽²⁸⁾ CIG, 20 luglio 2012, Belgio c. Senegal, *Questioni concernenti l’obbligo di perseguire o estradare*, in *Rec.*, 2012, punto 99.

⁽²⁹⁾ In *The Economist*, 15 luglio 1989, pp. 22-23.

29. Incertezze. — La nozione di *jus cogens* è circondata da numerose “zone d’ombra”. Come si *crea* una tale norma? Dove *reperirla*? Deve essere accettata da *tutti gli Stati* o soltanto da *alcuni di essi*? La sua esistenza deve essere l’oggetto di un *riconoscimento formale* o il suo carattere imperativo deriva soltanto dal consenso dei soggetti del diritto internazionale, fosse anche un *consenso implicito*? Tutte queste incertezze mostrano la pericolosità e la qualità insoddisfacente, sul piano della teoria generale del diritto, dell’introduzione di nuove nozioni senza definizione, accontentandosi di tracciare a grandi linee solo il loro regime giuridico. Proprio a causa di ciò, in occasione della Conferenza di Vienna del 1969, si ebbe un atteggiamento reticente di alcuni Stati (es. la Svizzera ⁽³⁰⁾) e addirittura ostile da parte della Francia ⁽³¹⁾, che fu il solo Paese a pronunciarsi contro il testo della convenzione sul diritto dei trattati.

30. Lo *jus cogens* nella giurisprudenza interna. — La Corte di Cassazione francese dette prova della stessa prudenza nel caso tristemente noto di *Klaus Barbie*. Nella sentenza del 26 gennaio 1984, la *Chambre criminelle* della Corte di Cassazione accolse la tesi dell’imprescrittibilità dei “crimini contro l’umanità” in virtù “dei principi di diritto riconosciuti dall’insieme delle nazioni”, lasciando così intendere che si era qui di fronte a regole consuetudinarie ⁽³²⁾. Per contro, nel rapporto sul problema della definizione dei crimini contro l’umanità, il Consigliere Le Gunehec ritenne che il fondamento di una tale incriminazione si trovasse “in una sorta di diritto naturale sovranazionale”, in altre parole, nello *jus cogens*; in questo stesso caso, il Procuratore Generale Dontenwille seguì un approccio analogo considerando che questo tipo di crimine derivasse “dal diritto naturale, dall’essenza sovranazionale e trascendente” — il che anche qui coincide con l’idea stessa di *jus cogens* ⁽³³⁾.

Il concetto di *jus cogens* — sebbene l’espressione non vi figuri formalmente — e le sue implicazioni furono al centro di alcune importanti pronunce dei tribunali inglesi nel *caso Pinochet*. Il caso verteva sulla seguente questione: poteva l’ex dittatore cileno essere arrestato in Gran Bretagna per essere estradato in Spagna in ragione del fatto che, durante il periodo in cui aveva svolto la funzione di Capo di Stato in Cile, aveva commesso (o ordinato la commissione di) alcuni atti costitutivi del crimine di genocidio, assassinii su larga scala, torture o prese di ostaggi? Tanto il diritto inglese quanto il diritto internazionale consuetudinario erano chiari: un capo di Stato straniero beneficia di una immunità totale per gli atti compiuti nell’esercizio delle sue funzioni. Tuttavia, la novità del caso risiedeva nel fatto che i crimini dell’ex-dittatore cileno erano “crimini contro l’umanità” — in una parola, violazioni dello *jus cogens*. In una sentenza del 25 novembre 1998, la Camera dei Lord ritenne che i crimini in questione fossero di natura tale da impedire la concessione di ogni immunità a un ex capo di Stato straniero ⁽³⁴⁾. Questa pronuncia fu cassata in modo alquanto insolito dalla Corte d’Appello della Camera dei Lord il 17 dicembre 1998 a causa della partecipazione di uno dei “Law-Lords” della maggioranza all’organo di giudizio che, invece, avrebbe dovuto astenersi in ragione dei legami che non aveva cessato di intrattenere con la parte ricorrente. La cassazione tecnica della sentenza, tuttavia, non sminuisce l’interesse della pronuncia della Camera dei Lord del 25 novembre 1998: essa mette ben in luce tutto l’impatto potenziale della “supra-legalità internazionale”, ovvero dell’esistenza di regole comuni alle quali non è giuridicamente

⁽³⁰⁾ Si vedano in generale le questioni poste dal rappresentante della Svizzera alla Conferenza di Vienna e riportate in P. REUTER, *La Convention de Vienne sur le droit des traités*, Paris, A. Colin, 1970, pp. 86-87.

⁽³¹⁾ La Francia ribadì nel 1986 la sua ostilità a questa nozione di *jus cogens* a causa della sua imprecisione e del suo attacco alla stabilità delle relazioni giuridiche. In *AFDI*, 1986, p. 1047.

⁽³²⁾ In *Clunet*, 1984, 308 con una nota di EDELMAN.

⁽³³⁾ In *JCP*, 1983.II.20107.

⁽³⁴⁾ Si veda il testo in *ILM* 1998, p. 1302, e per un commento, si veda A.J. BULLIER, in *LPA*, n. 144, 1998, p. 14, così come *Répertoire de droit International*, Dalloz, 1999.I, sintesi annuale.

possibile derogare. La sentenza finale resa dalla Camera dei Lord il 24 marzo 1999 conferma le analisi precedenti, ritrovandosi l'espressione stessa di *jus cogens* negli scritti di parecchi "Law Lords"; tale decisione, tuttavia, non trasse tutte le conseguenze che ci si poteva attendere dal riconoscimento dello *jus cogens* dal momento che, salomonicamente, la Camera dei Lords decise di negare l'immunità al Generale Pinochet solo per gli atti commessi dopo la ratifica da parte della Gran Bretagna della Convenzione internazionale contro la tortura e altri trattamenti disumani e degradanti, le uniche incriminazioni considerate nella fattispecie. Così, rifiutando ogni retroattività, la Camera dei Lord minimizzava la portata dello *jus cogens* come norma consuetudinaria ⁽³⁵⁾.

Nello stesso senso, negli Stati Uniti, una pronuncia della Corte d'Appello federale americana per il nono circuito riconobbe ufficialmente la nozione di *jus cogens* e qualificò come tale il lavoro forzato (assimilabile alla schiavitù), così come gli omicidi, gli stupri e le torture che si trovavano ad esso associati ⁽³⁶⁾.

Nella **sentenza Ferrini** dell'11 marzo 2004, la Corte di Cassazione italiana ha formalmente riconosciuto il concetto di *jus cogens*: nella fattispecie, la Suprema Corte ha affermato che la deportazione e il lavoro forzato di individui costituiscono dei crimini di guerra assurti allo *status* di norme di *jus cogens* di modo che lo Stato che li abbia commessi (nel caso di specie la Germania) non può più beneficiare dell'immunità dalla giurisdizione ⁽³⁷⁾. Su tale importante sentenza, torneremo nel Cap. XV di questo libro.

Dal canto suo, la prima Camera civile della Corte di Cassazione francese nella sentenza del 9 marzo 2011, *La réunion aérienne e alt. c. Jamahiriya Araba popolare e socialista* ha ammesso, a giusto titolo, che la commissione di atti di terrorismo da parte di uno Stato è un crimine di natura tale da privarlo della sua immunità di giurisdizione in quanto costituisce la violazione di una "norma di *jus cogens* di diritto internazionale, la quale prevale sulle altre regole di diritto internazionale" ⁽³⁸⁾.

2. — Un contenuto impreciso ed evolutivo

a) Un contenuto impreciso

31. — *Lo jus cogens appartiene all'ordinamento giuridico della Comunità internazionale, ragion per cui nessuno Stato unilateralmente può estenderne o limitare il suo ambito di applicazione.* Nessuna fattispecie concreta di norma di *jus cogens* è stata inserita dalla CDI nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. La ragione è semplice: una lista avrebbe rischiato di apparire limitativa, il ché avrebbe "cristallizzato" il contenuto dello *jus cogens* e frenato il suo ulteriore sviluppo ⁽³⁹⁾. Tuttavia, la dottrina sembra d'accordo nell'ammettere che alcune norme siano parte dello *jus cogens* (i), mentre numerose altre rimangono controverse (ii).

i. Le (poche) norme di *jus cogens* comunemente accettate

32. Norme di diritto pattizio. — Si tratta innanzitutto di alcune regole di origine pattizia. Così il *divieto dell'uso* — o della minaccia dell'uso — *della forza nelle*

⁽³⁵⁾ Si veda il testo in *ILM* 1999, p. 581 così come i commenti di A.J. BULLIER, in *LPA*, n. 74, 1999, p. 5 e M.S. MAHMOUD, *Les leçons de l'affaire Pinochet*, in *JDI*, 1999, p. 1021.

⁽³⁶⁾ In *DOE I v. Unocal Corp.*, 18 settembre 2002, in *ILM*, 2002, p. 1366.

⁽³⁷⁾ *Riv. dir. int.*, 2004, p. 539 e *AJIL*, 2005, p. 242.

⁽³⁸⁾ *Infra*, Capp. XV e XVII.

⁽³⁹⁾ *V. Draft Articles on the Law of Treaties (Final Outcome)*, ILC, II UNYBILC, UN Doc A//Rev./, GAOR st. Session Supp.

relazioni internazionali contrariamente ai principi della Carta dell'ONU. Ciò ha per corollario l'illiceità di qualsiasi acquisizione di territorio mediante l'uso della forza, come precisato dalla CIG nel suo parere consultivo del 9 luglio 2004 relativo alle *conseguenze giuridiche derivanti dalla costruzione di un muro nel territorio palestinese occupato* ⁽⁴⁰⁾. Così, anche per il *divieto di tratta degli esseri umani, di pirateria, di genocidio o i principi umanitari posti dalle quattro convenzioni di Ginevra del 1949* già citate; nonché per gli atti definiti “crimini contro l'umanità” ⁽⁴¹⁾. Anche il *Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966* si presta ad arricchire il contenuto dello *jus cogens*, laddove si prevede all'art. 4, par. 2, che “in caso di pericolo pubblico eccezionale, che minacci l'esistenza della Nazione e venga proclamato un atto ufficiale” non si “autorizza alcuna deroga” agli artt. 6 (diritto alla vita); 7 (divieto della tortura); 8, par. 1 e 2 (divieto di schiavitù e servitù); 11 (divieto dell'incarcerazione per debiti); 15 (principio “nulla poena sine lege”); 16 (riconoscimento universale della personalità giuridica di ogni individuo) e 18 (libertà di pensiero, di coscienza e di religione).

D'altra parte, è possibile ammettere che alcune *norme regionali* pattizie più rigorose delle norme del diritto internazionale generale abbiano carattere di *jus cogens* per gli Stati interessati; sarebbe il caso, ad esempio, della tutela dei diritti umani prevista dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) del 4 novembre 1950, in vigore per 47 Stati del continente europeo.

Si tratta, in particolare, della salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali qualificate come “intangibili” anche in stato di emergenza ed indicate nell'art. 15 di tale Convenzione. Ci riferiamo al divieto di privare arbitrariamente una persona della vita (art. 2 CEDU), del divieto di tortura (art. 3 CEDU), del divieto di schiavitù, di servitù e di lavoro forzato (art. 4, par. 1, CEDU), del principio *nulla poena sine lege* (art. 7 CEDU) e del divieto del *ne bis in idem* (art. 4, Prot. agg. n. 7).

33. Norme consuetudinarie. — Altre norme hanno un'origine consuetudinaria. Tra queste il mancato rispetto dei principi umanitari diversi da quelli convenzionalmente previsti (l'assenza di notificazione dei pericoli, la mancata assistenza a persone, navi o aeromobili in pericolo...) e il non-riconoscimento delle situazioni di fatto stabilite in violazione del diritto internazionale — talvolta definito “dottrina Stimson” ma che dopotutto non è altro che la manifestazione di quel ben noto principio di diritto romano secondo il quale *ex injuria non oritur jus* — ad esempio la “nullità” dell'accordo di Monaco del 1938, dell'annessione dei Paesi baltici da parte dell'URSS nel 1940 o della presenza attuale di Israele nei territori arabi occupati in seguito alla “guerra dei sei giorni” del 1967. Allo stesso modo, devono rientrare logicamente nello *jus cogens* la violazione del *diritto all'autodeterminazione dei popoli*, la violazione dei diritti dell'uomo (almeno di alcuni di essi quali il diritto ad un equo processo o il principio della personalità della pena) e delle libertà fondamentali nonché il mancato rispetto dell'egualianza tra Stati.

⁽⁴⁰⁾ CIG, *Rec.*, 2004, p. 136, punti 155 e 159.

⁽⁴¹⁾ In arg. v. A. CASSESE, *Diritto internazionale*, 4 ed., cit., p. 299 ss.; E. ZOLLER, “La définition des crimes contre l'humanité”, in *JDI*, 1993, p. 549; una lista di questi “crimini contro l'umanità” è stata inserita nell'art. 7 dello Statuto della *Corte Penale Internazionale* creata a Roma nel 1998 e include in particolare l'omicidio, lo sterminio, la riduzione in schiavitù, la deportazione delle popolazioni civili così come la tortura, lo stupro, la prostituzione o la gravidanza forzata e in generale tutti gli atti disumani.

ii. Le regole contestate dello *jus cogens*

34. — Altre regole di *jus cogens* appaiono più contestate e dunque di dubbia esistenza. Così dicasi, ad esempio, per il principio della *libertà dei mari, dello spazio* o quello della *coesistenza pacifica*. Accade lo stesso, *a fortiori*, con riferimento al primato del rispetto di *tutti* i diritti dell'uomo senza distinzione e con elencazioni lunghissime⁽⁴²⁾. Qui, senza le necessarie cautele, la dottrina rischia di elaborare delle mere visioni utopistiche e superficiali in quanto prive del necessario ancoraggio alla prassi degli Stati.

b) *Un contenuto evolutivo*

35. — Come si è già precisato, una norma di *jus cogens* può perdere successivamente tale carattere ed essere succeduta da un'altra. Riprendiamo qui il discorso circa l'analogia, fatte le dovute proporzioni, tra lo *jus cogens* e la nozione di "ordine pubblico" interno. È noto, infatti, che il significato preciso dell'"ordine pubblico" interno di uno Stato diviene noto solo in un dato momento temporale e si evolve in funzione del livello di organizzazione della società, con riferimento alle ideologie politiche, morali, sociali ed economiche dominanti. Se, dunque, tale "incertezza", tipica delle clausole generali, non crea scandalo nell'ordinamento interno, data la relativa facilità con la quale il diritto nazionale può essere modificato in funzione delle necessità della società nazionale; a livello internazionale, la indeterminatezza dello *jus cogens* provoca ancora qualche crisi di rigetto. Ciò spiega la reticenza di numerosi Stati di fronte allo *jus cogens*, che ricorda — almeno allo stato attuale — il mito greco del "vaso di Pandora".

3. — Degli effetti drastici: l'invalidità delle norme contrarie

36. — Abbiamo detto che agli artt. 53 e 64, la Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati stabilisce il principio dell'invalidità dei trattati (e si può qui estendere la disposizione a "ogni atto internazionale") contrari a una norma di *jus cogens*.

37. Invalidità *ex tunc* e invalidità *ex nunc*. — Due sono le fattispecie considerate dalla Convenzione di Vienna del 1969 in materia di invalidità per contrarietà allo *jus cogens*. Se, al momento della sua conclusione, un trattato si rivela già contrario a una norma di *jus cogens*, un tale trattato è invalido, è colpito da una invalidità *ab initio*, ossia *ex tunc* (art. 53, par. 1). Invece, se emerge una *nuova* norma di *jus cogens* ed entra in conflitto con un trattato preesistente, questo diventa invalido e cessa di esistere *ex nunc*, invalidità questa che non produce alcun effetto retroattivo (art. 64).

38. Difficoltà pratiche. — Una tale sanzione comporta due tipi di difficoltà, entrambe considerevoli. Essa rischia, innanzitutto, di rendere precari, e dunque instabili, i trattati e, in generale, tutti gli impegni internazionali. Infatti, per liberarsi da un obbligo più gravoso del previsto, gli Stati saranno tentati di eccipire la contrarietà di un trattato "sconveniente" allo *jus cogens*. Ma la soluzione accolta dalla Conven-

⁽⁴²⁾ Tale fu la posizione del rappresentante della Santa Sede alla Conferenza di Vienna del 1969. Cfr. P. REUTER, *op. cit.*, p. 85.

zione di Vienna comporta un ulteriore problema, forse anche più rilevante del precedente: *chi* stabilirà la nullità di questo o quel trattato? Un giudice internazionale? Uno Stato? Sono questi i diversi interrogativi, rimasti irrisolti, che spiegano l'ostilità di alcuni Stati (come la Francia) o di alcuni autori (come LAUTERPACHT o SCHWARZENBERGER) verso il concetto di *jus cogens*, perlomeno nella sua versione attuale di clausola generale dell'ordinamento particolarmente "vaga". Quel timore permane ancorché la Convenzione di Vienna del 1969 consenta di sottoporre le controversie sull'applicazione o sull'interpretazione del concetto di *jus cogens* alla CIG o ad un collegio arbitrale (art. 66). Ma quel rimedio non è obbligatorio giacché si tratta di una mera facoltà per gli Stati Parte alla Convenzione sul diritto dei trattati del 1969. Infine, abbiamo visto che alcune ulteriori difficoltà concettuali sono emerse in occasione del contenzioso che si è sviluppato a causa delle sanzioni "intelligenti" promananti dal Consiglio di sicurezza dell'ONU ex Capo VII e dirette a colpire singoli individui. La posizione assunta dai vari tribunali su tali questioni sembra quella, sia pure in modo ondivago, di privilegiare la tutela dei diritti umani degli individui, anche nel contesto della lotta al terrorismo. In altre parole, lo *jus cogens* costituisce una zona di "supralegalità" in grado di superare quella della stessa Carta dell'ONU e, pertanto, non può essere violata nemmeno dalle Risoluzioni del Consiglio di sicurezza, a beneficio della tutela internazionale dei diritti umani.

Conclusioni: un tentativo di sintesi

39. — In conclusione, ci limiteremo a presentare tre osservazioni di ordine generale. In primo luogo, la nozione di *jus cogens* rimane controversa (i). In secondo luogo, la prassi giudiziaria internazionale, dopo una grande cautela iniziale, sembra orientata verso un formale riconoscimento dello *jus cogens* (ii). Infine, la prassi recente del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite va nello stesso senso, in quanto, autorizzando l'uso della forza a fini umanitari, ha aperto delle prospettive rivoluzionarie in diritto internazionale.

i. Una valutazione controversa

40. Reticenza dei Paesi occidentali. — In linea generale, i Paesi "occidentali" hanno mostrato non poche perplessità nei confronti dello *jus cogens* così come appare dai lavori preparatori della Convenzione di Vienna del 1969. Tale reticenza si spiega con il timore di questi Stati di vedere il concetto di *jus cogens* utilizzato sistematicamente da alcuni Paesi per cercare di sfuggire ad obblighi internazionali avvertiti come troppo gravosi o vincolanti. Vi sarebbe qui un rischio generalizzato di non rispettare più "la parola data", e quindi mettere in discussione la stessa forza vincolante del diritto internazionale.

41. Sostegno dei Paesi in via di sviluppo. — Da parte loro, i Paesi del c.d. terzo Mondo hanno un atteggiamento favorevole nei confronti dello *jus cogens*. Essi tendono a considerare la nozione di *jus cogens* come una garanzia contro gli eventuali abusi delle "grandi potenze" che potrebbero essere tentate di imporre loro la propria volontà tramite dei "trattati ineguali" com'era avvenuto in passato attraverso il regime delle c.d. "capitolazioni" ⁽⁴³⁾. In quest'ottica, il concetto di *jus cogens* appare dunque come l'arma dei "deboli" contro gli abusi dei "potenti".

⁽⁴³⁾ Su cui v. ad es. A. CASSESE, *Diritto internazionale*, cit., p. 42 ss..

ii. Una consacrazione ufficiale nella giurisprudenza internazionale

42. La giurisprudenza della CIG. — In passato, era già possibile rinvenire in alcune sentenze e pareri della CIG delle tracce dello *jus cogens*, benché la Corte stessa si fosse sempre astenuta dall'utilizzare espressamente tale nozione.

43. (segue) — Così, nel **caso dello Stretto di Corfù** del 1949 la Corte osservò l'ineluttabile esistenza di “alcuni principi generali e ben riconosciuti”, delle “considerazioni elementari di umanità, ancora più assolute in tempo di pace che in tempo di guerra”, “il principio della libertà delle comunicazioni marittime” e “l'obbligo, per ogni Stato, di non lasciare utilizzare il suo territorio per atti contrari ai diritti di altri Stati” ⁽⁴⁴⁾.

44. (segue) — Ancora, nel **caso delle riserve alla Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio** del 28 marzo 1951, la CIG ritenne che il genocidio definito dall'ONU quale “crimine di diritto delle genti” implicante il rifiuto del diritto all'esistenza di interi gruppi umani fosse “un crimine che sconvolgeva la coscienza umana, infliggeva grandi perdite all'umanità” ed “era contrario, allo stesso tempo, alla legge morale e allo spirito e ai fini delle Nazioni Unite”. Essa ne trasse la conseguenza che i principi riconosciuti da tale convenzione fossero “dei principi riconosciuti dalle Nazioni civili come principi che obbligano gli Stati anche al di fuori di qualsivoglia vincolo pattizio” ⁽⁴⁵⁾.

45. (segue) — Così, ancora, nei **casi relativi al Sud-Ovest africano** del 1950 e del 1962, la Corte riconobbe che il mandato affidato all'Africa del Sud aveva valore di istituzione internazionale creata allo scopo di difendere gli abitanti del territorio e dell'intera umanità (parere consultivo dell'11 luglio 1950). Nel 1966, definì il mandato quale “impegno internazionale di interesse generale” ⁽⁴⁶⁾.

46. (segue) — Dopo qualche tempo, nel **caso Barcelona Traction** del 5 febbraio 1970, la Corte riconobbe l'esistenza di norme più importanti di altre. “Una distinzione essenziale” — ha indicato la Corte — “deve in particolare essere stabilita tra gli obblighi degli Stati nei confronti della comunità internazionale nel suo insieme e quelli che nascono nei confronti di un altro Stato nel quadro della protezione diplomatica. Per loro stessa natura, i primi riguardano tutti gli Stati. Considerata l'importanza dei diritti in questione, tutti gli Stati possono essere considerati come aventi un interesse giuridico a che tali diritti siano protetti; gli obblighi di cui si tratta sono obblighi *erga omnes*... Questi obblighi derivano per esempio nel diritto internazionale contemporaneo dalla proibizione degli atti di aggressione e del genocidio, nonché dai principi e dalle regole concernenti i diritti fondamentali della persona umana, compresa la protezione contro la pratica della schiavitù e la discriminazione razziale — alcuni diritti e protezioni corrispondenti si sono integrati al diritto internazionale generale... altri sono conferiti da strumenti internazionali di carattere universale o quasi universale” ⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁴⁾ In *Rec.*, p. 22. Nostra traduzione.

⁽⁴⁵⁾ In *Rec.*, 1951, p. 23. Nostra traduzione.

⁽⁴⁶⁾ In *Rec.*, 1966, p. 332. Nostra traduzione.

⁽⁴⁷⁾ In *Rec.* punto 33. Nostra traduzione.

47. (segue) — In seguito, la CIG fece delle altre allusioni — benché meno precise — all’esistenza di un certo nucleo di regole imperative di diritto internazionale nel suo **parere consultivo sulla Namibia** del 1971 ⁽⁴⁸⁾, nel caso degli *Esperimenti nucleari francesi nel Pacifico* del 1974 ⁽⁴⁹⁾ o nel caso del *Personale diplomatico e consolare statunitense a Teheran* ⁽⁵⁰⁾.

Successivamente, nel **parere consultivo sulla liceità della minaccia o dell’uso di armi nucleari** dell’8 luglio 1996, la CIG, ha definito i principi di diritto internazionale umanitario contenuti nelle convenzioni di Ginevra del 1949 alla stregua di “regole fondamentali” o “principi intrasgressibili” ⁽⁵¹⁾ pur senza dire esplicitamente che si tratta di norme imperative di *jus cogens* ⁽⁵²⁾.

Più recentemente, nel parere consultivo del 9 luglio 2004 relativo al **caso del muro costruito da Israele nei territori occupati**, la CIG, come già nella sua sentenza *Barcelona Traction*, ha insistito sulla particolare importanza degli “obblighi *erga omnes*” che sarebbero stati violati da Israele (diritto all’autodeterminazione del popolo palestinese, diritto internazionale umanitario definito ancora una volta quale “intrasgressibile”) ⁽⁵³⁾; “data la natura e l’importanza dei diritti e degli obblighi coinvolti”, precisò la Corte, [il che fa supporre che tale non sarebbe stata la sua posizione in caso di mancato rispetto delle regole “normali” o di “primo livello” del diritto internazionale] [essa] “è dell’avviso che tutti gli Stati abbiano l’obbligo di non riconoscere la situazione illecita derivante dalla costruzione del muro nei Territori palestinesi occupati” ⁽⁵⁴⁾. Inoltre, la Corte ha invitato tutti gli Stati così come anche l’ONU e i suoi organi ad assicurarsi che venissero rimossi gli ostacoli accertati e a fare in modo che Israele rispettasse il diritto del popolo palestinese all’autodeterminazione e il diritto internazionale umanitario contenuto nella Convenzione di Ginevra del 12 agosto 1949 sulla protezione delle persone civili in tempo di guerra ⁽⁵⁵⁾. Alla luce di questa giurisprudenza, è possibile chiedersi se la CIG non avesse inteso fare di tali obblighi *erga omnes* un esempio di *jus cogens*.

48. Tale ultimo interrogativo non ha più ragion d’essere a partire dalla sentenza della CIG del 3 febbraio 2006 nel **caso delle attività armate sul territorio del Congo**: in questa occasione la Corte non ha esitato a definire il divieto di genocidio quale “norma imperativa del diritto internazionale generale (*jus cogens*)” ⁽⁵⁶⁾, mentre non sembra proporre una distinzione diversa da quella semantica tra tale categoria di norme e “i diritti e gli obblighi *erga omnes*” ⁽⁵⁷⁾. Perciò, non sorprende che la CIG abbia mantenuto un siffatto approccio nella sentenza relativa all’*Applicazione della Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio* a seguito del

⁽⁴⁸⁾ CIG, Parere consultivo del 21 giugno 1971 sulle *Conseguenze giuridiche per gli Stati della continua presenza dell’Africa del Sud in Namibia (Sud-Ovest africano) nonostante la Ris. 276 (1970) del Consiglio di sicurezza*, punti 126-131.

⁽⁴⁹⁾ In *Rec.*, p. 269.

⁽⁵⁰⁾ In *Rec.*, 1980, punti 91 e 92.

⁽⁵¹⁾ Punto 79. Nostra traduzione.

⁽⁵²⁾ Punto 83. Nostra traduzione.

⁽⁵³⁾ Punti 156-157. Nostra traduzione.

⁽⁵⁴⁾ Punto 159. Nostra traduzione.

⁽⁵⁵⁾ Punti 159-160. Nostra traduzione.

⁽⁵⁶⁾ CIG, Rep. Dem. del Congo c. Uganda, *Affare delle attività armate sul territorio del Congo*, 3 febbraio 2006, punto 64.

⁽⁵⁷⁾ Punto 125.

contenzioso tra la Bosnia-Erzegovina e la Serbia ⁽⁵⁸⁾, o ancora nella sentenza precipitata, del 2012, circa l'*Obbligo di perseguire o estradare* (punto 99).

49. Un riconoscimento giurisprudenziale nell'ordinamento giuridico UE. — Nelle importanti e già citate sentenze *Kadi, Yusuf e Ayadi* del 2005 e 2006, anche il Tribunale di primo grado dell'Unione europea riconobbe l'esistenza dello *jus cogens* che definì, a giusto titolo, alla stregua di un "ordine pubblico internazionale... al quale non è possibile derogare" ⁽⁵⁹⁾. Constatando che queste disposizioni perentorie essenziali dello *jus cogens* "si imponevano a tutti, ivi compresa la Comunità [oggi l'Unione, *n.d.r.*]" ⁽⁶⁰⁾, il Tribunale ne trasse la conclusione secondo la quale è suo compito vigilare sul loro rispetto; nel caso di specie, in virtù di un ricorso per annullamento di un atto comunitario che attuava una Risoluzione vincolante del Consiglio di Sicurezza, il Tribunale ritenne che gli spettasse procedere "alla verifica del rispetto delle norme superiori del diritto internazionale appartenenti allo *jus cogens* e, in particolare, delle norme imperative che riguardano la tutela universale dei diritti dell'uomo" ⁽⁶¹⁾. In appello, la Grande Camera della Corte, senza respingere tale approccio, ha ritenuto inutile riferirvisi ⁽⁶²⁾.

50. Giurisprudenza dei tribunali penali internazionali ad hoc. — Il Tribunale di Norimberga, incaricato di giudicare taluni criminali di guerra nazisti, si dimostrò favorevole al riconoscimento di un *ordine pubblico internazionale*. A questo titolo, dichiarò contrario alla morale pubblica, e dunque nullo, un accordo tra la Germania e il Governo di Vichy che obbligava i prigionieri di guerra francesi a lavorare nelle fabbriche di armamenti tedeschi ⁽⁶³⁾.

Dal canto suo, il Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia non ha esitato ad utilizzare le espressioni "norme imperative o *jus cogens*" con riferimento al divieto di tortura, insistendo sul suo carattere superiore in rapporto ai trattati o alle consuetudini nella gerarchia delle fonti internazionali ⁽⁶⁴⁾.

51. Lo *jus cogens* regionale e la Corte EDU. — Sul piano giudiziario, alcuni tra i più interessanti sviluppi dello *jus cogens*, si trovano con riferimento all'applicazione della CEDU.

Infatti, a partire dal 1951, in una controversia tra l'Italia e l'Austria, la Commissione dei diritti umani ha descritto gli obblighi delle Parti contraenti come "essenzialmente di carattere obiettivo" con il risultato per cui una loro violazione comporta "una violazione dell'ordine pubblico dell'Europa" ⁽⁶⁵⁾. Anni dopo, in una sentenza del 4 marzo 1991, *Chrysostomos e altri c. Turchia*, la Corte EDU ha qualificato la CEDU alla stregua di uno "strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo" ⁽⁶⁶⁾. Ed ancora, nel caso *Loizidou c. Turchia* del 23 marzo 1995, la medesima Corte ha definito

⁽⁵⁸⁾ Sentenza del 26 febbraio 2007 e in particolare il punto 161.

⁽⁵⁹⁾ In *Kadi*, punto 226.

⁽⁶⁰⁾ *Ivi*, punto 230.

⁽⁶¹⁾ *Ivi*, punto 231.

⁽⁶²⁾ Corte di giustizia, 3 settembre 2008, Cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, in *Racc.*, 2008, I-06351, punto 329.

⁽⁶³⁾ V. il caso *Krupp*, n. 58, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. X, London, 1949, p. 141.

⁽⁶⁴⁾ ICTY, Causa IT-95-17/1, sentenza della Camera di prima istanza del 10 dicembre 1998 nel caso *Furundzija*, par. 153. Testo in *ILM*, 1999, p. 317.

⁽⁶⁵⁾ V. il sito internet della Corte EDU.

⁽⁶⁶⁾ *RUDH*, 1991, p. 200.

la CEDU come “lo strumento dell’ordine pubblico europeo per la protezione degli esseri umani” ⁽⁶⁷⁾.

Anche nel caso *Al-Adsani c. Regno Unito*, deciso con sentenza del 21 novembre 2001, la Corte EDU ha indicato che tale divieto “[aveva] ormai valore di norma imperativa, vale a dire di *jus cogens*” ⁽⁶⁸⁾.

In breve, e in altre parole, la CEDU si configura alla stregua di uno *jus cogens* regionale-europeo, in materia di tutela internazionale dei diritti dell’uomo.

52. Lo *jus cogens* regionale e la Corte interamericana dei diritti dell’uomo. —

Anche la Corte interamericana dei diritti dell’uomo ha fatto riferimento allo *jus cogens* come si evidenzia nel suo parere consultivo del 17 settembre 2003 — reso su richiesta del Messico — circa lo statuto giuridico e i diritti dei migranti senza permesso di soggiorno ⁽⁶⁹⁾. Nel suo parere, la Corte ha osservato che il principio fondamentale dell’uguaglianza e della non discriminazione riveste carattere obbligatorio e si impone a tutti gli Stati, indipendentemente da qualsivoglia circostanza o altra considerazione, quale lo statuto di migrante. La Corte ha pertanto concluso che ciascuno Stato è tenuto a rispettare e garantire i diritti sociali individuali di tutti i lavoratori, compresi quelli dei migranti senza permesso di soggiorno. Successivamente, la Corte ha indicato come appartenenti allo *jus cogens* le norme che proibiscono la tortura ⁽⁷⁰⁾, quelle sull’accesso alla giustizia e contro le sparizioni forzate. Nel caso *La Cantuta c. Perù*, del 29 novembre 2006, la Corte interamericana ha espressamente indicato che “il divieto della sparizione forzata di persone e il corrispondente obbligo di investigare e punire i responsabili è diventato *jus cogens*” ⁽⁷¹⁾.

iii. L’uso della forza armata per il rispetto dello *jus cogens*

53. I recenti interventi umanitari. — Il nuovo corso dello *jus cogens* è descritto nella Ris. n. 688 del 5 aprile 1991 adottata dal Consiglio di Sicurezza dell’ONU in forza del Capo VII della Carta per proteggere le popolazioni curde dell’Iraq. Al riguardo, il Ministro degli Affari esteri francese dell’epoca ha sottolineato la portata innovatrice di detta Risoluzione che, secondo lui, prefigura un vero e proprio “diritto d’intervento umanitario in caso di violazioni massicce dei diritti dell’uomo” ⁽⁷²⁾.

In effetti, sempre in base al Capo VII, il Consiglio di Sicurezza ha autorizzato “tutti gli Stati membri che accettano di cooperare” (secondo la formula consacrata) a utilizzare “all necessary means” (dunque compresa la forza armata) per assicurare un aiuto umanitario alla Bosnia-Erzegovina ⁽⁷³⁾, alla Somalia ⁽⁷⁴⁾, ad Haiti per assicurare il ritorno alla democrazia riportando al potere un Presidente vittima di un colpo di Stato ⁽⁷⁵⁾, poi in Rwanda per motivi umanitari ⁽⁷⁶⁾, in Albania per le medesime

⁽⁶⁷⁾ Punti 75 e 93.

⁽⁶⁸⁾ Punto 26.

⁽⁶⁹⁾ OC-18/03, v. il sito della Corte www.corte.idh.or.cr.

⁽⁷⁰⁾ V. tra gli altri *Bayarri c. Argentina*, 30 ottobre 2008, Ser. C, n. 187, punto 187.

⁽⁷¹⁾ Punto 157.

⁽⁷²⁾ Risposta n. 42.509, in *J.O. AN*, 8 luglio 1991, p. 2686.

⁽⁷³⁾ Ris. n. 770 del 13 agosto 1992.

⁽⁷⁴⁾ Ris. n. 794 del 3 dicembre 1992.

⁽⁷⁵⁾ Ris. n. 841 del 16 giugno 1993.

⁽⁷⁶⁾ Ris. n. 940 del 31 luglio 1994.

ragioni ⁽⁷⁷⁾ ed in Kosovo nel 1998 dove le Ris. n. 1160 e 1199 minacciò un intervento militare se non vi fosse stata una adeguata protezione della popolazione di etnia albanese. Si aggiunga altresì la creazione nel 1993 e nel 1994 — sempre in base al Capo VII della Carta dell'ONU— dei *tribunali penali internazionali* per giudicare le violazioni del diritto umanitario commesse nell'ex Jugoslavia e Rwanda.

Qualche tempo dopo, nelle sue Ris. n. 1814 e 1816 del 15 maggio e 2 giugno 2008, il Consiglio di Sicurezza ha autorizzato “tutti gli Stati interessati” ad utilizzare “all necessary means” per reprimere gli atti di pirateria e le rapine a mano armata commessi contro le navi al largo delle coste della Somalia.

Poi, tramite la celebre Ris. n. 1973 del 17 marzo 2011, il Consiglio di Sicurezza ha autorizzato “tutte le misure necessarie” per far rispettare il divieto di volo che era stato deciso con l'obiettivo di “proteggere i civili” in Libia contro gli “attacchi sistematici e generalizzati” di cui erano vittime da parte del regime del colonnello Gheddafi. E gli esempi si potrebbero moltiplicare fino ai nostri giorni.

54. Uno stravolgimento dei fondamenti classici del diritto internazionale. — Gli sviluppi recenti della prassi a cui abbiamo appena fatto riferimento evidenziano quanto sia divenuto sottile il confine tra una violazione di alcune regole fondamentali della Comunità internazionale e una “minaccia al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale” di cui al Capo VII della Carta dell'ONU. Di qui, la reazione della Comunità internazionale che può arrivare fino all'intervento militare collettivo per porvi fine. Le regole violate (genocidio, violazione del diritto internazionale umanitario, crimini contro l'umanità) debbono entrare chiaramente nella categoria delle norme di *jus cogens*, anche se questa espressione viene raramente formalizzata nei documenti ufficiali.

Così, in dottrina, taluni hanno sostenuto che ormai esiste un *diritto*, se non un *dovere* di ingerenza della Comunità internazionale negli affari interni di uno Stato qualora nel territorio di quest'ultimo si verificassero delle violazioni gravi e sistematiche di norme fondamentali (quelle di *jus cogens*?) del diritto internazionale ⁽⁷⁸⁾.

Il paradosso è però quello per cui, per questa via, si arriva a stravolgere la sovranità dello Stato territoriale (quelli meno potenti?) violando, nel contempo, il fondamentale divieto dell'uso della forza armata per la soluzione delle controversie internazionali ⁽⁷⁹⁾. Certo, ammettere che si possa derogare a tali principi ***in nome della difesa dei diritti umani e delle libertà fondamentali*** è una preoccupazione lodevole anche se la crisi siriana di questi ultimi anni o quella in Myanmar dimostra la relatività di tali concetti e la cautela con cui affermare che la finalità primaria della società internazionale consiste nel rispetto dei diritti dell'uomo giustificando così dei bombardamenti a spese della popolazione civile.

Manca, infatti, un effettivo consenso universale ricollegabile ad un sostrato culturale comune tra le genti del nostro pianeta sulla nozione e sul catalogo dei “diritti umani”, per non parlare del loro esatto contenuto e della loro estensione (in Occidente sempre più ampia e dunque sempre più tenue). Pertanto, la prospettiva sopra indicata presta il fianco ad alcune critiche e prefigura dei possibili abusi. Sono i diritti umani una nuova religione laica che alcuni Stati occidentali debbano imporre —

⁽⁷⁷⁾ Ris. n. 1101 del 28 marzo 1997.

⁽⁷⁸⁾ V. M. BETTATI, B. KOUCHNER, *Le devoir d'ingérence*, Paris, Denoël, 1987, e, in forma più attenuata, M. BETTATI, “Un droit d'ingérence?”, in *RGDIP*, 1991, p. 639.

⁽⁷⁹⁾ V. *infra*, capitolo XX.

all'occorrenza con la forza bellica — agli altri Stati con il risultato di eliminare ogni altra e diversa religione già esistente sulla terra? O piuttosto si prefigura un diritto in capo agli Stati più forti di imporre — se necessario con la forza — un certo ordine culturale, politico, sociale ed economico internazionale? Purtroppo, la storia del diritto internazionale non induce all'ottimismo. Infatti, molte preoccupazioni "altrui-ste", sono state spesso invocate in passato per giustificare persino la *colonizzazione* in nome della "missione di civilizzazione" dei Paesi "occidentali".

Sezione II

LA LEGALITÀ INTERNAZIONALE:

NASCITA E SVILUPPO PROGRESSIVO DI UNA GERARCHIA DELLE FONTI

55. Premessa. — Fermo restando quanto si è detto nella sezione precedente, si deve presumere che le tre principali fonti del diritto internazionale indicate all'art. 38 dello Statuto della CIG (trattati, consuetudini e principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili su cui diremo diffusamente nei capitoli successivi) possiedano *tutte lo stesso rango* ⁽⁸⁰⁾. Senonché, è possibile osservare che le eventuali antinomie possono essere risolte attraverso degli appositi principi. I criteri sono quattro: quello cronologico, quello della specialità, quello della competenza e quello gerarchico.

- Il criterio **cronologico** (*lex posterior derogat priori*) comporta l'abrogazione della norma anteriore ad opera della successiva di pari grado.

- Il criterio della **specialità** (*lex specialis derogat generali*), tra fonti di pari grado privilegia l'applicazione della norma speciale o particolare rispetto a quella più generale. Così, un trattato costituisce *lex specialis* tra le Parti contraenti rispetto ad una consuetudine internazionale generale.

- Il criterio della **competenza**, consente di strutturare i soggetti del diritto internazionale (v. Cap. I e *infra* Cap. XV) e dunque di ricollegare le norme emanate da ciascuno di essi secondo l'ampiezza delle competenze possedute.

- Il criterio **gerarchico**, (*lex superior inferiori derogat*), invece, comporta la prevalenza della norma di grado superiore su quella inferiore, anche quando quest'ultima sia cronologicamente posteriore. Ma tale ultimo criterio funziona poco nell'ordinamento internazionale e abbiamo già visto (*supra*, Sez. I di questo capitolo) che ogni "verticalizzazione" del sistema va considerata a titolo eccezionale (v. ad es. il caso dello *jus cogens*).

Senonché, una diversa manifestazione (e soluzione) del criterio gerarchico può verificarsi quando le *norme di un trattato a portata universale* prevalgono sulle *norme pattizie ad applicazione internazionale-regionale* (§1). A propria volta, le norme di trattati ad ambito di applicazione internazionale-regionale possono prevalere sulle norme dei *trattati bilaterali* (§2).

Per altro verso, si distingue tra norme appartenenti al "diritto originario" (o, appunto, "primario") e norme di "diritto derivato" (c.d. *fonti previste da accordi*) come avviene in materia di Unione europea ed altre organizzazioni internazionali (§3).

⁽⁸⁰⁾ In arg. cfr. ad es. R. QUADRI, "Cours général de droit international public", in *RCADI*, 1964, v. 113, p. 343 s.; Th. MERON, "International law in the age of human rights: general course on public international law", in *RCADI*, 2003, v. 301, p. 373; *Brownlie's Principles of Public International Law*, a cura di J. CRAWFORD, cit., p. 22 ss.; N. RONZITTI, *Diritto internazionale*, 7 ed. cit., p. 193 ss.; C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, cit., p. 479 ss. e riferimenti *ivi* cit.; E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, 5 ed., cit., p. 223 ss.; U. LEANZA, I. CARACCILO, *Il diritto internazionale...*, 4 ed., cit., p. 174 ss.

§ 1. — *La superiorità del diritto universale sul diritto regionale*

56. “Riconoscimento reciproco”. — In linea di principio, i trattati internazionali a portata universale e quelli ad ambito di applicazione internazionale-regionale hanno uno stesso fondamento: la volontà degli Stati. È così, per esempio, che **gli artt. 52 e 53 della Carta ONU** “legittimano” gli *accordi regionali* destinati a mantenere la pace e la sicurezza internazionale in una parte ben determinata del mondo: in tal caso, il diritto universale rinvia al diritto regionale. Ma l’inverso è ugualmente vero e i patti regionali di natura politica o di difesa fanno il più delle volte riferimento alle disposizioni della Carta ONU alle quali essi intendono conformarsi (caso del Patto atlantico del 1949, delle Carte OAS o OUA). Nella stessa ottica, va compresa la prassi giurisprudenziale della Corte di Giustizia UE, la quale si è talvolta riferita alle regole del diritto internazionale generale per risolvere un problema puramente “comunitario” ⁽⁸¹⁾. Ed ancora, innumerevoli atti di organizzazioni internazionali (“codici” dell’OCSE sulla liberalizzazione dei pagamenti e dei movimenti di capitale ad es.) e trattati bilaterali che consacrano il principio di non discriminazione economica prevedono tradizionalmente un’eccezione nel caso di formazione di una integrazione economica regionale (unione doganale, zona di libero scambio, zona monetaria...) ⁽⁸²⁾.

57. Rapporti. — Il diritto universale serve da quadro di riferimento al diritto regionale (1) e si tratta di un riferimento *a minima* che, a volte, resiste al principio di specialità in diritto internazionale (2).

1. — *La subordinazione del diritto regionale al diritto universale*

58. — Alcuni autori contestano la possibilità di una subordinazione del *diritto internazionale pattizio regionale* al *diritto pattizio universale*, ritenendo che il primo non debba piegarsi al secondo trattandosi di *lex specialis*. Sul piano della logica giuridica è, tuttavia, altrettanto chiaro che le norme applicabili all’intera Comunità internazionale non possano essere contraddette a livello regionale se non a scapito della loro universalità e, conseguentemente, della loro stessa esistenza.

Pertanto, è possibile isolare alcune fattispecie in cui *il diritto regionale non può derogare, nemmeno a titolo di lex specialis, il diritto universale*:

a) *Convenzioni universali (o di portata universale) che impediscono l’abrogazione o la modifica delle proprie disposizioni da parte di accordi particolari*

59. — A tale proposito, è opportuno indicare alcuni esempi:

— la formula dapprima dell’art. 20 del Patto della SDN e poi dell’art. 103 della Carta ONU. Gli obblighi contratti dagli Stati in virtù della Carta prevalgono su tutti gli altri impegni convenzionali contrari.

— L’art. 96 dell’Atto finale della conferenza di Bruxelles del 1896 relativo al commercio di schiavi in Africa comportava l’abrogazione di “tutte le convenzioni contrarie anteriormente concluse tra le Potenze firmatarie”.

⁽⁸¹⁾ Così nella causa C-7/71 del 14 dicembre 1971, in *Rec.*, 1971, p. 1003, dove la Corte affermò che la caducità delle disposizioni del Trattato non si può presumere.

⁽⁸²⁾ L. DUBOIS, “Les rapports du droit régional et du droit universel”, in “Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain, Colloque”, in *SFDI*, 1976, pp. 263 e ss.

— L'art. 82 della Convenzione di Chicago del 1944 relativa all'aviazione civile internazionale dispone che tutte le convenzioni contrarie anteriormente concluse tra le Parti contraenti sono abrogate e gli Stati si impegnano inoltre a non concludere, in futuro, convenzioni contenenti disposizioni incompatibili con essa (art. 83).

— Le disposizioni dello statuto della CIG relative alla funzione giudiziaria della Corte possono essere considerate come aventi carattere di “ordine pubblico”. È quanto sostenne la CPGI nel caso delle *zone franche della Alta Savoia e del Paese di Gex*, negando effetto a certe disposizioni del compromesso franco-svizzero che attribuivano alla Corte competenza a risolvere la controversia, laddove si chiedeva alla Corte di allontanarsi dagli obblighi relativi alla sua funzione giudiziaria (83).

b) Convenzioni che fondano un diritto di reclamo in un'istanza o procedura internazionale

60. — Un certo numero di convenzioni internazionali multilaterali a portata universale accordano speciali diritti agli Stati membri o alle parti, a cui le parti non possono rinunciare. La ragione è che tali diritti o prerogative vengono attribuiti non solo in funzione della tutela di interessi statali, *ma soprattutto in funzione della protezione degli interessi della comunità internazionale e del suo ordinamento giuridico.*

Ci riferiamo, ad esempio, al *diritto di intervento* degli Stati in caso di contenzioso davanti alla CIG (art. 62 dello Statuto CIG); del diritto di ciascuno Stato membro dell'OIL di depositare *un reclamo* in caso di violazione di una convenzione internazionale del lavoro da parte di un altro Stato (art. 26) o, un tempo, del diritto di ogni Stato membro della SdN di adire la CPGI in caso di controversia con una potenza “mandataria” circa il modo in cui quest'ultima ottemperava ai suoi obblighi internazionali (84).

c) Convenzioni a vocazione universale che fondano il regime giuridico di OIG regionali

61. — Altri esempi si rinvencono in materia di diritto internazionale dell'economia. Così il GATT, un accordo a portata universale — oggi assorbito entro l'Organizzazione mondiale del commercio (OMC/WTO) — fonda tramite il suo articolo XXIV il regime giuridico delle *integrazioni economiche regionali*. Così, i Membri dell'OMC/WTO che volessero costituire tra loro un'area di integrazione economica regionale sono tenuti al rispetto di obblighi stringenti sotto il controllo dell'OMC/WTO. Innanzitutto, gli Stati possono scegliere solo due forme di integrazione: le zone di libero scambio e le unioni doganali. Inoltre, devono rispettare alcuni obblighi di procedura e, soprattutto, alcune condizioni di merito affinché i loro progetti siano considerati “leciti” e possano ricevere l'approvazione dell'OMC/WTO (85).

d) jus cogens

62. — Secondo la CIG, esistono delle regole particolarmente “importanti” del diritto internazionale “generale” — a carattere pattizio o consuetudinario — che si

(83) CPGI, 7 giugno 1932, Sér. A/B, n°46, 1932, pp. 160-161.

(84) V. art. 7 del mandato conferito al Sud Africa sul Sud-Ovest africano nel 1921.

(85) Per ulteriori dettagli, v. D. CARREAU, P. JUILLARD, R. BISMUTH, A. HAMANN, *Droit international économique*, 6 ed., cit., p. 267 ss.

impongono agli Stati, pur *non* trattandosi di “norme imperative” (*jus cogens*). La Corte ne ha fatto riferimento nel **caso della Piattaforma continentale del mare del Nord** del 1969, con queste parole: “nel caso delle norme e degli obblighi di diritto generale o consuetudinario che per natura devono applicarsi in condizioni eguali a tutti gli Stati membri della comunità internazionale [esse] non possono dunque essere subordinate ad un diritto di esclusione esercitato unilateralmente e per volontà da qualsivoglia membro della comunità internazionale a proprio vantaggio” ⁽⁸⁶⁾. Per quanto ancora imprecisate, si tratterebbe di regole “importanti” che hanno in comune con lo *jus cogens* la circostanza di *non* poter essere oggetto di deroghe specifiche o di tipo internazionale-regionale.

2. — Il diritto universale come quadro di riferimento *minimo* del diritto internazionale regionale

63. Possibilità per il diritto regionale di essere più esigente. — *Il diritto regionale ha sempre la possibilità di andare “oltre” il diritto universale adottando delle soluzioni più stringenti per i suoi soggetti.* Esiste infatti tra questi ultimi una comunanza di interessi più significativa, una rete di solidarietà più stretta che può condurre all’adozione di regole di comportamento più specifiche. In tali circostanze, su un piano qualitativo, il diritto regionale apparirà “superiore” al diritto universale. Va altresì considerato che, se si tratta di trattati universali che conferiscono dei diritti soggettivi a degli individui (come i Patti sui diritti umani del 1966), la possibilità di ottenere un trattamento ancor più favorevole mediante convenzioni particolari presenta dei vantaggi certi per i soggetti privati. Al proposito, basti riferirsi alla CEDU ed ai suoi peculiari meccanismi di controllo che si rivelano ben più efficaci ed effettivi dei diversi (e generali) Patti ONU sui diritti civili e politici, nonché sui diritti economici, sociali e culturali ⁽⁸⁷⁾.

64. Esempi. — È possibile citare in questa sede un certo numero di esempi caratteristici dell’eventuale *maggior approfondimento* del diritto regionale in rapporto al diritto universale.

— La Convenzione di Berna del 1886 relativa alla proprietà letteraria ed artistica riconosce alle Parti contraenti il diritto di concludere accordi particolari ma soltanto nella misura in cui questi conferiscano agli autori di opere letterarie dei “diritti più estesi” (art. 20).

— La Convenzione postale universale del 1920 segue il medesimo approccio. Le Parti contraenti hanno ogni libertà di concludere degli accordi specifici bilaterali o regionali, purché ne risulti un miglioramento delle relazioni postali o una riduzione delle tasse (art. 23).

— È chiaro, allo stesso modo, che nulla impedisce agli Stati che hanno istituito una integrazione economica regionale “valida”, in base all’articolo XXIV del GATT/OMC, di andare “oltre” gli obblighi minimi e di costituire, ad esempio, una “unione economica”. L’esperienza dell’Unione europea lo dimostra.

65. — È possibile citare anche degli esempi di rapporti di specialità tra norme di un’integrazione regionale e una sub-integrazione regionale. Così, ad esempio, un’area

⁽⁸⁶⁾ In *Rec.*, 1969, par. 63.

⁽⁸⁷⁾ V. *infra*, capitolo XVI.

d'integrazione infra-regionale come il Gruppo andino deve rispettare la cornice normativa posta dall'Associazione latino-americana del libero commercio (ALALC), istituita nel 1960 dal Trattato di Montevideo⁽⁸⁸⁾, che è una zona di libero scambio. E analoghe considerazioni valgono ai sensi dell'art. 3 della carta costitutiva dell'Organizzazione dei Paesi esportatori di petrolio (meglio conosciuta con l'acronimo OPEC).

In breve, in questo tipo di rapporti, tra diritto universale e regionale ci si muove dal livello "meno" vincolante a quello "più" vincolante e non viceversa. Così, logica e giustizia portano alla "superiorità" del diritto universale sul diritto regionale in quanto è il primo che limita il secondo.

§ 2. — La superiorità del diritto internazionale regionale sul diritto internazionale bilaterale

66. — Anche il diritto internazionale-regionale può prevalere sul diritto internazionale bilaterale. *Tale superiorità viene spesso affermata da un accordo regionale.* Essa è altresì espressamente riconosciuta con una certa frequenza dagli accordi bilaterali tra Stati.

1. — La superiorità affermata dall'accordo regionale: l'esempio della CEE/UE

67. — Il Trattato di Roma del 1957, ed oggi il TFUE, distingue due tipi di situazioni a seconda che un trattato "particolare" — nella maggior parte dei casi bilaterali — sia stato concluso *tra Stati membri* o *tra Stati membri e Stati terzi*.

a) I trattati conclusi tra Stati membri della CEE/UE (Trattati intra-UE)

68. — In linea di principio i trattati conclusi tra Stati Membri UE sono validi ed efficaci fintantoché non siano in contrasto con i trattati istitutivi dapprima della Comunità ed oggi della UE (art. 233 CEE, oggi art. 351 TFUE). In caso di controversia, sarà competente la Corte di giustizia dell'Unione europea (art. 344 TFUE).

Così, **ad esempio**, nel celebre **caso Mox** la Corte di giustizia difese le proprie prerogative con grande fermezza⁽⁸⁹⁾: essa affermò che l'Irlanda non poteva ricorrere all'arbitrato contro un altro Stato membro UE — nel caso di specie la Gran Bretagna — ai fini dell'interpretazione della UNCLOS di cui la Comunità (ed oggi la UE) era parte. La Corte ricordò che la propria competenza era in tal caso "esclusiva" al fine di assicurare che un accordo internazionale non "[possa] pregiudicare il sistema delle competenze definito dai Trattati e, di conseguenza, l'autonomia dell'ordinamento giuridico comunitario" di cui essa era chiamata ad assicurare il rispetto a norma dell'art. 220 CE (oggi art. 19 TUE). Ancora, il 6 marzo 2018, nel **caso Achmea**⁽⁹⁰⁾, la Corte di giustizia ha rilevato che "gli artt. 267 e 344 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano ad una norma contenuta in un *accordo internazionale concluso tra gli Stati membri*, come l'art. 8 dell'Accordo per la promozione e la tutela reciproca degli investimenti tra il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica federale Ceca e Slovacca, in forza della quale un investitore di uno di detti Stati membri, in caso di controversia riguardante gli

⁽⁸⁸⁾ F. V. GARCIA-AMADOR, "Some Legal Aspects of the Andean Economic Integration", in *Essays in Tribute to W. Friedmann*, The Hague, 1979, spec. pp. 104-108.

⁽⁸⁹⁾ Corte di giustizia, 30 maggio 2006, causa C-459/03, in *Racc.* 2006, p. 4721.

⁽⁹⁰⁾ Corte di giustizia, 6 marzo 2018, causa C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, in massima.

investimenti nell'altro Stato membro, può avviare un procedimento contro tale ultimo Stato membro dinanzi ad un collegio arbitrale, la cui competenza detto Stato membro si è impegnato ad accettare”.

Si riscontra dunque un fenomeno analogo a quanto precedentemente visto: *un accordo particolare tra due o più Stati membri* della UE resta *valido ed efficace* nella misura in cui si riveli *più vincolante rispetto al diritto dell'Unione*. Se va “oltre”, non comporterà alcuna conseguenza nefasta sulla costruzione dell'Unione: fu così in passato anche per l'integrazione economica più spinta realizzata tra i tre Paesi del Benelux, senza parlare dell'Unione economica e monetaria totale istituita tra il Belgio e il Lussemburgo.

Del resto, non stupisce affatto che il diritto dell'Unione europea conosca la c.d. *cooperazione rafforzata* (art. 20 TUE ed artt. 326-334 TFUE) cioè la facoltà per gli Stati membri UE di perseguire alcune politiche comuni attraverso specifici impegni di diritto pattizio anche in *assenza* di una volontà condivisa da parte di *tutti* gli Stati membri dell'Unione. Si spiega così anche il c.d. “Spazio Schengen” o ancora la “zona Euro” nell'ambito del dibattito e delle realizzazioni della c.d. “*Europa a più velocità*”.

b) I trattati conclusi tra Stati membri e Stati terzi (trattati extra-UE)

Per quanto riguarda i trattati conclusi tra *Stati membri della UE e Stati terzi* si possono prospettare due soluzioni che variano a seconda che un trattato sia stato stipulato *prima* (i) o *dopo* (ii) l'entrata in vigore dei trattati comunitari/dell'Unione.

i. I trattati conclusi prima dell'entrata in vigore del Trattato di Roma istitutivo della CEE

69. — Il principio posto dal Trattato di Roma del 1957 è quello della piena validità delle convenzioni anteriori (art. 234 CEE, par. 1, oggi art. 351 TFUE). La ragione è semplice: la forza vincolante dei trattati. La Corte di giustizia non ha avuto alcuna difficoltà a riconoscere la sopravvivenza degli accordi internazionali “anteriori” all'adesione alla CEE/UE di uno Stato membro ed il carattere obbligatorio di quegli accordi ⁽⁹¹⁾.

Senonché, in caso di *incompatibilità* tra norme dell'Unione e convenzioni internazionali extra-UE anteriormente concluse, è necessario distinguere due casi.

Se si tratta di *obblighi* che incombono su uno o più Stati membri dell'Unione, essi devono essere rispettati poiché corrispondono a dei diritti internazionalmente quesiti di cui godono uno o più Stati terzi, diritti che non possono essere unilateralmente modificati ⁽⁹²⁾.

Se, al contrario, si tratta di *diritti* di cui beneficiano uno o più Stati membri dell'Unione, questi ultimi possono vantarli solo nella misura in cui la loro attuazione non si riveli contraria agli obblighi derivanti dai trattati UE ⁽⁹³⁾.

Senza dubbio, la soluzione più semplice di tali possibili antinomie è la *rinegoziazione* dei trattati contrari agli obblighi UE da parte degli Stati membri interessati. Ciò

⁽⁹¹⁾ V. ancora il caso *International Fruit*, già citato. In dottrina v. spec. A. GIARDINA, *Comunità europee e stati terzi*, Napoli, Jovene, 1964.

⁽⁹²⁾ V., in tal senso, la sentenza della Corte di giustizia UE nel caso *Budějovický Budvar c. Rudolf Ammersin GmbH*, sentenza del 18 novembre 2003, causa C-216/01, in *Racc.* 2003, p. 3701. In arg. cfr. S. SALUZZO, *Accordi internazionali degli Stati membri dell'UE e Stati terzi*, Milano, Ledipub, 2018.

⁽⁹³⁾ Corte di giustizia, 27 febbraio 1962, causa C-10/61, in *Racc.*, 1962, p. 22.

veniva espressamente previsto nel Trattato di Roma (art. 234, par. 2, ed ora all'art. 351 TFUE), ma è inutile precisare che la rinegoziazione richiede la cooperazione degli Stati terzi e il loro consenso.

70. — Al riguardo, la Corte di giustizia ha deciso che alcuni accordi bilaterali in materia di investimenti conclusi tanto dall'Austria quanto dalla Svezia con Stati terzi, prima della loro adesione alla Comunità/Unione europea, erano potenzialmente incompatibili con il diritto UE e tali da pregiudicare la libertà di circolazione di capitali⁽⁹⁴⁾. Conseguentemente, secondo la Corte, gli Stati membri interessati devono porre fine a tale contrarietà "ipotetica" a seguito di appropriati negoziati con le rispettive Parti contraenti⁽⁹⁵⁾.

ii. Gli accordi conclusi *dopo* l'entrata in vigore dei trattati comunitari e dell'Unione europea

71. — Se uno Stato membro della UE conclude un accordo bilaterale con uno Stato terzo e tale accordo si rivela incompatibile con il diritto UE, tale accordo diviene *inopponibile* rispetto all'Unione che quindi non risulta in alcun modo vincolata da esso. Così, nel marzo 1998, la Commissione decise di *aprire delle procedure di infrazione* nei confronti di alcuni Stati membri (Austria, Belgio, Danimarca, Germania, Lussemburgo, Regno Unito e Svezia) che avevano concluso degli accordi bilaterali con gli Stati Uniti di tipo "open skies". La Corte di giustizia accolse la tesi della Commissione nelle sentenze rese il 5 novembre 2002⁽⁹⁶⁾.

72. — Esistono però delle precauzioni per evitare simili situazioni di antinomia. È così, ad esempio, che esiste una *procedura d'informazione preventiva* che può sfociare in un ricorso alla Corte di giustizia in caso di compatibilità dubbia tra un trattato internazionale "particolare" e gli obblighi derivanti dall'appartenenza alla UE. Questa procedura è stata utilizzata al momento della firma da parte dei Paesi membri della CEE del Trattato di non proliferazione nucleare del 1° giugno 1968: qui, le competenze comunitarie (oggi della UE) sono state fatte salve espressamente dai Paesi firmatari che, inoltre, hanno preteso la conclusione di un accordo ulteriore tra l'Euratom e l'Agenzia internazionale per l'energia atomica (IAEA) di Vienna — accordo che è stato raggiunto nell'aprile del 1973.

73. — In seguito, la Corte di giustizia fu chiamata a pronunciarsi sul progetto di accordo che creava lo Spazio economico europeo tra la Comunità europea e i Paesi dell'Associazione europea di libero scambio. In un primo parere, essa rilevò l'incom-

⁽⁹⁴⁾ Corte di giustizia, causa C-205/06 e 249/06, in *Racc.*, 2009, p. 1335.

⁽⁹⁵⁾ Su questo tipo di conflitto v. P. JUILLARD, "A propos des accord bilatéraux d'investissement conclu entre Etats membres et pays tiers", in *Mélanges Ph. Manin*, Paris, Pedone, 2010, p. 445; cfr. F. MARRELLA, "Unione europea ed investimenti diretti esteri", in SIDI, *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht: verso nuove regole*, a cura di S. M. CARBONE, Napoli, Editoriale scientifica, vol. XVII, pp. 107-140, nonché F. MUNARI, C. CELLERINO, "General Principles Of Eu Law and International Investment Arbitration", in *Diritto del commercio internazionale*, 2016, p. 115; D. GALLO, "Portata, estensione e limiti del nuovo sistema di risoluzione delle controversie in materia d'investimenti nei recenti accordi sul libero scambio dell'unione europea", *ivi*, 2016, p. 827 ss.

⁽⁹⁶⁾ Corte di giustizia, 5 novembre 2002, cause riunite C-467/98, 468/98, 471/98, 472/98, 475/98, 476/98, in *Racc.*, 2002, I-9519, 9681, 9741, 9797, 9855.

patibilità tra il Trattato di Roma del 1957 e il progetto di accordo ⁽⁹⁷⁾; pertanto, quest'ultimo fu rinegoziato nel senso indicato dalla Corte, la quale rese allora un secondo parere, di compatibilità ⁽⁹⁸⁾.

Nel **parere n. 1/94**, del 15 novembre 1994, sulla *Competenza della Comunità europea a concludere gli accordi derivanti dall'Uruguay round*, la Corte di giustizia seguì un ragionamento analogo: se da un lato concluse che la Comunità aveva una *competenza esclusiva* per quanto riguarda le merci, dall'altro lato riconobbe l'esistenza di una **competenza concorrente** con gli Stati membri per quanto concerne i *servizi* o la *proprietà intellettuale* ⁽⁹⁹⁾. Seguendo il medesimo approccio, la Corte ha concluso che l'Unione non dispone della competenza per aderire alla CEDU ⁽¹⁰⁰⁾. Ciò che è stato ribadito tramite un nuovo parere, il n. **2/13** reso il 18 dicembre 2014 ⁽¹⁰¹⁾.

Inoltre, è opportuno sottolineare che la competenza “esterna” della UE è “esclusiva” e precisa solo in certi settori — ad es. l'ambito “commerciale” e “tariffario” (art. 207 TFUE) — avendo la Corte di giustizia interpretato ampiamente tale nozione in diverse sentenze e pareri recenti. Così, nel parere n. **2/15** del 16 maggio 2017 ⁽¹⁰²⁾, la Corte di Giustizia ha precisato che l'accordo di libero scambio tra l'UE e Singapore doveva essere concluso esclusivamente in forma “congiunta” dall'Unione e gli Stati membri. Ciò in quanto l'accordo in questione comprendeva materie che esulavano dalle competenze esclusive relative alla politica commerciale comune UE: si trattava degli investimenti esteri diversi da quelli diretti (investimenti “di portafoglio”) ed il regime di risoluzione delle controversie tra investitori e Stati.

Infine, la Corte di giustizia con **parere n. 1/17** del 30 aprile 2019 ha ulteriormente precisato il “dominio riservato” dell'Unione indicando, a proposito del CETA, l'accordo commerciale col Canada, che “una giurisdizionalizzazione della soluzione delle controversie tra gli investitori e gli Stati mediante la creazione di un tribunale e di un tribunale d'appello del CETA e, nel lungo termine, di un tribunale multilaterale degli investimenti, può essere compatibile con il diritto dell'Unione solo a condizione di non ledere l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione...Quest'autonomia, che esiste nei confronti sia del diritto degli Stati membri, sia del diritto internazionale, deriva dalle caratteristiche essenziali dell'Unione e del suo diritto. Quest'ultimo si caratterizza, infatti, per la circostanza di essere il prodotto di una fonte autonoma, costituita dai Trattati, per il suo primato sui diritti degli Stati membri nonché per l'efficacia diretta di tutta una serie di disposizioni applicabili ai loro cittadini e agli stessi Stati membri. Tali caratteristiche hanno dato origine a una rete strutturata di principi, di norme e di rapporti giuridici mutualmente interdipendenti, che vincolano reciprocamente l'Unione stessa e i suoi Stati membri, nonché questi ultimi tra di loro” (punti 108-109).

⁽⁹⁷⁾ Parere del 14 dicembre 1991, 1/92, in *Racc.*, 1992, I-6079.

⁽⁹⁸⁾ Parere del 10 aprile 1992, 1/92, in *Racc.*, 1992, I-2821. V. J. BOULOUIS, “Les avis de la Cour de Justice des Communautés sur la compatibilité avec le traité CEE du projet d'accord créant l'Espace économique européen”, in *RTDE*, 1992, p. 457 ss.

⁽⁹⁹⁾ In *Racc.* 1994, I-5267.

⁽¹⁰⁰⁾ Parere n. 2/94 del 28 marzo 1996, in *Racc.* 1996, I-1759. In arg. v. C. ZANGHÌ, “La mancata adesione dell'Unione europea alla CEDU nel parere negativo della Corte di giustizia UE” in *Studi sull'int. eur.*, 2015, p. 33-63.

⁽¹⁰¹⁾ Parere 2/13, del 18 dicembre 2014, in <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160882&doclang=IT>.

⁽¹⁰²⁾ Parere n. 2/15, 16 maggio 2017, EU:C:2016:992.

2. — La subordinazione dell'accordo bilaterale: l'esempio dei trattati in materia economica

74. — Sempre più spesso, gli Stati inseriscono, in *trattati economici bilaterali*, la clausola della Nazione più favorita e delle **clausole di compatibilità** (o di *subordinazione*) che dispongono di non precludere il diritto delle Parti contraenti di concludere degli *accordi regionali più favorevoli* nel quadro di zone di libero scambio o di unioni doganali. La frequenza di questo tipo di clausole è molto elevata. In breve, nel campo economico, il “bilaterale” cede chiaramente davanti al “regionale”.

§ 3. — Il principio di legalità applicato alle organizzazioni internazionali: la gerarchia delle fonti in seno alle organizzazioni internazionali

Bibliografia sommaria: R. MONACO, *Lezioni di organizzazione internazionale. Principi generali*, Torino, Giappichelli, 1985; SCHERMERS “Constituent Treaties of International Organizations Conflicting with Anterior Treaties”, in *Mélanges B. Vierdag*, L’Aja, 1998, p. 7; A. DEL VECCHIO (a cura di), *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Napoli, ESI, 2012; C. ZANGHÌ, *Diritto delle organizzazioni internazionali*, 3^a ed., 2013; P. PENNETTA, S. CAFARO, A. DI STASI, I. INGRAVALLO, G. MARTINO, C. NOVI, *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Padova, Cedam-WKI, 2018; B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, 12^a ed., Padova, Cedam, 2020; U. DRAETTA, *Principi di diritto delle organizzazioni internazionali*, 4^a ed., Milano, Giuffrè, 2020.

75. **Una gerarchia meno sviluppata che nel diritto interno.** — Non deve stupire il fatto di riscontrare una “gerarchizzazione” delle norme giuridiche in seno alle OIG, considerato che esse costituiscono un quadro di cooperazione interstatale organizzata. Qui, infatti, la gerarchia delle fonti sarà più accentuata. Tuttavia, tale gerarchia non conosce ancora la precisione e la stabilità delle fonti del diritto interno.

Ma, tale gerarchia, ancorché più marcata, resta imperfetta, in particolare sul piano delle sanzioni. Nell’ordinamento interno, ogni violazione della gerarchia delle fonti del diritto conosce, in linea di principio, una sanzione giurisdizionale. Ciò accade raramente nel diritto delle organizzazioni internazionali.

Stando così le cose, tale gerarchia si concretizza nel *principio di superiorità della carta costitutiva* (c.d. **diritto originario**) di ciascuna organizzazione internazionale rispetto agli atti emanati dall’ente, ossia il **diritto derivato** da esso prodotto.

1. — La superiorità della carta costitutiva delle organizzazioni internazionali (o il “diritto costituzionale” delle organizzazioni internazionali)

76. — Il principio è chiaro: la carta costitutiva di un’organizzazione internazionale determina e ordina le competenze dell’ente considerato, incluso il suo eventuale *law making power*.

a) *La determinazione delle competenze delle organizzazioni internazionali*

77. **Delle competenze limitate in quanto funzionali e specializzate.** — Le OIG possiedono competenze “di attribuzione” che risultano dalla volontà degli Stati “fondatori”, competenze che vengono indicate nel trattato multilaterale che dà loro vita, la loro “carta costitutiva”, in altre parole, il loro “DNA”.

La competenza di ciascuna OIG è sempre limitata, ossia “specializzata”⁽¹⁰³⁾. Ciò è vero anche per la OIG che dispone delle più ampie competenze, cioè l’Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU).

Se la competenza delle OIG risulta “limitata”, essa è ugualmente “vincolata”. Invero, le OIG *non* possono esercitare le loro competenze in un modo *diverso* da quello previsto dalla loro Carta costitutiva. In altre parole, esse non dispongono, come gli Stati, di un potere discrezionale nell’esercizio delle loro competenze. Esse non possono mai fare “di più”, anche se esse a volte finiscono col fare “di meno” di quanto la carta costitutiva assegna a loro.

78. Obbligo delle OIG di rispettare la loro carta costitutiva: il parere consultivo della CIG del 1948. — La CIG riconobbe l’obbligo di ciascuna OIG di rispettare la propria carta costitutiva nel parere consultivo del 28 maggio 1948 relativo alle *condizioni per l’ammissione di uno Stato come Membro delle Nazioni Unite*, che interpretava l’art. 4 della Carta dell’ONU. La Corte affermò a giusto titolo che la Carta contiene una “disciplina giuridica in materia di ammissione degli Stati” caratterizzata dal “legame stretto stabilito... tra la qualità di membro e l’osservazione dei principi e degli obblighi della Carta”. Così “uno Stato non può giuridicamente far dipendere il proprio consenso a questa ammissione da condizioni non espressamente previste” (nel caso specifico si trattava delle prassi detta delle ammissioni in blocco o condizionate)⁽¹⁰⁴⁾. In altri termini, gli organi di un’OIG devono esercitare la loro competenza in un modo che sia interamente conforme alla propria carta costitutiva. In tal senso, la Corte concluse, a giusto titolo, di non dover rispondere alla richiesta di parere consultivo sulla *Liceità dell’uso delle armi nucleari* formulata dall’Organizzazione mondiale della Sanità (OMS) nella misura in cui tale questione non rientrava tra le competenze di tale istituzione specializzata delle Nazioni Unite⁽¹⁰⁵⁾.

79. Delle competenze dinamiche: la “teoria dei poteri impliciti”. — Tuttavia, è opportuno notare che il concetto di competenza “specializzata” non è statico: deve essere interpretato in modo dinamico e funzionale. I poteri di un’OIG non sono sempre descritti in modo preciso nel proprio trattato istitutivo. Da ciò è derivato il riconoscimento da parte della CIG di veri e propri “poteri impliciti” a vantaggio delle OIG: adottando una tecnica di “interpretazione costituzionale” sviluppata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, la CIG ha concluso che le OIG dispongono di *tutti i poteri necessari per svolgere la loro missione* così come viene definita nella loro carta costitutiva.

Citeremo a tale riguardo solo due esempi celebri. Nel 1949, nel suo parere consultivo *relativo alla riparazione dei danni al servizio delle Nazioni Unite*⁽¹⁰⁶⁾, la CIG ammise che l’ONU in quanto tale possedeva la competenza per presentare un reclamo internazionale persino nei confronti di uno Stato non membro dell’ONU (Israele) al fine di ottenere la riparazione dei danni subiti dalla stessa Organizzazione a causa dell’omicidio di uno dei suoi funzionari, il conte svedese Folke Bernadotte.

In un altro parere consultivo del 1954, relativo all’*efficacia delle decisioni del Tribunale Amministrativo delle Nazioni Unite*, la stessa Corte riconobbe la capacità

⁽¹⁰³⁾ V. ad esempio le istituzioni specializzate che costituiscono la “famiglia delle Nazioni Unite”.

⁽¹⁰⁴⁾ In *Rec.*, 1948, p. 63.

⁽¹⁰⁵⁾ CIG, parere dell’8 luglio 1996, *Liceità dell’uso delle armi nucleari da parte di uno Stato nel corso di un conflitto armato*, in *Rec.*, 1996.

⁽¹⁰⁶⁾ Talvolta citato come Caso del Conte Bernadotte, in *Rec.*, 1949, p. 174.

dell'ONU di istituire una giurisdizione particolare — un “tribunale amministrativo internazionale” — al fine di risolvere le controversie tra detta OIG ed i suoi funzionari ⁽¹⁰⁷⁾.

b) Il riparto di competenze tra gli organi interni di una OIG

80. — La carta costitutiva di una OIG non si limita ad attribuire delle competenze all'ente complessivamente considerato. Al fine di assicurarne il buon funzionamento, essa deve parimenti ripartire ed ordinare le competenze dei diversi organi. Tale sistema giuridico particolare di cui l'ente è portatore ⁽¹⁰⁸⁾, deve essere rispettato da ciascun suo organo a pena di nullità dei propri atti per “incompetenza”. Un simile principio è stato chiaramente affermato all'art. 4 del Trattato di Roma sulla CEE, il quale prevedeva che “ogni istituzione agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dal presente trattato”. Un principio oggi presente all'art. 13, par. 2, TUE, secondo cui “ciascuna istituzione agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dai trattati, secondo le procedure, condizioni e finalità da essi previste. Le istituzioni attuano tra loro una leale cooperazione”. Ciò non significa necessariamente applicare il principio della separazione dei poteri elaborato da Montesquieu con riferimento al buon funzionamento degli organi di uno Stato e dunque occorre fare particolare attenzione nel proiettare *sic et simpliciter* gli schemi dogmatici nazionali in un contesto internazionale quale è quello in cui vive ed opera una OIG. Tale differenza ontologica può provocare delle severe critiche circa il *deficit democratico* che è ancora assai presente nell'architettura istituzionale delle OIG.

81. Il rispetto delle competenze degli organi affermato dalla giurisprudenza della CIG: il suo Parere consultivo del 1950. — Nel Parere consultivo del 3 marzo 1950 relativo alla *competenza dell'Assemblea generale per l'ammissione di uno Stato alle Nazioni Unite*, che interpretava l'art. 4, par. 2, della Carta, si trattava di sapere se, per l'ammissione di un nuovo Stato Membro, potesse bastare una sola Risoluzione dell'Assemblea generale a causa della paralisi del Consiglio di Sicurezza che si verificava sistematicamente tramite l'esercizio ostruzionistico del “diritto di veto” di cui gode solo ciascun Membro permanente. La CIG rispose negativamente a tale quesito. La Corte affermò che l'Assemblea generale e il Consiglio di Sicurezza avevano una *competenza concorrente* in materia: conseguentemente, l'accordo dei due organi era necessario per l'ammissione di un nuovo membro.

82. L'interpretazione evolutiva da parte della CIG: il parere consultivo del 1962. — La competenza dei diversi organi dell'ONU venne in parte trattata anche nel parere consultivo della CIG del 1962 relativo a *certe spese delle Nazioni Unite* ⁽¹⁰⁹⁾. La questione principale posta alla Corte era quella di sapere se la ben nota Risoluzione del 1950 detta “Unione per il mantenimento della pace” (o “Risoluzione Acheson”) che modificava gli equilibri istituzionali dell'ONU rafforzando il ruolo dell'Assemblea Generale a discapito di quello del Consiglio di Sicurezza, così come la prassi successiva degli Stati, avesse acquisito valore di diritto positivo in quanto norma consuetudinaria.

⁽¹⁰⁷⁾ *Rec.*, 1954, p. 57.

⁽¹⁰⁸⁾ Su cui cfr. G. ARANGIO-RUIZ, “Dualism Revisited: International Law and Interindividual Law”, cit., p. 909 ss.

⁽¹⁰⁹⁾ In *Rec.*, 1962, p. 151.

Nel caso di specie, l'Assemblea Generale aveva deciso la creazione di “forze d'intervento” (i “Caschi blu”) da inviare in Congo, un'ex colonia belga, al momento dell'indipendenza di questo Paese nel 1960. Le spese necessarie per la costituzione di queste forze dovevano essere sostenute da tutti gli Stati membri dell'ONU in quanto “spese dell'organizzazione” in virtù dell'art. 17, par. 2 della Carta? La CIG diede una risposta affermativa. Tuttavia, per giungere a tale conclusione, la Corte non poté evitare di esaminare il problema delle competenze dell'Assemblea Generale dell'ONU: disponeva davvero dei poteri necessari per creare delle forze d'intervento rapido? Non significava usurpare la competenza esclusiva del Consiglio di Sicurezza in materia di mantenimento della pace? Riconoscendo la competenza dell'Assemblea Generale nella istituzione di forze d'intervento anche non combattenti, la CIG riconobbe implicitamente un'evoluzione “costituzionale” dell'ONU iniziata nel 1950 e consolidatasi in via “consuetudinaria” ⁽¹¹⁰⁾.

2. — Le fonti previste da trattati e la subordinazione del diritto “derivato”

83. — Talvolta, il trattato istitutivo di un'OIG prevede non solo regole materiali e di funzionamento dell'ente, ma anche regole strumentali con cui lo si dota di *Law making power*, ossia lo si abilita in certe materie a produrre nuove norme di diritto internazionale. Si parla perciò di “**diritto derivato**” che è costituito dalle norme giuridiche che ciascuna OIG può produrre da sé (c.d. *fonti “di terzo grado”* ⁽¹¹¹⁾, o meglio *fonti previste da accordi internazionali*). Si parla talvolta anche di “diritto interno delle organizzazioni internazionali”; tuttavia questa espressione non ci pare felice nella misura in cui tale diritto derivato non concerne esclusivamente il diritto proprio al funzionamento o all'amministrazione dell'istituzione (regole di procedura, di bilancio o della “funzione pubblica”), ma si applica agli Stati membri ed anche “al di fuori” — sia a Stati non membri, sia a privati.

a) *Un principio incontestato*

84. — Poiché fondano l'esistenza e i poteri di ciascuna OIG, le carte istitutive si collocano naturalmente al vertice dell'ordinamento giuridico particolare di cui ciascuna OIG è portatrice. Ne segue necessariamente che tutto il diritto derivato delle OIG deve essere conforme al diritto “originario”, “costituente”, che gli conferisce validità ed efficacia giuridica.

b) *Un principio “sanzionato” in modo non uniforme*

85. — Nel diritto delle organizzazioni internazionali non esiste né un controllo di legalità comparabile a quanto si verifica negli ordinamenti nazionali (i); né è possibile attribuire alla CIG un ruolo di “corte costituzionale” internazionale (ii).

⁽¹¹⁰⁾ Va notato che tale approccio “obliquo” della Corte fu vivacemente criticato da alcuni giudici nelle loro opinioni dissenzienti: v. ad es. quella del suo presidente, M. Winiarski, in part. p. 233, e del giudice Bustamante. In arg. v. N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, 7 ed., Torino, Giappichelli, 2021, p. 69 ss.

⁽¹¹¹⁾ È la terminologia di qualche autore tra cui B. CONFORTI per il quale le consuetudini internazionali sono *fonti di primo grado* e i trattati sono *fonti di secondo grado* in quanto poggiano sulla norma consuetudinaria *pacta sunt servanda*. Occorre tuttavia, tenere presente che tale impostazione — e soprattutto la gerarchia delle fonti così proposta — non trova riscontro nella dottrina largamente prevalente nel mondo né, formalmente, nella prassi.

i. L'assenza di un controllo generale ed organizzato di legalità internazionale

86. — Non esiste una forma di controllo esterno ed automatico (del giudice o dell'arbitro internazionale ad esempio) della legalità degli atti delle organizzazioni internazionali per violazione della gerarchia delle loro fonti normative.

ii. L'assenza di controllo esterno: il ruolo sussidiario della CIG

87. La CIG non è un giudice costituzionale. — Non si può nemmeno sostenere che la CIG, tramite la procedura del “parere consultivo”, si trovi in una posizione simile a quella di un giudice interno di “costituzionalità” o di “legalità”. Nulla sarebbe più lontano dalla realtà. Qui, la CIG esercita una funzione interpretativa e non contenziosa ed il suo “parere” non è né facoltativo, né vincolante. La CIG ebbe l'occasione di precisare tali questioni in due importanti pareri consultivi.

88. — Nel caso della *Namibia* del 1971, la Corte ha precisato che, nonostante sia il principale organo giudiziario delle Nazioni Unite, non ha poteri né di controllo giurisdizionale, né d'appello per quanto concerne gli atti adottati dagli altri organi dell'ONU ⁽¹¹²⁾.

Al contrario, e si tratta di un caso eccezionale, la Camera d'appello del Tribunale penale per l'ex Jugoslavia ha accettato, in nome della “competenza sulla competenza” che appartiene a tutti i giudici internazionali ⁽¹¹³⁾, di esaminare la “validità” della Ris. n. 827 del Consiglio di Sicurezza, che fondava siffatta giurisdizione ⁽¹¹⁴⁾.

Ed ancor più “rivoluzionaria” appare l'argomentazione presente nelle sentenze precedentemente citate a proposito dei casi *Kadi*, *Yusuf* e *Ayadi* del 2005 e 2006 del Tribunale di primo grado delle Comunità europee (oggi UE), ove i giudici UE hanno affermato il loro “potere di controllare, in via incidentale, la legittimità delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza controverse alla luce dello *jus cogens*, inteso come un ordine pubblico internazionale che s'impone nei confronti di tutti i soggetti del diritto internazionale, compresi gli organi dell'ONU, e al quale non è possibile derogare” ⁽¹¹⁵⁾.

Nel caso di specie, si ricorderà, la Corte di Giustizia ha reso inefficace nell'ordinamento giuridico UE un Regolamento del Consiglio del 2002 che era stato adottato in attuazione delle Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza ONU in base al Capo VII della Carta in materia di lotta al terrorismo internazionale. A tale risultato si è giunti in ragione del fatto che il Consiglio di Sicurezza non aveva rispettato i diritti fondamentali del ricorrente, ovvero il diritto di difesa (diritto di essere ascoltato e diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo) nonché il diritto di proprietà.

89. — Per altro verso, nel caso delle *sentenze del Tribunale amministrativo dell'OIL sui ricorsi presentati contro l'Unesco* del 1956, la CIG si è rifiutata di fungere da istanza di appello o di cassazione nei confronti di sentenze rese dai tribunali amministrativi di organizzazioni internazionali. La Corte ha aggiunto che “gli errori che il tribunale amministrativo può aver commesso con riferimento alla propria competenza sono suscettibili di essere riparati dalla Corte su richiesta di parere... Gli

⁽¹¹²⁾ In *Rec.*, 1971, p. 45.

⁽¹¹³⁾ V. *infra*, Cap. XXIII.

⁽¹¹⁴⁾ Sentenza *Dusko Tadic*, 2 ottobre 1995, punti 26 a 48, in *ILM*, 1996, p. 32.

⁽¹¹⁵⁾ *Kadi*, par. 226.

errori di fatto o di diritto che il tribunale amministrativo commettesse nel merito non possono dare luogo ad una simile procedura: a queste sentenze nel merito si applicano puramente e semplicemente le disposizioni dell'art. VI dello Statuto del Tribunale, secondo il quale le sentenze di quest'ultimo sono definitive e senza appello" ⁽¹¹⁶⁾.

90. Assenza di controllo giurisdizionale e sue conseguenze. — In conclusione, stante l'assenza di controllo giurisdizionale internazionale accentrato di legalità, la sanzione "normale" diventa l'*inopponibilità* degli atti di una OIG. Ne segue che i destinatari delle norme di diritto derivato contrarie alla carta costitutiva di una data OIG sono perfettamente giustificati a non tenerne conto.

c) L'esistenza (rara) di un controllo interno

91. Un autocontrollo politico. — Come regola generale, gli organi delle OIG possono pronunciarsi sulla propria competenza. Inutile dire che esse giungono a tale conclusione secondo un'analisi più "politica" che giuridica. Accade, ad esempio, che numerosi Stati neghino all'Assemblea Generale ONU ogni competenza ad esaminare una situazione particolare che, ai loro occhi, rientra nella competenza "nazionale", il dominio loro riservato espressamente dall'art. 2, par. 7 della Carta. Questa è stata sistematicamente la posizione dei Paesi "colonizzatori" che, per lungo tempo, hanno rifiutato ogni discussione delle situazioni "coloniali" in seno all'ONU; ma è ancora oggi frequentemente il caso relativo alle questioni connesse ai "diritti umani". Fino ad oggi, tuttavia, l'Assemblea Generale non ha mai rifiutato di esaminare una questione in ragione del fatto che questa non rientrasse nelle proprie competenze.

92. Un raro controllo di legittimità interna. — In talune OIG, esiste una forma di controllo di legittimità interno, senza dubbio attenuato e limitato. Innanzitutto, alcune OIG si sono viste riconoscere un potere "quasi giudiziario". È questo il caso di numerose organizzazioni internazionali a carattere economico quali il FMI e la Banca Mondiale, le banche regionali di sviluppo o gli accordi sui prodotti di base. Qui, sono le stesse organizzazioni che procedono all'interpretazione ufficiale della loro carta costitutiva e risolvono le controversie che oppongono i rispettivi membri ⁽¹¹⁷⁾. In tal caso, l'istanza competente emette una decisione "obbligatoria" che sarà "finale" e "senza appello". Questa "interiorizzazione" della procedura di soluzione delle controversie costituisce uno dei principali aspetti originali del diritto internazionale dell'economia in rapporto al diritto internazionale generale ⁽¹¹⁸⁾.

93. Il controllo operato dai Tribunali amministrativi internazionali. — Un controllo giurisdizionale interno specializzato è stato poi istituito in seno alla maggior parte delle OIG tramite i c.d. *tribunali amministrativi internazionali* (in seno all'ONU e all'OIL ad esempio). La missione di questi tribunali amministrativi è ben definita: hanno la funzione esclusiva di risolvere le controversie tra l'ente internazionale ed i suoi agenti. Devono verificare, in altri termini, che lo "statuto del personale" — diritto "interno" di un'OIG per eccellenza — sia conforme tanto alle regole del diritto internazionale generale, quanto alle disposizioni della carta costitutiva dell'organiz-

⁽¹¹⁶⁾ In *Rec.*, 1956, p. 87.

⁽¹¹⁷⁾ V. ad esempio, l'art. XXIV dello Statuto del FMI.

⁽¹¹⁸⁾ V. anche *infra*, Cap. XXI.

zazione in questione. Così, ad esempio, gli artt. 100 e 101 della Carta ONU pongono un certo numero di principi “base” che si impongono a tutto il personale delle Nazioni Unite, a cominciare da quello della sua totale “indipendenza”, e di cui il Tribunale amministrativo deve sanzionare l’eventuale violazione. Ed è proprio su tale fondamento che il Tribunale amministrativo delle Nazioni Unite ha annullato negli anni Cinquanta del secolo scorso alcuni licenziamenti di funzionari americani decisi dall’allora Segretario Generale a seguito di pressioni da parte del Governo degli Stati Uniti. Questi funzionari si erano rifiutati — e ciò era un loro diritto, oltre che un obbligo — di comparire davanti ai “loyalty boards” istituiti dal Senatore Mc Carthy nel quadro della sua lotta contro gli “agenti comunisti” ⁽¹¹⁹⁾.

i) Il modello più sviluppato: il controllo giurisdizionale generalizzato da parte della Corte di Giustizia dell’Unione europea

94. La legalità unionale. — L’esistenza di una “legalità comunitaria” — *rectius* “legalità unionale” — rigidamente definita e fondata su una precisa gerarchia di fonti, di cui all’art. 288 TFUE, costituisce uno dei tratti originali del diritto dell’Unione Europea. Tale caratteristica peculiare mostra che il modello di sviluppo dell’Unione è molto più “avanzato” rispetto alle organizzazioni internazionali di tipo classico e si avvicina di molto — senza però coincidervi — al modello di diritto interno degli Stati federali. Qui, il controllo giurisdizionale diretto sulla legittimità degli atti dell’Unione è attribuito alla competenza esclusiva della Corte di giustizia dell’Unione europea la quale comprende la Corte di giustizia, il Tribunale e i Tribunali specializzati (art. 19 TUE). Il controllo si realizza attraverso diverse procedure con effetti diversi: l’azione di annullamento; l’azione in carenza; l’eccezione incidentale d’invalidità; l’azione per danni da responsabilità extracontrattuale dell’Unione; il contenzioso in materia di personale.

95. Il contenzioso sulla legittimità europea di un atto: l’annullamento dell’atto illegittimo. — L’azione di annullamento mediante “ricorso europeo” di un atto che si pretende viziato e pregiudizievole. è regolata all’art. 263 TFUE che dispone quanto segue:

“La Corte di giustizia dell’Unione europea esercita un controllo di legittimità sugli atti legislativi, sugli atti del Consiglio, della Commissione e della Banca centrale europea che non siano raccomandazioni o pareri, nonché sugli atti del Parlamento europeo e del Consiglio europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. Esercita inoltre un controllo di legittimità sugli atti degli organi o organismi dell’Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi.

A tal fine, la Corte è competente a pronunciarsi sui ricorsi per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione, ovvero per sviamento di potere, proposti da uno Stato membro, dal Parlamento europeo, dal Consiglio o dalla Commissione.

La Corte è competente, alle stesse condizioni, a pronunciarsi sui ricorsi che la Corte dei conti, la Banca centrale europea ed il Comitato delle regioni propongono per salvaguardare le proprie prerogative.

⁽¹¹⁹⁾ Questo periodo fu definito allora “caccia alle streghe” e tale epiteto è rimasto anche successivamente. V. caso *Glaser*, in *JDI*, 1953, p. 916. Va rilevato che il Tribunale amministrativo delle Nazioni Unite adottò la medesima posizione in casi analoghi. V. *AFDI*, 1995, p. 298 ss.

Qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre, alle condizioni previste al primo e secondo comma, un ricorso contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente e individualmente, e contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione.

Gli atti che istituiscono gli organi e organismi dell'Unione possono prevedere condizioni e modalità specifiche relative ai ricorsi proposti da persone fisiche o giuridiche contro atti di detti organi o organismi destinati a produrre effetti giuridici nei loro confronti.

I ricorsi previsti dal presente articolo devono essere proposti nel termine di due mesi a decorrere, secondo i casi, dalla pubblicazione dell'atto, dalla sua notificazione al ricorrente ovvero, in mancanza, dal giorno in cui il ricorrente ne ha avuto conoscenza".

Tale ricorso è aperto agli Stati membri, alle istituzioni dell'Unione ⁽¹²⁰⁾, e più limitatamente, ai singoli, persone fisiche e giuridiche, per le sole decisioni che li "riguarda direttamente e individualmente".

96. Il controllo tramite l'eccezione di invalidità. — Nel caso di un giudizio avente ad oggetto *un atto di portata generale adottato da un'istituzione, organo o organismo dell'Unione*, ciascuna parte può, anche dopo lo spirare del termine di due mesi previsto per il ricorso in annullamento, domandare alla Corte di giustizia l'*inapplicabilità* dell'atto stesso sulla base degli stessi motivi previsti per il ricorso in annullamento (art. 277 TFUE). *Qui, la finalità della norma de qua è quella di evitare che un atto illegittimo, ancorché non impugnato, possa produrre effetti in un caso concreto.* Si tratta di un controllo molto ampio in quanto può essere invocato da "ciascuna parte che ha una controversia dinanzi alla Corte" e nei confronti degli atti più rilevanti del Consiglio o della Commissione — i regolamenti — che possono così essere ritenuti inapplicabili nel caso di specie ed essere così destinati ad un'ulteriore modifica.

97. Ricorso in carenza. — Il *ricorso in carenza* è uno strumento che tende a porre rimedio alla *illegittima inattività di un'istituzione dell'Unione*. Tale ricorso, che completa i rimedi giurisdizionali contro gli organi dell'Unione, è espressamente previsto dall'art. 265 TFUE che dispone:

"Qualora, in violazione dei trattati, il Parlamento europeo, il Consiglio europeo, il Consiglio, la Commissione o la Banca centrale europea si astengano dal pronunciarsi, gli Stati membri e le altre istituzioni dell'Unione possono adire la Corte di giustizia dell'Unione europea per far constatare tale violazione. Il presente articolo si applica, alle stesse condizioni, agli organi e organismi dell'Unione che si astengono dal pronunciarsi.

Il ricorso è ricevibile soltanto quando l'istituzione, l'organo o l'organismo in causa siano stati preventivamente richiesti di agire. Se, allo scadere di un termine di due mesi da tale richiesta, l'istituzione, l'organo o l'organismo non hanno preso posizione, il ricorso può essere proposto entro un nuovo termine di due mesi.

Ogni persona fisica o giuridica può adire la Corte alle condizioni stabilite dai commi precedenti per contestare ad una istituzione, organo o organismo dell'Unione di avere omesso di emanare nei suoi confronti un atto che non sia una raccomandazione o un parere".

98. Il controllo indiretto tramite il rinvio pregiudiziale effettuato dai giudici degli Stati membri. — Questa possibilità, unica nel suo genere, è prevista all'art. 267 TFUE:

⁽¹²⁰⁾ Corte di giustizia, sentenza del 31 marzo 1971, C-22/70, in *Racc.*, 1971, p. 263. che oppone la Commissione al Consiglio in materia di competenza "esterna".

“La Corte di giustizia dell’Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale:

- a) sull’interpretazione dei trattati;
- b) sulla validità e l’interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell’Unione.

Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri, tale organo giurisdizionale può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile”.

Qui, va rilevato che l’origine del contenzioso è puramente *nazionale*: è infatti la soluzione di una controversia davanti ai giudici nazionali di uno Stato membro il motivo dell’interpretazione di una norma dell’Unione da parte della Corte di Giustizia, la quale, appunto, si pronuncerà a titolo *pregiudiziale* ⁽¹²¹⁾.

⁽¹²¹⁾ Per un esempio classico, v. la sentenza del 13 giugno 1958, causa C-9/56, *Méroni*, in *Racc.*, 1958, p. 9.

