

PRINCIPI COSTITUZIONALI FONDAMENTALI ED ESCLUSIONE DELL'ILLECITO INTERNAZIONALE

Lorenzo Acconciamesa

PRINCIPI COSTITUZIONALI FONDAMENTALI ED ESCLUSIONE DELL'ILLECITO INTERNAZIONALE

Lorenzo Acconciamesa

HISTORY, LAW & LEGAL HISTORY - 14

PRINCIPI COSTITUZIONALI FONDAMENTALI
ED ESCLUSIONE DELL'ILLECITO INTERNAZIONALE

Lorenzo Acconciamesa

Director

Mario Varvaro

Scientific Board

Christian Baldus (Heidelberg)
Licia Califano (Urbino)
Luigi Capogrossi Colognesi (Roma)
Marta Cartabia (Milano)
Sara Domianello (Messina)
Iole Fargnoli (Bern & Milano)
Luigi Ferrajoli (Roma)
Giovanni Fiandaca (Palermo)
Enrico Follieri (Foggia)
Flavia Frisone (Lecce)
Elisabetta Grande (Alessandria)
Patrizia Guarnieri (Firenze)
Soazick Kerneis (Paris)
Umberto Laffi (Pisa)
Paola Maggio (Palermo)
Laura Moscati (Roma)
Luca Nogler (Trento)
Annick Peters-Custot (Nantes)
Emanuela Prinzivalli (Roma)
Serena Quattrococo (Alessandria)
Eugenio Ripepe (Pisa)
Boudewijn Sirks (Oxford)
Giusto Traina (Paris & Lecce)
Cristina Vano (Napoli)
Giovanna Visintini (Genova)
Andreas Wacke (Köln)

Editorial Board

Laura Calandriello
Rosaria Crupi
Monica De Simone
Manfredi Matassa
Veronica Virga

E-mail: hllh@unipa.it

ISSN: 2724-4857

ISBN cartaceo: 978-88-5509-654-6

ISBN online: 978-88-5509-655-3

© Copyright 2024 New Digital Frontiers srl
Via Serradifalco, 78
90145 Palermo - Italia
www.newdigitalfrontiers.com

INDICE

INTRODUZIONE

1. L'oggetto della ricerca: la possibilità di invocare i principi costituzionali fondamentali o supremi come causa di esclusione dell'illecito internazionale	1
2. La prospettiva dell'analisi: i controlimiti visti dall'ottica del diritto internazionale	6
3. L'ostacolo: il principio di supremazia del diritto internazionale sul diritto interno e la sua contestazione	14
4. Il piano dell'opera: un sentiero pieno di vicoli ciechi?	29

CAPITOLO 1

UNA CONSUETUDINE SULL'ESCLUSIONE DELL'ILLECITO COMMESSO PER TUTELARE I PRINCIPI COSTITUZIONALI FONDAMENTALI

1. Introduzione	31
2. Il metodo di accertamento delle norme consuetudinarie	33
2.1. Il metodo tradizionale dualista	34
2.2. Metodi differenziati di accertamento della consuetudine	37
2.3. Approccio intermedio: la flessibilizzazione del metodo dualista	41
3. Il ruolo delle pronunce dei giudici interni come motore di sviluppo del diritto internazionale	46
4. La prassi rilevante nel caso di specie	55
4.1. La prassi in materia di immunità giurisdizionale degli Stati	56
4.2. La prassi relativa alle sanzioni individuali del Consiglio di sicurezza adottate nell'ambito della lotta al terrorismo	72
4.3. La prassi riguardante l'attuazione delle pronunce dei tribunali internazionali sui diritti umani	82
4.4. Altra prassi rilevante	97
5. Le reazioni della comunità internazionale	100
5.1. Le opposizioni alla prassi in materia di immunità	101

5.2. L'acquiescenza del Consiglio di sicurezza alla revisione delle sanzioni individuali	105
5.3. La forte contestazione del rifiuto di dare attuazione alle pronunce dei tribunali internazionali sui diritti umani	112
6. Conclusioni	117

CAPITOLO 2

I PRINCIPI COSTITUZIONALI FONDAMENTALI COME INTERESSE ESSENZIALE DELLO STATO AI SENSI DELLA NECESSITÀ

1. Introduzione	123
2. La nozione di 'interesse essenziale' dello Stato	127
2.1. L'originaria limitazione alla sopravvivenza dello Stato	127
2.2. Il riconoscimento di altri interessi essenziali	129
2.3. Gli interessi collettivi della comunità internazionale	131
3. Le condizioni stabilite dall'art. 25 del Progetto di articoli	134
3.1. L'"unico modo" per prevenire un 'pericolo grave ed imminente'	135
3.2. Il bilanciamento con l'interesse contrastante	140
3.3. La clausola di salvaguardia	143
4. I principi costituzionali fondamentali costituiscono un interesse essenziale dello Stato?	147
4.1. La tendenziale mancanza di prassi statale	147
4.2. Le poche indicazioni provenienti dalla giurisprudenza internazionale	155
5. Conclusioni	158

CAPITOLO 3

LA RISOLUZIONE DEL CONFLITTO SUL PIANO DEL DIRITTO INTERNAZIONALE TRAMITE IL BILANCIAMENTO

1. Introduzione	163
2. Le teorie sull'internazionalizzazione del conflitto tra ordinamento internazionale e ordinamenti interni	165
3. Il bilanciamento come tecnica di soluzione dei conflitti normativi	173
3.1. Origine storica	175
3.2. Inquadramento teorico	177

4. La distinzione tra prospettiva costituzionalista e prospettiva internazionalista	182
4.1. L'approccio costituzionalista fondato sulla tutela di valori meramente interni	182
4.2. L'approccio internazionalista volto alla tutela di valori condivisi dalla comunità internazionale	197
5. La posizione dei tribunali internazionali	212
5.1. Il netto rigetto dell'approccio costituzionalista	212
5.2. La tendenziale indifferenza rispetto all'approccio internazionalista	220
6. Conclusioni	235
CONCLUSIONI	237
ABSTRACT IN ENGLISH	241
BIBLIOGRAFIA	245
GIURISPRUDENZA INTERNAZIONALE	263
GIURISPRUDENZA NAZIONALE	273
<i>SOFT LAW</i>, RISOLUZIONI E DOCUMENTI DI ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI	279

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. L'oggetto della ricerca: la possibilità di invocare i principi costituzionali fondamentali o supremi come causa di esclusione dell'illecito internazionale. 2. La prospettiva dell'analisi: i controlimiti visti dall'ottica del diritto internazionale. 3. L'ostacolo: il principio di supremazia del diritto internazionale sul diritto interno e la sua contestazione. 4. Il piano dell'opera: un sentiero pieno di vicoli ciechi?

1. L'oggetto della ricerca: la possibilità di invocare i principi costituzionali fondamentali o supremi come causa di esclusione dell'illecito internazionale

Il diritto interno e il diritto internazionale disciplinano, ciascuno per propria parte, le loro interazioni reciproche che, tutt'altro che armoniose, prendono "la forme d'un enchaînement de petites « batailles », voire d'une « guerre » entre les deux systèmes qui a ses gagnants et ses perdants".¹ I rapporti tra gli ordinamenti interni e l'ordinamento internazionale sono stati pertanto descritti, ad esempio, come l'eterno problema della dottrina internazionalista² e come un continuo *duel* per la supremazia³ in cui solitamente, come vedremo, il diritto internazionale ha la meglio. Tuttavia, sempre più spesso gli ordinamenti interni reclamano la possibilità di far prevalere il diritto interno o, quanto meno, i principi costituzionali ritenuti di importanza suprema o fondamentale

1 Malenovsky 2017: 292.

2 Francioni 2012: 1226; Dupuy 2011.

3 Palombino 2019: 1: "the term «duel» indicates a formal fight between two people as a way of deciding an argument according to an accepted code of procedure. The same term is apparently the most fitting one when describing the relationship between international law and national fundamental principles: on the one hand, international law vindicates its supremacy over internal law, regardless of the kind of national rule which comes into question; whereas, on the other hand, domestic legal systems increasingly claim the right to limit international norms and decisions, insofar as the latter conflict with fundamental (constitutional) principles. Yet if any «accepted code of procedure» really exists remains questionable, and it is not clear enough whether one may establish, once and for all, whom this supremacy belongs to".

rispetto all'adempimento di obblighi internazionali con essi incompatibili.⁴

Siamo abituati a guardare tale questione dalla prospettiva degli ordinamenti interni e, quindi, dei controlimiti che questi appongono rispetto all'ingresso o all'applicazione sul piano interno di norme di diritto internazionale o sovranazionale, quando considerate in contrasto con valori irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale.⁵ Ciò che il presente lavoro intende chiarire è se, capovolgendo la visuale,⁶ la prassi degli Stati in tal senso continui a risolversi in una pura e semplice violazione del diritto internazionale o se, invece, essa sia idonea a produrre conseguenze anche sul piano dell'ordinamento internazionale, modificandolo e innovandolo in uno dei suoi aspetti essenziali quale quello, appunto, della sua tendenzialmente indiscussa supremazia.⁷ Questo equivale a chiedersi se il diritto internazionale sia disposto a cedere, adattandosi e conformandosi ad esse, alle pretese vantate dal diritto interno. Tale adattamento si concretizzerebbe in una temporanea e condizionata rinuncia del diritto internazionale alla propria supremazia, riconoscendo la giustificabilità o scusabilità di un atto in contrasto con obblighi internazionali, qualora questo sia imposto, dalla prospettiva degli Stati, dall'esigenza di rispettare determinati principi fondamentali e irrinunciabili delle Costituzioni nazionali.

Il tema di ricerca è in genere (ma a torto) ritenuto tipicamente italiano. Nella dottrina italiana, in ogni caso, è stato

4 Apostolaki, Tzanakopoulos 2019: 106.

5 Come si vedrà più avanti, nei controlimiti si fanno rientrare le varie teorie secondo cui "compliance with a rule of international law is conditional to the respect of fundamental constitutional principles: if this standard is not met, the relevant international rule cannot be applied within the internal legal order" (Facchinetti 2018: 3). Sul tema si veda Palchetti 2020, oltre che *infra*.

6 Gradoni, Mauri 2021.

7 Tale possibilità è esclusa, per esempio, da Schmalenbach 2012: 461, il quale ritiene che "national judicial decisions exclusively reflect the perspective of the national legal system that resolves upcoming conflicts between international obligations and national law on the basis of its own rules". Tuttavia, la prassi degli Stati non è irrilevante ai fini della formazione e della modifica del diritto internazionale e, quindi, deve essere seriamente presa in considerazione anche dalla prospettiva di una eventuale modifica che interven-ga sul piano dell'ordinamento internazionale. Per una posizione simile a quella da noi sostenuta, si veda Palombino 2015: 508.

principalmente Conforti a sostenere che “non è del tutto azzardata la tesi secondo cui l’illiceità [ai sensi del diritto internazionale] sia esclusa quando l’osservanza di una norma internazionale – e sempre che non si tratti di una norma di *ius cogens* – urti contro principi fondamentali della Costituzione dello Stato”.⁸ Prima ancora, era stato Giulio Dena, nel lontano 1901, a chiedersi se il diritto interno potesse implicare delle limitazioni degli obblighi internazionali degli Stati, rispondendo, alquanto sorprendentemente, in senso affermativo.⁹ Tuttavia, non mancano anche nella dottrina straniera posizioni analoghe. Ad esempio, Cottier e Hertig hanno sostenuto che la possibilità di non dare esecuzione, negli ordinamenti interni, alle norme internazionali incompatibili con la tutela dei diritti fondamentali sarebbe essenziale al fine di indurre gli Stati ad accettare, in via generale, la supremazia del diritto internazionale.¹⁰ Alcuni autori ritengono, nello stesso senso, che tale possibilità costituirebbe una “valvola di sfogo” senza la quale gli Stati sarebbero maggiormente diffidenti nei confronti del diritto internazionale, ove questo si imponesse in modo categorico e senza alcuna possibile eccezione.¹¹ O ancora, Peters, Nollkaemper e Tzanakopoulos hanno sostenuto che, in ipotesi ben determinate, uno Stato possa invocare i propri principi costituzionali allo scopo di giustificare l’inadempimento di un obbligo internazionale, ma solo ove essi siano sostanzialmente corrispondenti a norme presenti anche nell’ordinamento internazionale, e contribuiscano a dare attuazione a interessi e valori riconosciuti come meritevoli di tutela anche da quest’ultimo.¹²

Bisogna però riconoscere che tale possibilità viene contestata dalla dottrina internazionalista assolutamente mag-

8 Conforti 2014: 402. Ma si vedano anche De Sena 2014a; De Sena 2014b: 31; Pisillo Mazzeschi 2015: 28; Palombino 2015: 523; Facchinetti 2018: 10; Saccucci 2018: 248; De Sena, Starita 2023: 211 e 260.

9 Gradoni, Mauri 2021.

10 Cottier, Hertig 2003: 311.

11 Peters 2009: 198: “any refusal to apply international law based on domestic constitutional arguments must be strictly limited to constitutional core values, and may be permissible only «as long as» the constitutional *desiderata* have not been even in a rudimentary fashion incorporated into international law itself”; von Bogdandy 2008: 412.

12 Peters 2009; Nollkaemper 2010; Tzanakopoulos 2013b.

gioritaria,¹³ in quanto implicante il rischio di attribuire agli Stati la facoltà di violare *à la carte* i propri obblighi internazionali, minando l'effettività dell'ordinamento e, in ultima analisi, negando lo stesso carattere obbligatorio del diritto internazionale.¹⁴ I rischi di abuso che un'eccezione al principio di supremazia del diritto internazionale implicherebbe, del resto, sono evidenziati anche da coloro che tendono ad ammetterne in qualche modo l'esistenza.¹⁵ Tuttavia, quello che si tenterà di dimostrare è che, se soggetta a condizioni rigorose (come, in ultima analisi, tutte le cause di esclusione dell'illecito internazionale), tale eccezione potrebbe comporre alcuni dei conflitti inter-ordinamentali, i quali sorgono in misura sempre maggiore, contribuendo anche allo sviluppo del diritto internazionale verso una più ampia tutela di valori (quelli relativi alla tutela dei diritti umani o di altri interessi collettivi della comunità internazionale) che questo tende ancora a

13 Tra i tanti, si vedano Focarelli 2021; Bartolini 2014: 1319.

14 Su tali rischi si veda, tra i tanti, Bartolini 2014: 1319: "[T]he difficulties of accepting solutions that favour the primacy of constitutional values over international sources are [...] obvious. The potential risks are twofold: (1) jeopardising the basic principles of the supremacy of international law thus represents a risk for the maintenance of its normative role and its effectiveness; and (2) fragmenting international law, chiefly because of the difficulties in identifying core constitutional principles and domestic legal orders that are entitled to demand such a constitutional right to resistance, sometimes exclusively attributed to «liberal democracies». In this latter case the risk of arbitrarily differentiating among States is evident, as only some domestic legal orders would still be obliged to guarantee a blanket priority to international law as they could be identified as *pariahs* of the international legal community, while other privileged States could adopt and *à la carte* approach towards international obligations. Furthermore, it is well known that the protection of constitutional values was not qualified as a proper circumstance precluding wrongfulness by the ILC in the *Draft Articles on Responsibility of States*, thus reducing the possibility of admitting such a solution".

15 Malenovsky 2017: 329: "cette même opération est de nature à fragiliser la prévisibilité de l'application du droit international dans l'ensable d'États. C'est également l'effectivité du droit international qui en est victime, dans la mesure où la mise en œuvre de ses règles acquiert caractère conditionnel, ces conditions différentes en outre selon les États. Si cette évolution devait perdurer, elle risquerait d'aboutir, in extremis, à une situation où la mise en œuvre du droit international serait déstabilisée à un point tel que ce droit deviendrait un ensable des règles dépourvues de force obligatoire indiscutable" ; Nollkaemper 2010: 71: "the question of conformity of national law with international obligations is a matter of international law because [...] it undermines the effectiveness of international law".

far soccombere rispetto ad altri interessi, tipicamente quelli connessi alla protezione della sovranità statale e, quindi, ai diritti e alle prerogative degli Stati.¹⁶

La presente opera intende pertanto provare a percorrere le diverse strade argomentative che consentono in ipotesi di sostenere che un atto, pur in contrasto con un obbligo internazionale dello Stato, possa ciononostante risultare lecito ai sensi del diritto internazionale o, detto altrimenti, non implicarne la responsabilità internazionale, in quanto posto in essere allo scopo di proteggere un principio costituzionale supremo o fondamentale.

Sullo sfondo resterà la domanda che, a titolo puramente retorico, poneva Conforti:

non è questa [la non invocabilità dei principi costituzionali] una posizione estremamente rigida – anche se radicata in un’opinione antica e diffusa – che è da rivedere alla luce di una moderna e realistica visione del diritto internazionale che contemperi i valori internazionalistici con quelli interni?¹⁷

Il punto di partenza, dunque, dovrebbe essere l’abbandono di una logica di rigida separazione, tale per cui possa dirsi che diritto interno e diritto internazionale, “having no common field” sarebbero ciascuno supremo nella propria sfera e, certamente, il diritto internazionale sarebbe “supreme in the international field”.¹⁸ L’ipotesi, invece, si fonda sull’ormai innegabile continuo scambio che sussiste tra diritto internazionale e diritto interno, sull’esistenza di norme dal medesi-

16 Si vedano, ad esempio, Facchinetti 2018: 4: “although at first sight the application of the «counter-limits» doctrine may be perceived as an instance of global disorder and as a backlash against international institutions, in fact it may trigger a positive and rights-focused development of international law”; Cataldi 2015.

17 Conforti 2014: 403. Si veda anche Beth Harris 2018: 452: “we have to disentangle the formal aspect of this ideal – international legal supremacy, monism – from its substantive human rights content. Which locus of power – the international or national – ought to prevail, because it is best equipped to serve peace, security, justice and human rights, is not a given. Whether or not the commands issuing from the international realm deserve our States’ allegiance may or must ultimately depend upon what policies and protections they would yield”.

18 Fitzmaurice 1957: 79.

mo contenuto in entrambi gli ordinamenti e, quindi, su una logica su coesistenza reciproca su diversi livelli.

2. La prospettiva dell'analisi: i controlimiti visti dall'ottica del diritto internazionale

Prima di addentrarci nella questione, bisogna ricordare che le varie istanze di autorità nazionali (principalmente, ma non solo, giudiziarie) che reclamano la prevalenza dei principi costituzionali supremi o fondamentali su obblighi internazionali incompatibili sono riconducibili, più o meno direttamente, alla nota teoria dei controlimiti. Quest'ultima sostiene l'assoluta intangibilità di alcuni principi costituzionali ritenuti irrinunciabili per l'ordinamento interno (in particolare, ma non solo, quelli che sono posti a tutela dei diritti fondamentali dell'individuo), i quali si situano al vertice della gerarchia normativa, sono insuscettibili di revisione costituzionale e, per quanto qui rileva, di essere compromessi per effetto dell'applicazione di qualsiasi norma proveniente dall'esterno del sistema giuridico interno. Così inquadrati, i controlimiti costituiscono un "argine rispetto a possibili violazioni dei principi fondamentali della Costituzione e dei diritti inviolabili da parte degli ordinamenti sovranazionali e internazionale"¹⁹ e, secondo alcuni, sarebbero una clausola di salvaguardia indispensabile al funzionamento di uno Stato liberale.²⁰

Da un punto di vista teorico, la teoria in questione riposa sul dualismo, ossia quella concezione secondo l'ordinamento internazionale e gli ordinamenti interni sarebbero distinti e autonomi l'uno rispetto all'altro, in quanto riposano su differenti norme fondamentali: la volontà della comunità internazionale, nel primo caso, e la volontà dello Stato, nel secondo.²¹ Tale teoria è riconducibile al pensiero di Triepel, se-

19 Calvano 2016: 2.

20 Von Bogdandy 2008: 412: "[t]here should always be the possibility, at least in liberal democracies, to limit, legally, the effect of a norm or an act under international law within the domestic legal order if it severely conflicts with constitutional principles".

21 De Sena, Starita 2023: 395, secondo cui il dualismo "implica il pluralismo e la relatività degli ordinamenti (intesa come idoneità di ciascun ordinamento a operare esclusivamente nel proprio ambito di applicazione" e "si fonda, con

condo cui si tratterebbe di ordinamenti originari e indipendenti l'uno dagli altri, che si pongono in rapporto di antitesi. Tale antitesi riguarda diversi aspetti. In primo luogo, dal punto di vista del contenuto: il diritto internazionale disciplina i rapporti tra enti sovrani, mentre il diritto interno disciplina rapporti tra individui. Ne deriva che, in secondo luogo, essi si riferiscono a soggetti diversi. Posta tale distinzione e autonomia, le norme internazionali non sarebbero suscettibili di diretta applicazione sul piano interno.²² Affinché esse siano applicate nell'ordinamento interno, è necessario che siano recepite da parte dello stesso. Solo per fare alcuni esempi, in Italia è dualismo è stato sostenuto da Anzilotti, secondo cui ciascun ordinamento rinviene al proprio interno il fondamento ultimo del carattere vincolante delle proprie norme,²³ e da Perassi, che ha insistito sulla necessità di una norma interna che riproduca il contenuto della norma sancita sul piano internazionale, affinché questa sia applicata nell'ordinamento nazionale.²⁴

Nella pratica, la maggioranza degli ordinamenti costituzionali vigenti adotta prospettive “formalmente dualistiche” in quanto, in un modo o nell'altro, prevedono dei meccanismi interni, di vario tipo, volti a consentire l'ingresso e l'applicazione delle norme internazionali sul piano interno.²⁵ Ad esempio, l'ordinamento italiano prevede un duplice meccanismo di adattamento al diritto internazionale. Quanto alle norme di diritto internazionale generale, l'art. 10 Cost. sancisce un meccanismo di adattamento “automatico” e permanente, in quanto dispone che “l'ordinamento italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute”. Quanto al diritto internazionale pattizio, se l'art. 117, comma primo, Cost. ne disciplina il rango nella gerarchia delle fonti interne, esso non si occupa invece dell'adattamento, che avviene mediante un meccanismo “speciale”, caso per caso, tramite una legge di esecuzione o altro atto interno. O an-

ogni evidenza, sul carattere originario e indipendente degli ordinamenti degli Stati, quale riflesso della loro stessa sovranità”.

22 Triepel 1899.

23 Anzilotti 1955: 59.

24 Perassi 1931: 33.

25 De Sena, Starita 2023: 396.

cora, si pensi al considerando n. 14 della Costituzione francese del 1946, cui rinvia la Costituzione del 1958, secondo cui “[l]a République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles de droit public international”. Ovviamente, quanto più l’ingresso e l’applicazione delle norme internazionali siano previsti con meccanismi snelli e di carattere automatico, tanto più il rispettivo ordinamento interno adotterà una posizione maggiormente tendente verso il monismo.²⁶

I controlimiti, pertanto, costituiscono un ostacolo al funzionamento di tale meccanismo di adattamento, in qualsiasi modo esso sia disciplinato dal diritto interno dello Stato in questione, in quanto essi impediscono che operi e, quindi, si oppongono all’ingresso nell’ordinamento interno, e all’applicazione, di norme di diritto internazionale o sovranazionale.

Da un punto di vista pratico, la teoria dei controlimiti è stata inizialmente sviluppata e poi applicata, in Italia e Germania, con riferimento ai rapporti tra ordinamento interno e norme prodotte dal processo di integrazione europea.²⁷ In particolare, nella sentenza *Frontini* del 1973 la Corte costituzionale italiana ha affermato che la limitazione della sovranità dello Stato italiano in favore delle Comunità europee, come conseguenza degli obblighi derivanti dai trattati istitutivi, era da ritenersi compatibile con la Costituzione italiana, poiché consentita dall’art. 11 della stessa, ma non attribuiva alle Comunità la possibilità di violare i principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale e i diritti fondamentali. La Corte costituzionale ha dunque ritenuto di avere il potere di pronunciarsi sulla compatibilità degli atti di adesione alla Comunità economica europea con i principi costituzionali fondamentali.²⁸ Una dottrina simile è stata poi sviluppata dalla

26 Ibid. Sul monismo si veda *infra*, al paragrafo successivo.

27 Si veda, per un’analisi approfondita, Cartabia 1995.

28 Corte costituzionale italiana, sentenza n. 183 del 27 dicembre 1973, par. 9: “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. 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

Corte costituzionale federale tedesca nella sentenza *Solange I* del 1974, in cui ha sostenuto che essa si sarebbe riservata la possibilità di pronunciarsi sulla compatibilità della legislazione delle Comunità europee con i principi costituzionali in materia di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo fino a quando (*solange*, appunto) l'ordinamento sovranazionale in questione non avesse fornito una protezione equivalente di tali diritti rispetto a quella prevista dalla Legge fondamentale tedesca.²⁹ Sviluppato, per via giurisprudenziale, un sistema di tutela dei diritti umani nell'ambito delle Comunità europee, la Corte costituzionale federale ha chiarito nella nota sentenza *Solange II* che non avrebbe proceduto a una revisione della legittimità degli atti legislativi europei fino a quando tale livello di protezione fosse stato ritenuto almeno equivalente a quello fornito dalla Legge fondamentale.³⁰ La teoria dei controlimiti è stata poi applicata per la prima volta nel 2015, quando la Corte costituzionale federale tedesca ha rifiutato di dare attuazione a un mandato di arresto europeo in quanto ritenuto in contrasto con i diritti fondamentali garantiti dalla propria Legge fondamentale.³¹ Nella pronuncia *Taricco* del 2017, ancora, la Corte costituzionale italiana ha minacciato di applicare la teoria dei controlimiti rispetto all'attuazione di una pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea³² la quale, richiedendo di disapplicare le norme interne in materia di prescrizione dei reati dalla cui commissione derivi un pregiudizio per gli interessi finanziari dell'Unione europea, è stata ritenuta incompatibile con il principio di legalità in materia penale.³³ Nonostante la Corte

sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali”.

29 Corte costituzionale federale tedesca, caso n. 2 BvL 52/71, sentenza del 29 maggio 1974, par. 272.

30 Corte costituzionale federale tedesca, caso n. BvR 197/83, sentenza del 22 ottobre 1986.

31 Corte costituzionale federale tedesca, caso n. BvR 2735/14, sentenza del 15 dicembre 2015.

32 Corte di giustizia dell'Unione europea, *Taricco*, caso n. C-105/14, sentenza dell'8 settembre 2015.

33 Corte costituzionale italiana, ordinanza presidenziale n. 24 del 26 gennaio 2017, par. 2: “l'osservanza dei principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona è condizione perché il diritto

di giustizia sia tornata sui suoi passi, e abbia escluso l'obbligo del giudice interno di disapplicare le norme interne in materia di prescrizione laddove ciò si risolva in una violazione del principio costituzionale di legalità dei reati e delle pene,³⁴ in una successiva sentenza la Corte costituzionale italiana ha in ogni caso ribadito l'inapplicabilità nell'ordinamento interno italiano, in virtù dei controlimiti, della regola sancita nel caso *Taricco*.³⁵ A partire dagli esempi italiano e tedesco, la teoria dei controlimiti come opposta all'attuazione del processo di integrazione europea è stata recepita nella giurisprudenza delle corti supreme o costituzionali di diversi Stati membri dell'Unione europea.³⁶

L'applicabilità dei controlimiti è stata nel frattempo estesa oltre il diritto comunitario, prima, ed euro-unitario, poi. Essa ha trovato infatti riconoscimento anche in relazione ai rapporti tra ordinamenti interni e ordinamento internazionale. In particolare, nella pronuncia *Ruszel* del 1979, la Corte costituzionale italiana ha sostenuto per la prima volta che il processo di adattamento automatico dell'ordinamento italiano alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute (segnatamente, alle norme consuetudinarie e ai principi generali), che avviene in virtù del richiamato art. 10, comma primo, Cost., non può implicare violazione dei principi costituzionali fondamentali.³⁷ Nella successiva pronuncia

dell'Unione possa essere applicato in Italia. Qualora si verificasse il caso, sommamente improbabile, che in specifiche ipotesi normative tale osservanza venga meno, sarebbe necessario dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge nazionale che ha autorizzato la ratifica e resi esecutivi i Trattati, per la sola parte in cui essa consente che quell'ipotesi normativa si realizzi". Nella pronuncia *Taricco* la Corte di giustizia dell'Unione europea indicava ai giudici italiani di disapplicare le norme sulla prescrizione del processo penale nel caso in cui le stesse non garantissero la sanzione di frodi fiscali in relazione agli interessi finanziari dell'Unione europea.

- 34 Corte di giustizia dell'Unione europea, *M.A.S. and S.B.*, caso n. C-42/17, sentenza del 5 dicembre 2017.
- 35 Corte costituzionale italiana, sentenza n. 115 del 31 maggio 2018, par. 14: "la violazione del principio di determinatezza in materia penale sbarra la strada senza eccezioni all'ingresso della «regola Taricco» nel nostro ordinamento".
- 36 Non è questa la sede per un approfondimento di tale questione, sulla quale pertanto si rinvia a Martinico 2012: 419-422.
- 37 Corte costituzionale italiana, sentenza n. 48 del 18 giugno 1979, par. 3: "Occorre comunque affermare, più in generale, per quanto attiene alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute che venissero

Baraldini del 2001, la Corte costituzionale ha confermato che le norme di diritto internazionale generale sono soggette al necessario rispetto dei principi fondamentali della Costituzione, indipendentemente dal se esse si siano formate in epoca antecedente o successiva alla stessa.³⁸ Tale posizione è stata confermata nella nota sentenza n. 238 del 22 ottobre 2014, che sarà oggetto di ampio esame nel prosieguo del presente lavoro, in cui la Corte ha statuito quanto segue:

non vi è dubbio, infatti, che i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscano un «limite all'ingresso [...] delle norme internazionali e generalmente riconosciute dalle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10, primo comma della Costituzione» [...]. Il verificarsi di tale ultima ipotesi, infatti, «esclude l'operatività del rinvio alla norma internazionale» [...] con la conseguenza inevitabile che la norma internazionale, per la parte confliggente con i principi e i diritti inviolabili, non entra nell'ordinamento italiano e non può quindi essere applicata.³⁹

Ne deriva che, a detta della Corte costituzionale italiana, una norma di diritto internazionale generale può entrare nell'ordinamento interno e trovarvi applicazione solo nella parte in cui non confligge con i principi costituzionali supremi.⁴⁰

Con riferimento ai trattati, e sia pur secondo un ragionamento in parte differente rispetto alla teoria dei controlimi-

ad esistenza dopo l'entrata in vigore della Costituzione, che il meccanismo di adeguamento automatico previsto dall'art. 10 Cost. non potrà in alcun modo consentire la violazione dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, operando in un sistema costituzionale che ha i suoi cardini nella sovranità popolare e nella rigidità della Costituzione".

38 Corte costituzionale italiana, sentenza n. 73 del 22 marzo 2001, par. 3.1: "i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscono infatti limite all'ingresso delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10, primo comma della Costituzione".

39 Corte costituzionale italiana, sentenza n. 238 del 22 ottobre 2014, par. 3.4.

40 Si veda anche Corte costituzionale italiana, ordinanza n. 30 del 3 marzo 2015.

ti,⁴¹ nelle note sentenze gemelle dell'ottobre del 2007 la Corte costituzionale italiana ha chiarito che le norme pattizie, pur situandosi al di sopra della legge ordinaria nella gerarchia delle fonti, restano soggette al necessario rispetto della Costituzione (e non dei meri principi fondamentali).⁴² Per sua parte, la Corte costituzionale federale tedesca ha sancito che i giudici interni sono tenuti a dare attuazione alle pronunce della Corte europea dei diritti umani, nonché a prendere in considerazione l'interpretazione che questa renda della Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950 (di seguito: CEDU), ma solo laddove non contrastino con i diritti fondamentali garantiti dalla Leg-

41 Tuttavia, è stato chiarito come la *ratio* di fondo sia la medesima. Si veda, ad esempio, Cataldi 2009.

42 Corte costituzionale italiana, sentenza n. 348 del 24 ottobre 2007, par. 4.7: "Quanto detto sinora non significa che le norme della CEDU, quali interpretate dalla Corte di Strasburgo, acquistano la forza delle norme costituzionali e sono perciò immuni dal controllo di legittimità costituzionale di questa Corte. Proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione. La particolare natura delle stesse norme, diverse sia da quelle comunitarie sia da quelle concordatarie, fa sì che lo scrutinio di costituzionalità non possa limitarsi alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali [...] o dei principi supremi [...], ma debba estendersi ad ogni profilo di contrasto tra le "norme interposte" e quelle costituzionali. L'esigenza che le norme che integrano il parametro di costituzionalità siano esse stesse conformi alla Costituzione è assoluta e inderogabile, per evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un'altra norma sub-costituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione. In occasione di ogni questione nascente da pretesi contrasti tra norme interposte e norme legislative interne, occorre verificare congiuntamente la conformità a Costituzione di entrambe e precisamente la compatibilità della norma interposta con la Costituzione e la legittimità della norma censurata rispetto alla stessa norma interposta. Nell'ipotesi di una norma interposta che risulti in contrasto con una norma costituzionale, questa Corte ha il dovere di dichiarare l'inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano"; Corte costituzionale italiana, sentenza n. 349 del 24 ottobre 2007, par. 6: "A questa Corte, qualora sia sollevata una questione di legittimità costituzionale di una norma nazionale rispetto all'art. 117, primo comma, Cost. per contrasto – insanabile in via interpretativa – con una o più norme della CEDU, spetta invece accertare il contrasto e, in caso affermativo, verificare se le stesse norme CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo, garantiscono una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana".

ge fondamentale tedesca.⁴³ Applicazioni simili della teoria sono state fatte in ordinamenti di numerosi altri Stati e, per quanto di rilievo ai fini del presente lavoro, saranno esaminate più avanti.⁴⁴

Ora, bisogna notare che ai sensi della teoria dualista, secondo cui l'ordinamento interno e internazionale regolano autonomamente i propri rapporti, la teoria dei controlimiti è perfettamente legittima, lo Stato restando libero, dalla prospettiva del diritto interno, di decidere se adempiere i propri obblighi internazionali e se applicare sul piano interno norme di diritto internazionale.

Tuttavia, il ricorso alla teoria del controlimiti o a tecniche simili che postulano la prevalenza dei principi fondamentali delle costituzioni nazionali su norme internazionali incompatibili implica il non rispetto, e quindi la violazione, di obblighi internazionali dello Stato.⁴⁵ Ne deriva che, “from the standpoint of international law, a decision of this kind is hardly acceptable”.⁴⁶ Lo Stato che invoca i controlimiti commette un atto illecito, il quale implica il sorgere della propria responsabilità ai sensi del diritto internazionale.

Raramente, tuttavia, ci si è chiesti se questa sia l'unica conseguenza possibile o se, invece, sia ipotizzabile che l'ordinamento internazionale riconosca, in qualche modo, la legittimità o liceità di una tale scelta ed escluda, in tale ipotesi, la commissione di un illecito e il sorgere della responsabilità internazionale dello Stato.⁴⁷ Tale capovolgimento di prospettiva risulta tuttavia essenziale, se si considera che esempi di invocazione dei controlimiti o forme simili di argomentazione appaiono sempre più frequenti nella prassi.⁴⁸ Ed infatti,

43 Corte costituzionale federale tedesca, caso n. 2 BVR 1481/04, ordinanza del 14 ottobre 2004, par. 32.

44 Per un'analisi più approfondita si rinvia a Palombino 2019.

45 Focarelli 2021: 56: “Domestic courts, especially supreme courts, may trigger such a process by applying domestic law, in particular higher-in-rank constitutional law, rather than international law. This deviation is indeed a violation of international law, since domestic law cannot be invoked to justify a violation of international law”; Facchinetti 2018: 4.

46 Palombino 2015: 504.

47 Palombino 2015: 503, descrive tale situazione come “an *aporia*, which as such does not lead itself to any formal solution”.

48 Calvano 2016: 17.

quanto più l'ordinamento internazionale ha cominciato ad occuparsi di materie in passato riservate al dominio degli Stati, tanto più è possibile che si verifichino delle frizioni tra il modo in cui il diritto interno e il diritto internazionale pretendano di disciplinare la medesima questione e che, di conseguenza, gli ordinamenti interni si oppongano alla pretesa supremazia del diritto internazionale.

3. L'ostacolo: il principio di supremazia del diritto internazionale sul diritto interno e la sua contestazione

Bisogna però riconoscere che il motivo per cui raramente tale domanda è stata posta riposa proprio nel fatto per cui ragionare in questi termini porta necessariamente a scontrarsi con il menzionato principio del *p r i m a t o* della *s u p r e - m a z i a* del diritto internazionale sul diritto interno, il quale è tradizionalmente considerato elemento coesistente all'ordinamento internazionale.⁴⁹ Ad esempio, nel 1957 Fitzmaurice affermava che quello che sancisce l'impossibilità di invocare il diritto interno per giustificare violazioni degli obblighi internazionali costituisce "one of the great principles of international law, informing the whole system and applying to every branch of it".⁵⁰ E ciò da un punto di vista, innanzitutto, di carattere logico-sistematico,⁵¹ venendo a costituire "il fondamento stesso della giustificazione della sua [dell'ordinamento internazionale] esistenza".⁵² Tale principio costituisce il cardine della teoria delle fonti, del diritto dei trattati e del diritto della responsabilità internazionale dello Stato e, per

49 Fitzmaurice 1957: 95; Schmalenbach 2018: 493: "treaties would be doomed to immediate failure if non-performance could be justified with deviating domestic laws, calling even into question the legally binding nature of international law".

50 Fitzmaurice 1957: 85 (enfasi aggiunta). Si veda anche Palombino 2019: 1, secondo cui si tratterebbe di una "traditional norm of international law".

51 Secondo Virally 1964: 497, la superiorità del diritto internazionale "est inhérente à la définition même de ce droit et s'en déduit immédiatement. Tout ordre juridique confère aux destinataires de ses normes des droits et pouvoirs juridiques [...]; il leur impose des obligations, qui les lient. Par la même, tout ordre juridique s'affirme supérieur à ses sujets, ou bien il n'est pas [...]. Le droit international est inconcevable autrement que supérieur aux États, ses sujets. Nier sa supériorité revient à nier son existence".

52 Carreau, Marella 2018: 52; Breuer 2019: 5.

come universalmente inteso, non trova eccezioni nemmeno nel caso in cui la norma internazionale in questione contrasti con principi costituzionali ritenuti di importanza suprema o fondamentale.⁵³

Il monismo, implicito nell'affermazione della supremazia del diritto internazionale, trova il suo fautore principale in Hans Kelsen, secondo cui non vi sarebbe distinzione tra ordinamento interno e ordinamento internazionale: costituendo quest'ultimo il fondamento ultimo della sovranità degli Stati, essi dovrebbero attenervisi nell'esercizio di detta sovranità, non soltanto nelle relazioni internazionali, ma anche sul piano interno.⁵⁴ Ne deriva che "le droit international, si l'on en suppose la primauté, peut constituer un mètre de la régularité de toutes les normes étatiques, y compris la plus élevée d'entre elles, la Constitution".⁵⁵ Il principio di supremazia implica infatti che "le norme internazionali a carattere obbligatorio e vincolante (cioè tutto il diritto internazionale positivo e non solo i trattati) prevalgono sul diritto interno, che si tratti di norme costituzionali, legislative, regolamentari o decisioni giudiziarie".⁵⁶ Secondo il monismo puro, sostenuto da Kelsen, atti interni incompatibili con il diritto internazionale sarebbero invalidi, proprio in quanto esso si pone al di sopra nella gerarchia normativa. Secondo, invece, una versione più moderata di tale teoria, sancire la superiorità del diritto internazionale significa disporre che il conflitto tra il diritto interno e diritto internazionale sia risolto a favore del secondo, anche rispetto alle norme costituzionali degli Stati, compresi i principi fondamentali degli ordinamenti nazionali, ma senza che il diritto internazionale abbia la capacità di invalidare atti

53 Dupuy 2011: par. 32; Palombino 2015: 504; Breuer 2019: 7.

54 Kelsen 1928: 211 s.: "De ce point de vue, dit-il, le traite a vis-à-vis de la loi et mime de la Constitution une prééminence, en ce qu'il peut déroger à une loi ordinaire ou constitutionnelle, alors que l'inverse est impossible. D'après les règles du droit international, un traité ne peut perdre sa force obligatoire qu'en vertu d'un autre traité ou de certains autres faits déterminés par lui, mais non pas par un acte unilatéral de l'une des parties contractantes, notamment par une loi. Si une loi, même une loi constitutionnelle, contredit un traité, elle est irrégulière, à savoir contraire au droit international. Elle va immédiatement contre le traité, médiatement contre le principe *pacta sunt servanda*".

55 Kelsen 1928: 212.

56 Carreau, Marella 2018: 53.

interni incompatibili. Ne deriva che norme, atti e sentenze interni, pur restando pienamente validi sul piano domestico, non possono essere opposti sul piano internazionale allo scopo di giustificare l'inadempimento di un obbligo consuetudinario o pattizio. L'atto interno potrà restare valido, però darà luogo alla responsabilità internazionale dello Stato che, mediante l'atto stesso, abbia violato il diritto internazionale.⁵⁷

Il principio di non invocabilità del diritto interno (o di supremazia del diritto internazionale) ha origini risalenti. Esso è inizialmente stato sancito in una serie di lodi arbitrali e pronunce della Corte permanente di giustizia internazionale. Ad esempio, nel lodo *Montijo* del 1870 si è affermato che “a treaty is superior to the Constitution, which the latter must give away”, e il principio è stato ripreso nel lodo reso il 14 settembre 1872 nel caso *Alabama*.⁵⁸ Esso è stato poi riaffermato nell'opinione consultiva resa dalla Corte permanente di giustizia internazionale il 31 luglio 1930, secondo cui “it is a generally accepted principle of international law that in the relations between Powers who are contracting Parties to a treaty, the provisions of municipal law cannot prevail over those of the treaty”⁵⁹ e poi, con specifico riferimento all'impossibilità di invocare il diritto costituzionale per giustificare violazioni di obblighi internazionali, nell'opinione della stessa Corte del 4 febbraio 1932 sul *Trattamento dei cittadini polacchi*:

on the one hand, according to generally accepted principles, a State cannot rely, as against another State, on the provisions of the latter's Constitution, but only on international law and international obligations duly accepted, on the other hand and conversely, a State cannot adduce as against another State its own Constitution with a view to evading obligations

57 Kolb 2014: 12.

58 *Alabama claims of the United States of America against Great Britain*, lodo arbitrale del 14 settembre 1872, 131. Si veda anche *George Pinson (France) v. United Mexican States*, lodo arbitrale del 19 ottobre 1928: “il est incontestable et incontesté que le droit international est supérieur au droit interne [...]. Les dispositions nationales ne sont pas sans valeur pour les tribunaux internationaux, mais ils ne sont pas liés par elles”.

59 Corte permanente di giustizia internazionale, *Greco-Bulgarian “Communities”*, opinione consultiva del 31 luglio 1930, 31.

incumbent upon it under international law or treaties in force.⁶⁰

Il principio è stato successivamente sancito nel 1949 dall'Assemblea generale nella risoluzione che prendeva atto della *Draft Declaration on the Rights and Duties of States* redatta dalla Commissione del diritto internazionale, il cui art. 13 dispone che “[e]very State has the duty to carry out in good faith its obligations arising from treaties [...], and it may not invoke provisions in its constitution or its laws as an excuse for the failure to perform this duty”.⁶¹

Sul piano normativo, il principio di supremazia del diritto internazionale è stato in seguito codificato all'art. 27 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 23 maggio 1969 (di seguito anche solo “Convenzione di Vienna”), secondo cui “[a] Party may not invoke the provisions of its internal law as justification for failure to perform a treaty”.⁶² Il fatto che si tratti di un principio generalmente riconosciuto è confermato dalla circostanza per cui un numero estremamente esiguo di Stati ha espressamente formulato una riserva a tale disposizione, chiarendo che essa deve interpretarsi come riferita alla legislazione ordinaria e non alle norme della Costituzione nazionale.⁶³ Inoltre, può notarsi come solo in rari casi gli Stati ricorrono alle cd. “internal reservations”. Con tale espressione si fa riferimento alla prassi per cui, al momento della ratifica di un trattato, uno Stato appone una riserva

60 Corte permanente di giustizia internazionale, *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory*, opinione consultiva del 4 febbraio 1932, par. 62.

61 Assemblea generale, *Draft Declaration on the Rights and Duties of States*, UN Doc. A/RES/375 (IV) del 6 dicembre 1949, art. 13.

62 Su tale disposizione si veda, più ampiamente, Schmalenbach 2018.

63 Si tratta, in particolare, del Costa Rica (“With regard to Article 27, it interprets this article as referring to secondary law and not to the provisions of the Political Constitution”) e del Guatemala (“A reservation is hereby formulated with respect to Article 27 of the Convention, to the effect that the article is understood to refer to the provisions of the secondary legislation of Guatemala and not to those of its Political Constitution, which take precedence over any law or treaty”). È interessante notare come Austria, Danimarca, Finlandia, Svezia e Regno Unito abbiano formulato un'obiezione a tale riserva, sostenendo che sarebbe contraria all'oggetto e allo scopo della Convenzione di Vienna in quanto in contrasto con un principio universalmente riconosciuto sul diritto dei trattati (Schmalenbach 2018: 497).

secondo cui la sua applicazione deve risultare compatibile con la Costituzione o con il diritto interno dello Stato riservante.⁶⁴ Oltre ad essere rare, spesso gli altri Stati formulano delle obiezioni rispetto a tali riserve, ritenendole contrarie all'oggetto e allo scopo del rispettivo trattato e, più ampiamente, al principio di supremazia del diritto internazionale.⁶⁵ Per sua parte, richiamando il principio di supremazia, la Corte interamericana dei diritti umani ha espressamente dichiarato incompatibile con l'oggetto e lo scopo della Convenzione interamericana dei diritti umani del 22 novembre 1969 (di seguito: CADU) una riserva interna formulata da Trinidad e Tobago⁶⁶ rispetto alla clausola di accettazione della giurisdizione della Corte stessa.⁶⁷ O ancora, il Comitato sull'eliminazione della discriminazione nei confronti delle donne ha dichiarato incompatibili le riserve interne formulate da numerosi Stati rispetto alla Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne del 18 dicembre 1979, tendenti a far salve le norme o prassi interne che istituzionalizzano diverse tipologie di discriminazioni

64 Per un'analisi, si veda Palombino 2015: 523. Nonostante sia stato sostenuto che tale prassi "should be interpreted as making explicit the States' persistent concern the safeguarding of domestic constitutional principles" (Peters 2009: 170), essa costituisce anche una forte conferma del principio di supremazia del diritto internazionale, e del fatto che esso può essere derogato solo in circostanze ben determinate, sempre che il trattato in questione consenta un tale tipo di riserva.

65 Schmalenbach 2018: 498; Breuer 2019: 6.

66 La riserva affermava che "[a]s regards Article 62 of the Convention, the Government of the Republic of Trinidad and Tobago, recognizes the compulsory jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights, as stated in the said article, only to such extent that recognition is consistent with the relevant sections of the Constitution of the Republic of Trinidad and Tobago; and provided that Judgment of the Court does not infringe, create or abolish any existing rights or duties of any private citizen".

67 Corte interamericana dei diritti umani, *Hilaire v. Trinidad and Tobago*, sentenza sulle eccezioni preliminari del 1 settembre 2001, par. 93: "accepting the said declaration in the manner proposed by the State would lead to a situation in which the Court would have the State's Constitution as its first point of reference, and the American Convention only as a subsidiary parameter, a situation which would cause a fragmentation of the international legal order for the protection of human rights, and which would render illusory the object and purpose of the Convention"; Corte interamericana dei diritti umani, *Benjamin et al v. Trinidad and Tobago*, sentenza sulle eccezioni preliminari del 1 settembre 2001, par. 84.

delle donne nell'ambito del matrimonio.⁶⁸ A tal fine, il Comitato ha sancito che “[n]either traditional, religious or cultural practice nor incompatible domestic laws and policies can justify violations of the Convention”.⁶⁹

La natura consuetudinaria del principio che è stato codificato all'art. 27 è stata confermata, per fare alcuni esempi, dalla Corte internazionale di giustizia⁷⁰ e dalla Corte africana dei diritti umani e dei popoli.⁷¹ La Corte europea dei diritti umani, che ha invocato l'art. 27 in diverse occasioni,⁷² ha di recente ribadito che il principio in esso sancito si

68 Comitato sull'eliminazione della discriminazione nei confronti delle donne, *General Recommendation on Article 16 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. Economic Consequences of Marriage, Family Relations and Their Dissolution*, UN Doc. CEDAW/C/GC/29 del 26 febbraio 2013, par. 2-3: “in many States, the rights and responsibilities of married partners are governed by civil or common law principles; religious or customary laws and practices; or some combination of such laws and practices; that discriminate against women and do not comply with the principles set out in the Convention. Many of the States parties that maintain such legal arrangements have entered reservations to all or parts of articles 16 and 2. The Committee on the Elimination of Discrimination against Women has repeatedly noted with concern the extent of these reservations, which it considers invalid because they are incompatible with the object and purpose of the Convention”.

69 Ivi, par. 54.

70 Corte internazionale di giustizia, *Question Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, sentenza del 22 luglio 2012, par. 113.

71 Corte africana dei diritti umani e dei popoli, *Tanganyika Law Society, The Legal and Human Rights Centre & Rev. Christopher R. Mtikila v. The Tanzania*, ricorsi n. 9/2011 e 11/2011, sentenza del 14 giugno 2013, par. 108; Corte africana dei diritti umani e dei popoli, *Alfred Agbesi Woyome v. Republic of Ghana*, ricorso n. 1/2017, sentenza del 28 giugno 2019, par. 32.

72 Corte europea dei diritti umani, *N.D. and N.T. v. Spain* [GC], ricorsi n. 8675/15 e 8697/15, sentenza del 13 febbraio 2020, par. 110, in relazione all'accertamento della giurisdizione statale ai sensi dell'art. 1 CEDU; Corte europea dei diritti umani, *Al-Nashiri v. Poland*, ricorso n. 28761/11, sentenza del 24 luglio 2014, par. 366: “Pursuant to Article 27 of the Vienna Convention, the provisions of internal law may not be invoked as justification for a failure by the Contracting State to abide by its treaty obligations. In the context of the obligation flowing from the text of Article 38 of the Convention, this requirement means that the respondent Government may not rely on domestic legal impediments, for instance an absence of a special decision by a different agency of the State, to justify a failure to furnish all the facilities necessary for the Court's examination of the case”; Corte europea dei diritti umani, *Husayn (Abu Zybaydah) v. Poland*, ricorso n. 7511/13, sentenza del 24 luglio 2014, par. 358; Corte europea dei diritti umani, *Janowiec and others*

riferisce anche alle norme delle Costituzioni nazionali⁷³ e, di conseguenza, alle pronunce rese dalle rispettive corti costituzionali.⁷⁴ O ancora, l'art. 27 è stato invocato dal Comitato ONU dei diritti umani per chiarire che gli Stati non possono difendersi semplicemente attribuendo una condotta in violazione degli obblighi sanciti nel Patto internazionale sui diritti civili e politici (di seguito: PIDCP) ad un organo diverso dall'esecutivo⁷⁵ e che non possono invocare il proprio diritto costituzionale per giustificare tali illeciti.⁷⁶ Per sua par-

v. *Russia* [GC], ricorsi n. 55508/07 e 29520/09, sentenza del 21 ottobre 2013, par. 211.

- 73 Corte europea dei diritti umani, *Humpert and others v. Germany* [GC], ricorsi n. 59433/18, sentenza del 14 dicembre 2023, par. 71: "The principle that States must abide by their international obligations has long been entrenched in international law; in particular, «a State cannot adduce as against another State its own Constitution with a view to evading obligations incumbent upon it under international law or treaties in force» [...]. The Court further observes that, under the Vienna Convention on the Law of Treaties, a State cannot invoke its domestic law, including the Constitution, as justification for its failure to respect its international-law commitments"; Corte europea dei diritti umani, *Grzęda v. Poland* [GC], ricorso n. 43572/18, sentenza del 15 marzo 2022, par. 340.
- 74 Si vedano Corte europea dei diritti umani, *Walęsa v. Poland*, ricorso n. 50849/21, sentenza del 23 novembre 2023, par. 143; Corte europea dei diritti umani, *Juszczyszyn v. Poland*, ricorso n. 35599/20, sentenza del 6 ottobre 2022.
- 75 Comitato dei diritti umani, *General Comment No. 31, The Nature and the General Legal Obligation Imposed on State Parties to the Covenant*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13 del 26 maggio 2004, par. 4: "The executive branch that usually represents the State Party internationally, including before the Committee, may not point to the fact that an action incompatible with the provisions of the Covenant was carried out by another branch of government as a means of seeking to relieve the State Party from responsibility for the action and consequent incompatibility. This understanding flows directly from the principle contained in Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, according to which a State Party «may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty»". Al riguardo, si vedano anche Corte europea dei diritti umani, *Assanidze v. Georgia*, ricorso n. 71503/01, sentenza dell'8 aprile 2004, par. 146, Corte europea dei diritti umani, *Shamayev and Others v. Georgia and Russia*, ricorso n. 36378/02, sentenza del 12 aprile 2005, par. 498.
- 76 Comitato dei diritti umani, *General Comment No. 31, The Nature and the General Legal Obligation Imposed on State Parties to the Covenant*, cit., par. 4: "Although article 2, paragraph 2, allows States Parties to give effect to Covenant rights in accordance with domestic constitutional processes, the same principle operates so as to prevent States parties from invoking provisions of the constitutional law or other aspects of domestic law to justify a failure to perform or give effect to obligations under the treaty".

te, è interessante notare come la Corte interamericana, che anche ha ribadito il principio numerose volte,⁷⁷ ha elaborato una specifica teoria volta a sancire la prevalenza della CADU sul diritto interno, anche costituzionale: si tratta di quello che viene definito “controllo di convenzionalità” (*conventionality control*),⁷⁸ il quale implica che “the [Interamerican] Convention always prevails [...] with respect to the Constitution, and that it should be interpreted «according to» and not against the Convention. It means the domestication of the Constitution by the [Interamerican] Convention”.⁷⁹ Ai sensi di tale

Sempre per quanto riguarda i Comitati ONU, si vedano anche Comitato contro la tortura, *X v. Kazakhstan*, UN Doc. CAT/C/55/D/554/2013 del 9 ottobre 2015, par. 10.3; Comitato contro la tortura, *D.I.S. v. Hungary*, UN Doc. CAT/C/56/D/671/2015 del 10 febbraio 2016, par. 9.2.

- 77 Si vedano, ad esempio, Corte interamericana dei diritti umani, *International Responsibility for the Issuance and Application of Laws in Violation of the Convention*, opinione consultiva n. OC-14/94 del 9 dicembre 1994, par. 35: “Pursuant to international law, all obligations imposed by it must be fulfilled in good faith; domestic law may not be invoked to justify nonfulfillment”; Corte interamericana dei diritti umani, *The Obligations in Matters of Human Rights of a State that Has Denounced the American Convention on Human Rights and the Charter of the Organization of American States*, opinione consultiva n. OC-26/20 del 9 novembre 2020, par. 171: “the Court stresses that, pursuant to Article 27 of the Vienna Convention, domestic provisions and procedures may not be used as a pretext or an obstacle to the fulfilment of human rights obligations previously acquired”.
- 78 Corte interamericana dei diritti umani, *Almonacid-Arellano et al v. Chile*, sentenza del 26 settembre 2006, parr. 124-125: “The Court is aware that domestic judges and courts are bound to respect the rule of law, and therefore, they are bound to apply the provisions in force within the legal system. But when a State has ratified an international treaty such as the American Convention, its judges, as part of the State, are also bound by such Convention. This forces them to see that all the effects of the provisions embodied in the Convention are not adversely affected by the enforcement of laws which are contrary to its purpose and that have not had any legal effects since their inception. In other words, the Judiciary must exercise a sort of «conventionality control» between the domestic legal provisions which are applied to specific cases and the American Convention on Human Rights. [...] By the same token, the Court has established that «according to international law, the obligations that it imposes must be honored in good faith and domestic laws cannot be invoked to justify their violation». This provision is embodied in Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969”.
- 79 Orescu 2020: par. 9.

teoria, le autorità nazionali sono addirittura tenute a disapplicare le norme interne che siano incompatibili con la CADU.⁸⁰

La Convenzione di Vienna prevede un'unica, specifica, eccezione al principio di cui all'art. 27, sancita all'art. 46,⁸¹ il quale viene generalmente considerato come corrispondente a una norma di diritto internazionale consuetudinario.⁸² Quest'ultimo, dopo aver ribadito che uno Stato non può invocare una violazione di norme di diritto interno per invalidare il proprio consenso ad essere vincolato da un trattato, chiarisce che ciò vale a meno che si tratti di una "violazione manifesta" di una "regola di importanza fondamentale" sulla conclusione dei trattati. Il secondo paragrafo specifica che una violazione si intende manifesta quando sia "obiettivamente evidente" a una controparte in buona fede. Si tratta, dunque, del caso, assolutamente eccezionale, in cui l'organo che abbia espresso il consenso a vincolare lo Stato non avesse, secondo il diritto interno, il potere di farlo.⁸³ La formulazione negativa di tale norma è intesa a limitarne al massimo l'applicazione, in conformità al principio di supremazia, "al fine di evitare che, invocando norme o prassi del proprio ordinamento, uno Stato possa sottrarsi al rispetto di obblighi pur liberamente sottoscritti e, dunque, vincolanti".⁸⁴ Per quanto qui rileva, l'art. 46 è stato invocato, talvolta in modo abusivo,⁸⁵ per dichiarare incompatibili con le norme fondamentali della Costituzione

80 Si vedano, tra le tante, Corte interamericana dei diritti umani, *Heliodoro Portugal v. Panama*, sentenza del 12 agosto 2008, par. 180, e le pronunce ivi citate: "According to this principle, every judge must ensure the *effet utile* of international instruments so that they are not reduced or annulled by the application of domestic laws and practices contrary to the object and purpose of the international instrument or standard for the protection of human rights".

81 Esso dispone quanto segue: "1. A State may not invoke the fact that its consent to be bound by a treaty has been expressed in violation of a provision of its internal law regarding competence to conclude treaties as invalidating its consent unless that violation was manifest and concerned a rule of its internal law of fundamental importance. 2. A violation is manifest if it would be objectively evident to any State conducting itself in the matter in accordance with normal practice and in good faith".

82 De Sena, Starita 2023: 71.

83 Palombino 2015: 506: "the consent of a State to be bound must have been expressed by an organ entitled to do so".

84 De Sena, Starita 2023: 71.

85 Sulla prassi in materia si veda Mauri 2022.

nazionale, e quindi asseritamente invalidi ai sensi del diritto internazionale, gli strumenti di ratifica della giurisdizione di alcuni tribunali internazionali.⁸⁶

Più di recente, il principio di supremazia è stato incorporato nelle regole codificate agli artt. 3⁸⁷ e 32⁸⁸ del Progetto di articoli del 2001 sulla responsabilità dello Stato per atti internazionalmente illeciti, elaborato dalla Commissione del diritto internazionale. Essi chiariscono, rispettivamente, che la qualificazione di un atto come internazionalmente illecito è disciplinata dal diritto internazionale, a prescindere dal fatto che il medesimo atto sia qualificato come lecito ai sensi del diritto interno,⁸⁹ e che uno Stato non può invocare il proprio diritto interno come giustificazione per l'inadempimento di un obbligo internazionale.⁹⁰ Secondo il Commentario della Commissione al Progetto di articoli, nonostante uno Stato possa incontrare difficoltà a dare attuazione a un obbligo internazionale a causa delle regole in vigore nel proprio sistema giuridico interno, esso "is not entitled to oppose its in-

86 Si vedano, ad esempio, Corte costituzionale della Repubblica Dominicana, sentenza n. TC/0256/14 del 4 novembre 2014, che ha dichiarato incostituzionale la ratifica dell'accettazione della giurisdizione della Corte interamericana dei diritti umani; Corte costituzionale del Benin, sentenza n. DCC 20-434 del 30 aprile 2020, che ha dichiarato incostituzionale il Protocollo addizionale al trattato ECOWAS sulla giurisdizione della Corte di giustizia dell'Organizzazione.

87 Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, art. 3 (*Characterization of an act of a State as internationally wrongful*): "The characterization of an act of a State as internationally wrongful is governed by international law. Such characterization is not affected by the characterization of the same act as lawful by internal law".

88 Ivi, art. 32 (*Irrelevance of internal law*): "The responsible State may not rely on the provisions of its internal law as justification for failure to comply with its obligations under this Part".

89 Corte internazionale di giustizia, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, sentenza del 20 luglio 1989, par. 73: "Compliance with municipal law and compliance with the provisions of a treaty are different questions. What is a breach of a treaty may be lawful in the municipal law and what is unlawful in the municipal law may be wholly innocent of violation of a treaty provision".

90 Corte internazionale di giustizia, *Pulp Mills of the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, sentenza del 20 aprile 2010, par. 121.

ternal law or practice as a legal barrier to the fulfilment of an international obligation".⁹¹

L'irrelevanza delle difficoltà derivanti dal diritto interno trova ampio riconoscimento nella prassi giurisprudenziale disponibile. Ai sensi di quest'ultima, la difficoltà incontrata da uno Stato nell'adeguare il proprio ordinamento interno agli obblighi internazionalmente assunti, infatti, "non si traduce mai in una deroga al principio della non invocabilità del diritto interno quale giustificazione per il loro mancato adempimento".⁹² Ciò è confermato, ad esempio, dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di obblighi primari e secondari derivanti dalla CEDU. Quanto ai primi, la Corte europea ha affermato che "under the Convention, particularly Article 1, in ratifying the Convention the Contracting States undertake to ensure that their domestic law is compatible with the Convention".⁹³ Quanto ai secondi, essa ha sancito, in materia di riparazione dell'illecito, che lo Stato responsabile ha un obbligo di "remove any obstacles in its domestic legal system that might prevent the applicant's situation from being adequately redressed".⁹⁴ Lo stesso è stato affermato nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani, secondo cui gli Stati membri hanno un obbligo di adattare la propria legislazione nazionale agli standard di tutela sanciti nella CADU,⁹⁵ e della Corte africana dei diritti umani e dei popoli, che ha ritenuto che l'obbligo generale di rispettare i diritti umani di cui all'art. 1 della Carta africana dei diritti umani e dei popoli (di seguito: CADUP) implica un obbligo degli Stati di rendere il proprio diritto in-

91 Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, cit., art. 32, commentario, par. 1.

92 Saccucci 2018: 200.

93 Si veda, ad esempio, Corte europea dei diritti umani, *Scordino v. Italy* (No. 1) [GC], ricorso n. 36813/97, sentenza del 29 marzo 2006, par. 234.

94 *Ex multis*, Corte europea dei diritti umani, *Scoppola v. Italy* (No. 2) [GC], ricorso n. 10249/03, sentenza del 17 settembre 2009, par. 152.

95 Si veda, per un'analisi approfondita della giurisprudenza in materia, Commissione interamericana dei diritti umani, *Obligation of States to Adapt Their Domestic Legislation to the Inter-American Standards of Human Rights*, rapporto n. OEA/Ser.L/V/II del 25 gennaio 2021.

terno conforme ai diritti previsti nel trattato.⁹⁶ Anche il Comitato dei diritti economici, sociali e culturali ha statuito che, in virtù dell'art. 27 della Convenzione di Vienna, "States should modify the domestic legal order as necessary in order to give effect to their treaty obligations".⁹⁷

Alla luce di tali diverse codificazioni e dell'applicazione pratica che ne è stata fatta, è opportuno ricordare che il principio in discussione può essere guardato da una duplice prospettiva: sotto il profilo dei rapporti tra ordinamenti, esso prescrive la prevalenza o superiorità del diritto internazionale sul diritto interno; sotto il profilo della responsabilità internazionale, comporta che uno Stato non possa invocare il proprio diritto interno per giustificare o scusare la violazione di un obbligo internazionale e, dunque, sancisce la non opponibilità del diritto interno. Sul piano interno, esso sarà certamente libero di far prevalere il proprio diritto, ma di ciò dovrà rispondere sul piano internazionale.⁹⁸ Esso non implica, invece, che il diritto

96 Corte africana dei diritti umani e dei popoli, *Ally Rajabu and others v. United Republic of Tanzania*, ricorso n. 7/15, sentenza del 28 novembre 2019, par. 124-125; Corte africana dei diritti umani e dei popoli, *Armand Guehi v. United Republic of Tanzania*, ricorso n. 1/15, sentenza del 7 dicembre 2008, par. 149; Corte africana dei diritti umani e dei popoli, *Kennedy Owino Onyachi and Another v. United Republic of Tanzania*, ricorso n. 3/15, sentenza sul merito del 28 settembre 2017, par. 159: "The Court reiterates its position in the matter of *Alex Thomas v Tanzania* that Article 1 of the Charter imposes on States Parties the duty to recognize the rights guaranteed therein and to adopt legislative and other measures to give effect to these rights, duties and freedoms. Accordingly, in assessing whether or not a State has violated Article 1 of the Charter, the Court examines not only the availability of domestic legislative measures taken by the State but also whether the application of those legislative or other measures is in line with the realization of the rights, duties and freedoms enshrined in the Charter, that is, the attainment of the objects and purposes of the Charter. If the «Court finds that any of the rights, duties and freedoms set out in the Charter are curtailed, violated or not being achieved, this necessarily means that the obligation set out under Article 1 of the Charter has not been complied with and has been violated»".

97 Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, *General Comment No. 9: The Domestic Application of the Covenant*, UN Doc. E/C.12/1998/24 del 3 dicembre 1998, par. 3. Peraltro, al par. 4 il Comitato ha aggiunto che "legally binding international human rights standards should operate directly and immediately within the domestic legal system of each State party, thereby enabling individuals to seek enforcement before national courts and tribunals".

98 Fitzmaurice 1986: 590.

to internazionale sia in grado di invalidare norme di diritto interno con esso incompatibili, né che sussista un obbligo di disapplicare dette norme (salvo, come si è visto, quanto affermato dalla Corte interamericana secondo la teoria del controllo di convenzionalità). Il principio produce quindi effetti sul piano internazionale e pressoché nessuno sul piano interno,⁹⁹ in cui gli atti contrari al diritto internazionale restano perfettamente validi. Esso implica, quindi, una forma di monismo moderato, secondo la definizione che ne abbiamo dato sopra.

Senonché, la prassi recente di alcuni Stati tende a mettere in discussione tale principio o, quanto meno, a suggerire che esso abbia subito una evoluzione, in conformità al mutamento dei valori protetti dal diritto internazionale e di alcune caratteristiche strutturali dell'ordinamento internazionale. In particolare, come si è anticipato, alcune pronunce nazionali e alcuni governi tendono ad affermare che le norme costituzionali o, quanto meno, i principi fondamentali o supremi delle costituzioni nazionali dovrebbero prevalere, in caso di contrasto, sulle norme internazionali incompatibili. Prima di esaminare tale prassi, allora, risulta utile analizzare il modo in cui la dottrina recente ha messo in discussione e riformulato il principio di supremazia del diritto internazionale.

Secondo Malenovsky, il punto di partenza per la formulazione di una nuova concezione del principio di supremazia consiste nella comprensione delle sue origini storiche.¹⁰⁰ Tale principio, come si è visto sopra, è stato affermato in alcuni lodi arbitrali risalenti alla fine dell'Ottocento e agli inizi del Novecento, dunque in un'epoca in cui diritto internazionale e diritto interno disciplinavano materie estremamente diverse tra loro, e raramente si intersecavano.¹⁰¹ Per tale

99 Schmalenbach 2018: 494: "Art. 27 does not require that national courts override deviating internal law. On this basis, the provision's significance within the national legal order is limited. [...] [it] addresses States as international actors, not State organs applying internal law domestically"; Breuer 2019: 14: "that supremacy in terms of international law is confined to the international realm, meaning that solely from the perspective of international law, States may not invoke municipal law to evade their international obligations. It does not mean that under national law, States are prevented from doing so".

100 Malenovsky 2017: 325.

101 Nollkaemper 2010: 72; Palombino 2015: 506.

ragione, esso non è stato opposto o contestato dagli Stati, in quanto le carte costituzionali dell'epoca non riconoscevano alcuna efficacia interna del diritto internazionale (specie dei trattati, conclusi dal Capo dello Stato, di solito senza il concorso del potere legislativo), all'interno dell'ordinamento nazionale. Allo stesso tempo, in un'epoca di carte costituzionali flessibili, queste non avevano un rango o ruolo privilegiato nell'ordinamento interno, potendo essere derogate da qualsiasi norma di legge successiva. Sarebbe per tali ragioni che il principio di supremazia del diritto internazionale, e la connessa impossibilità di invocare norme costituzionali per giustificare la violazione, si sono affermati senza alcuna contestazione e opposizione da parte degli Stati.

Tali circostanze, invece, sarebbero oggi mutate: in primo luogo, gli Stati hanno perso la fiducia incontestata nel diritto internazionale che sembravano avervi riposto al termine del secondo conflitto mondiale; in secondo luogo, la giustificazione della legittimazione del potere statale, prima connesso alla natura divina del sovrano, è stata attribuita alla sovranità popolare, al cui controllo sono sottoposti gli atti del potere esecutivo, compresi quelli conclusi sul piano internazionale; in terzo luogo, si è passati da costituzioni flessibili a costituzioni rigide, fondanti l'ordinamento dello Stato e i suoi valori politici e sociali, e dotate di corti costituzionali che ne monitorano il rispetto anche con riferimento al diritto internazionale; in quarto luogo, il principio di democrazia su cui si fondano gli ordinamenti interni porta a guardare con sfavore gli atti normativi internazionali, posto il deficit di democraticità che caratterizza l'ordinamento internazionale; in quinto luogo, quest'ultimo ha cominciato ad occuparsi di materie, quali la tutela dei diritti umani ma anche i rapporti commerciali, prima rientranti nel dominio riservato della sovranità statale, e rispetto alle quali gli ordinamenti interni non intendono perdere la propria voce in capitolo; infine, lo sviluppo di una più intensa cooperazione internazionale e transazionale porta i giudici di diversi ordinamenti interni ad ispirarsi a vicenda, specie laddove si tratti di costruire un fronte comune per proteggere la sovranità statale da "attacchi" provenienti dall'ordinamento internazionale.¹⁰²

102 Malenovsky 2017: 326.

In tale mutato contesto, non è pertanto illogico, ma anzi imposto dalla realtà dei fatti, ipotizzare che assieme all'ordinamento internazionale subisca un'evoluzione anche quello che costituisce uno dei suoi principi cardine. Nella dottrina, si è così diffuso un certo orientamento tendente a riconoscere che "lo Stato che rispetti i principi fondamentali della propria Costituzione, in particolare per assicurare la tutela dei diritti umani, non incorrerebbe in un illecito internazionale".¹⁰³

Coloro che sostengono tale possibilità, in particolare, tendono a negare il ricorso a un 'approccio triepeliano' che presupponga una netta distinzione tra ordinamento internazionale e ordinamenti interni.¹⁰⁴ Tale approccio muove dal presupposto che, a partire dal secondo conflitto mondiale, l'ordinamento internazionale ha cominciato ad occuparsi di, e a proteggere, una serie di interessi e valori precedentemente estranei al proprio ambito, quali la tutela della dignità umana e dei diritti umani.¹⁰⁵ Qualora si produca un conflitto tra norme internazionali e principi costituzionali supremi, che tutelano i valori dei diritti umani, non vi sarebbe quindi un conflitto tra ordinamenti, bensì un conflitto tra interessi e valori che sono propri tanto dell'ordinamento internazionale quanto di quelli interni. Lo stesso ordinamento internazionale dovrebbe allora avere interesse a garantire la propria coerenza interna e a sanare, mediante gli strumenti a ciò predisposti, le contraddizioni presenti nel sistema. Ciò dovrebbe essere fatto non tramite la rigida imposizione della prevalenza di determinate norme (internazionali) su altre (nazionali), ma prendendo in considerazione il contenuto delle stesse e il loro valore nel caso concreto.

103 Salerno 2015: 41. Secondo l'autore, tuttavia, "non vi è prassi internazionale che attesti l'esistenza di una tale esimente". Ma si veda *infra*, al capitolo 1.

104 Triepel 1899: 111. Heinrich Triepel formulò, nel corso del diciannovesimo secolo, la sua teoria dualistica, secondo cui il diritto internazionale e il diritto interno sarebbero "due cerchi che al massimo si toccano a vicenda ma non si incrociano mai".

105 Palombino 2015: 506: "over the years, fields traditionally belonging to State domestic jurisdiction (such as the protection of human rights) have begun to be regulated by international provisions as well. Accordingly, most national legal systems, while being open to international law, increasingly insist on preserving an area where the State's inclination to retain full sovereignty may hinder the implementation of an international norm or act".

4. Il piano dell'opera: un sentiero pieno di vicoli ciechi?

Prendendo le mosse da tali riflessioni, il presente volume intende percorrere le diverse strade argomentative proposte fino ad ora dalla dottrina per mettere in discussione o riformulare, senza scavalcare del tutto, l'ostacolo costituito dal principio di supremazia del diritto internazionale sul diritto interno, e dalla connessa impossibilità di invocare i principi costituzionali fondamentali o supremi per giustificare violazioni di obblighi internazionali dello Stato. Come si vedrà, superare tale ostacolo è particolarmente difficile, al punto che si avrà l'impressione di intraprendere un sentiero che porta inevitabilmente a imboccare una serie di vicoli ciechi.

Nel capitolo 1 si esplorerà la possibilità, suggerita da vari autori, che si sia formata nell'ordinamento internazionale una specifica norma di diritto consuetudinario che sancisca la possibilità di invocare i principi costituzionali supremi e fondamentali come causa di esclusione dell'illecito internazionale. Tale norma, in sostanza, costituirebbe un'eccezione al principio di supremazia del diritto internazionale sul diritto interno. Dopo aver ricostruito il metodo di accertamento e rilevazione del diritto consuetudinario, fondamentale al fine di verificare l'emersione di una nuova norma consuetudinaria, si chiarirà il ruolo che a tal fine possono svolgere le pronunce dei giudici nazionali. Si passerà così ad esaminare la prassi rilevante che sembra suggerire, in modo più o meno esplicito, la possibilità di far prevalere i principi costituzionali supremi o fondamentali su obblighi internazionali contrastanti, per poi esplorare come la comunità internazionale abbia reagito a tale prassi.

Nel capitolo 2 si inquadreranno i conflitti inter-ordinamentali in esame nell'ambito di una norma già esistente nell'ordinamento internazionale, segnatamente la causa di esclusione dell'illecito della 'necessità', codificata all'art. 25 del Progetto di articoli della Commissione internazionale sulla responsabilità dello Stato per atti internazionalmente illeciti. In particolare, dopo aver esaminato la norma citata e le condizioni da essa poste affinché un atto internazionalmente illecito possa dirsi giustificato dalla necessità di tutelare un "interesse essenziale dello Stato", si tenterà di comprendere, tramite l'esame della prassi statale e della giurisprudenza,

za internazionale pertinenti, se quest'ultima nozione possa essere interpretata nel senso tale da ricomprendere i principi supremi o fondamentali delle Costituzioni nazionali.

Da ultimo, nel capitolo 3 si tenterà di percorrere un diverso sentiero, non più fondato sull'applicazione di una supposta norma secondaria che sancisca l'esclusione dell'illiceità di un atto in contrasto con un obbligo internazionale, bensì sulla determinazione del rapporto tra le rilevanti norme primarie. Tale possibilità è indicata dalle summenzionate teorie che tendono a mettere in discussione il principio di supremazia del diritto internazionale non tramite l'individuazione di un'eccezione alla sua applicazione, bensì sulla base della trasposizione del conflitto tra ordinamento interno e ordinamento internazionale al piano di un conflitto tra norme internazionali. Questo nei casi in cui il principio costituzionale invocato dallo Stato per giustificare il proprio atto illecito corrisponda sostanzialmente a un interesse o valore tutelato anche dall'ordinamento internazionale. Esaminate tali teorie, e il metodo cui esse propongono di fare riferimento (segnatamente la tecnica del bilanciamento tra principi, interessi o valori), la prassi disponibile sarà riletta alla luce di una distinzione, proposta da tale dottrina, tra Stati che invocano interessi meramente egoistici o interni per opporsi all'attuazione di un obbligo internazionale, e Stati che invocano principi interni sostanzialmente coincidenti a interessi e valori protetti anche dal diritto internazionale. Si proverà quindi a comprendere se l'approccio in questione abbia trovato o possa trovare in futuro accoglimento nella giurisprudenza dei tribunali internazionali, in ultima analisi chiamati a pronunciarsi sulla compatibilità delle condotte degli Stati con i propri obblighi internazionali.

CAPITOLO 1

UNA CONSUETUDINE SULL'ESCLUSIONE DELL'ILLECITO COMMESSO PER TUTELARE I PRINCIPI COSTITUZIONALI FONDAMENTALI

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Il metodo di accertamento delle norme consuetudinarie. 2.1. Il metodo tradizionale dualista. 2.2. Metodi differenziati di accertamento della consuetudine. 2.3. Approccio intermedio: la flessibilizzazione del metodo dualista. 3. Il ruolo delle pronunce dei giudici interni come motore di sviluppo del diritto internazionale. 4. La prassi rilevante nel caso di specie. 4.1. La prassi in materia di immunità giurisdizionale degli Stati. 4.2. La prassi relativa alle sanzioni individuali del Consiglio di sicurezza adottate nell'ambito della lotta al terrorismo. 4.3. La prassi riguardante l'attuazione delle pronunce dei tribunali internazionali sui diritti umani. 4.4. Altra prassi rilevante. 5. Le reazioni della comunità internazionale. 5.1. Le opposizioni alla prassi in materia di immunità. 5.2. L'acquiescenza del Consiglio di sicurezza alla revisione delle sanzioni individuali. 5.3. La forte contestazione del rifiuto di dare attuazione alle pronunce dei tribunali internazionali sui diritti umani. 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Il primo sentiero che può essere percorso per tentare di aggirare il principio di supremazia del diritto internazionale sul diritto interno è quello relativo alla possibile formazione di una specifica norma consuetudinaria che riconosca la possibilità di invocare i principi fondamentali o supremi delle Costituzioni nazionali come causa di esclusione del carattere altrimenti illecito di una condotta statale. In questo caso, tale norma sancirebbe una *eccezione specifica* al principio di supremazia, che non opererebbe rispetto ai principi costituzionali fondamentali.

L'eventualità che una tale norma sia in corso di emersione è stata evocata da alcuni autori a seguito della summenzionata sentenza n. 238 del 2014 della Corte costituzionale italiana, in alcuni casi limitandola a una ipotetica norma regionale formatasi in ambito europeo,¹ in altri estendendola

1 De Sena 2014b: 31: "[I will not] advance the hypothesis that customary international law has developed to the point where a State may invoke its constitutional provisions concerning access to justice as a legal excuse for failure to perform conflicting international obligations. Instead, [...] in all

all'intero ordinamento internazionale.² Essa sancirebbe che, laddove posta un essere allo scopo di proteggere alcuni principi fondamentali o supremi delle Costituzioni nazionali, una condotta incompatibile con un obbligo internazionale sarebbe giustificata, ossia lecita per l'ordinamento internazionale, o scusata, nel senso per cui, pur se illecita, non implicherebbe il sorgere della responsabilità internazionale dello Stato.

Allo scopo di determinare se tale consuetudine possa dirsi effettivamente esistente nell'ordinamento internazionale contemporaneo, si procederà qui di seguito, in primo luogo, a determinare quale sia il più appropriato metodo di accertamento e identificazione delle norme di diritto internazionale consuetudinario (paragrafo 2) e quale sia il ruolo delle pronunce del giudice nazionale nell'ambito di tale procedimento (paragrafo 3). Si passerà successivamente all'esame della concreta prassi rilevante nel caso di specie, ossia delle pronunce di giudici interni in cui, espressamente o implicitamente, sia stata affermata la possibilità di invocare i principi

these cases, access to justice, so as provided by the legal orders at stake, tends actually to be considered as prevailing over conflicting international obligations, insofar as respect for these obligations would entail a denial of judicial protection of the fundamental human right come to the fore. Within these limits, one may therefore wonder if the judgment at issue is also to be deemed a significant contribution to the progressive development of a *regional* customary rule, according to which *European* States may invoke constitutional provisions on access to justice, as a circumstance capable of precluding the wrongfulness of their failure to comply with conflicting international legal duties" (enfasi in originale); Facchinetti 2018: 10: "this practice of resistance to international law by domestic courts seems to be widespread, so that a new rule of customary law – maybe of regional character, limited to Europe – may emerge. Such rule would be in derogation to the well-established principle of international law prescribing the irrelevance of domestic law as a justification for the commission of an illicit act".

- 2 Pisillo Mazzeschi 2015: 28: "Se questa posizione venisse in futuro ripresa dai giudici di altri Stati, essa potrebbe contribuire a incentivare uno sviluppo progressivo del diritto internazionale, tendente a stabilire un'eccezione (quella dei valori costituzionali fondamentali) al principio tradizionale dell'irrelevanza del diritto interno ai fini della qualificazione dell'illiceità internazionale della condotta statale"; Saccucci 2018: 248: "la prassi statale degli Stati registra ormai vari casi in cui la mancata attuazione delle decisioni degli organi internazionali che accertano violazioni strutturali dei diritti umani viene espressamente giustificata, dal punto di vista del diritto interno, con la necessità di assicurare il rispetto di principi o valori fondamentali propri degli ordinamenti giuridici statali, mettendo così in discussione il postulato della supremazia del diritto internazionale"; De Sena, Starita 2023: 211 e 260.

costituzionali supremi o fondamentali per giustificare la violazione di un obbligo internazionale (paragrafo 4). Dopo aver analizzato le rilevanti reazioni della comunità internazionale a tale prassi (paragrafo 5) si tenterà di trarre delle conclusioni in merito all'esistenza o inesistenza della consuetudine ipotizzata (paragrafo 6).

2. Il metodo di accertamento delle norme consuetudinarie

L'art. 38, par. 1, lett. (b) dello Statuto della Corte Internazionale di giustizia, definisce la consuetudine come "evidence of a general practice accepted as law". Più precisamente, la consuetudine è costituita da un "comportamento costante ed uniforme tenuto dagli Stati, dal ripetersi cioè di un dato comportamento, accompagnato dalla convinzione della obbligatorietà e della necessità del comportamento stesso".³

Quando si suppone l'esistenza di una norma consuetudinaria, il problema maggiore risulta provarne l'esistenza seguendo un preciso schema metodologico di accertamento e identificazione. La formazione di una consuetudine, infatti, non segue un processo formalizzato di produzione giuridica, ma costituisce l'"effetto secondario delle condotte degli Stati nelle relazioni internazionali".⁴ Risulta quindi necessario determinare come da semplici fatti, i comportamenti tenuti dagli Stati, si possa passare a delle prescrizioni normative, ossia delle regole giuridiche che impongono quei comportamenti come dovuti.

Tale operazione di accertamento risulta ancora più complessa se si considera che non vi è uniformità di vedute, in dottrina e nella prassi, quanto alla teoria del procedimento consuetudinario. Grosso modo, sono individuabili tre diversi approcci sostenuti dalla dottrina rispetto a quale sia il più adeguato metodo di accertamento di una norma di diritto internazionale consuetudinario: il metodo tradizionale dualista (paragrafo 2.1), le teorie che distinguono diverse tipo-

3 Conforti 2014: 40. Si veda anche De Sena, Starita 2023: 35. Nel *Restatement (third) of Foreign Relations of the United States* (1987), Section 102, la consuetudine internazionale è definita come il diritto che "results from a general and consistent practice of States followed by them from a sense of legal obligation".

4 Cassese 2013: 231.

logie di procedimento consuetudinario, ciascuna avente delle proprie caratteristiche e regole specifiche (paragrafo 2.2), e una teoria intermedia, che propone una flessibilizzazione, ma non un superamento, del metodo dualista sostenuto dalla teoria tradizionale (paragrafo 2.3).

2.1. Il metodo tradizionale dualista

Secondo la teoria tradizionale e assolutamente prevalente in dottrina,⁵ la consuetudine si compone di due elementi costitutivi: un elemento oggettivo (la *diuturnitas*), dato dalla ripetizione, generalizzata e costante nel tempo, di una data condotta da parte dei soggetti dell'ordinamento internazionale; e un elemento soggettivo (l'*opinio iuris sive necessitatis*), rappresentato dal convincimento, condiviso da tali soggetti, che la condotta in questione sia dovuta in forza di una norma giuridica o di una sorta di doverosità sociale, che si ricava da dichiarazioni e altri elementi idonei a far emergere tale convincimento all'esterno. Tale impostazione dualista è senza dubbio confermata dalle *Draft Conclusions* pubblicate nel 2018 dalla Commissione del diritto internazionale in materia di identificazione del diritto consuetudinario,⁶ la quale ha chiarito che il metodo dualista “is widely supported by States, in case law, and in scholarly writings”.⁷

Quanto alla *diuturnitas*, da intendere come generalizzata e consolidata prassi degli Stati che sono interessati dalla norma di cui si ipotizza l'esistenza,⁸ dalle pronunce della

5 De Sena, Starita 2023: 35: “Anche se oggetto di vivaci discussioni, la teoria dualista è oggi largamente accettata”.

6 Commissione del diritto internazionale, *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries*, UN Doc. A/73/10 del 2018, conclusione n. 2: “To determine the existence of a rule of customary international law, it is necessary to ascertain whether there is a general practice that is accepted as law”.

7 Ivi, commentario, par. 1.

8 Per un'analisi dei comportamenti statali rilevanti ai fini della determinazione della prassi si veda Carreau, Marella 2018: 280 s. Gli autori distinguono tra (i) comportamenti esterni degli Stati e (ii) comportamenti interni degli Stati aventi rilevanza internazionale. Rilevano i comportamenti di tutti gli organi statali, e non soltanto di quelli che agiscono nell'ambito delle relazioni internazionali, come detentori del potere estero. Sul punto, si veda più ampiamente *infra*.

Corte internazionale di giustizia emerge che non esiste un criterio, univoco e predeterminabile, in virtù del quale possa dirsi con certezza che la norma è da intendersi formata.⁹ Ciò che si richiede è una “certa frequenza di comportamenti uniformi degli attori della società internazionale, assieme ad una certa generalità di questa prassi”.¹⁰ Neppure il tempo necessario nell'ambito del quale tale condotta sia stata reiterata è predeterminabile in astratto, ma dipende da una serie di circostanze del caso concreto.¹¹

Ma la prassi, di per sé, non creerebbe diritto senza un secondo elemento, di tipo psicologico, dato dal *c o n v i n c i m e n t o* che il comportamento tenuto costituisce osservanza di una regola giuridica, ossia che esso sia giuridicamente dovuto: l'*opinio iuris*. Tale elemento è ciò che trasforma il comportamento degli Stati da mero fatto storico a fatto normativo.¹² Secondo la teoria dualista, l'*opinio iuris* ha una rilevanza secondaria, nel senso che interviene solo a conferma di una prassi già affermata. Essa rileva come espressione del consenso a che una certa prassi consolidata costituisca parte del diritto consuetudinario, permettendo così di distinguere tra obblighi legali e obblighi di carattere non giuridico o mere aspirazioni fondate su considerazioni di carattere etico o morale.¹³ La norma si consolida, quindi, quando un com-

9 Cannizzaro 2018: 119: “il numero di condotte, il loro grado di uniformità, lo spazio temporale, sono variabili che dipendono sia dal tipo di regola consuetudinaria, sia dalla materia trattata, sia, infine, dalle contingenze storiche e dal grado di coesione della comunità internazionale”.

10 Carreau, Merella 2018: 282.

11 Corte internazionale di giustizia, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)*, sentenza del 20 febbraio 1969, par. 74. Si veda anche l'Opinione dissenziente del giudice Tanaka, 175, secondo cui “[t]he repetition, the number of examples of State practice, the duration of time required for the generation of customary law cannot be mathematically and uniformly decided. Each fact requires to be evaluated relatively according to different occasions and circumstances”.

12 Carreau, Marella: 283.

13 Commissione del diritto internazionale, *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries* cit., commentario alla conclusione n. 2, par. 4: “As draft conclusion 2 makes clear, the presence of only one constituent element does not suffice for the identification of a rule of customary international law. Practice without acceptance as law (*opinio juris*), even if widespread and consistent, can be no more than a non-binding usage, while a belief that something is (or ought to be) the law unsupported by practice is mere aspiration; it is the two together that establish

portamento sia tenuto poiché considerato giuridicamente o socialmente dovuto, e in assenza di rilevanti reazioni e opposizioni da parte del resto della comunità internazionale. Peraltro, l'*opinio necessitatis* sarebbe ciò che distingue un comportamento statale volto a modificare o estinguere una consuetudine internazionale da un illecito internazionale. Ove manchi, infatti, il convincimento della doverosità sociale del comportamento, quella condotta costituirà senza alcun dubbio un atto illecito, idoneo a determinare la responsabilità internazionale dello Stato che ne risulti autore.¹⁴

L'accertamento della consuetudine, nell'ambito della concezione tradizionale dualista, è il risultato di un processo induttivo in cui la norma è tratta dalla prassi degli Stati,¹⁵ cui segue l'accettazione da parte degli stessi dei comportamenti che la integrano, in quanto ritenuti imposti dal diritto internazionale. La norma, dunque, trasforma la descrizione empirica di una prassi esistente nella prescrizione normativa di un comportamento dovuto per futuro.¹⁶ Per tale motivo Kelsen definiva quello consuetudinario come un procedimento "inconsapevole e non intenzionale".¹⁷

Tuttavia, bisogna considerare che il contesto in cui si è sviluppata tale teoria è quello di un diritto internazionale come disciplina delle relazioni tra Stati sovrani. Si è allora sostenuto che tale ricostruzione del processo consuetudinario, fondato esclusivamente sulle relazioni tra enti sovrani, risulterebbe ormai inadeguata e superata dall'evoluzione dell'ordinamento internazionale contemporaneo. La consuetudine così come ora descritta è stata pertanto definita come un "dinosaur approach",¹⁸ espressione utilizzata per indicare l'anacronismo della stessa rispetto ai rapidi cambiamenti che hanno caratterizzato il diritto internazionale a partire dal se-

the existence of a rule of customary international law. While writers have from time to time sought to devise alternative approaches to the identification of customary international law, emphasising one constituent element over the other or even excluding one element altogether, such theories have not been adopted by States of in the case law".

14 Conforti 2014: 34.

15 Schwarzenberger 1947.

16 Kelsen 1952: 307.

17 Kelsen 1952: 308.

18 Fidler 1996: 216.

condo dopoguerra. In particolare, si è rilevato come essa mal si adatterebbe ad alcune branche del diritto internazionale che hanno acquisito rilevanza fondamentale, come il settore dei diritti umani, il diritto umanitario, il diritto dell'uso della forza e il diritto internazionale penale, spesso caratterizzati da una forte *opinio iuris* ma dalla corrispettiva assenza o scarsa consistenza della prassi statale.¹⁹ La protezione degli interessi fondamentali che sono tutelati da tali settori dell'ordinamento verrebbe, quindi, a soccombere sempre rispetto alle norme consuetudinarie tradizionali, fondate sulla sovranità statale e serventi rispetto alla stessa, determinando esiti incompatibili con i nuovi interessi riconosciuti dal diritto internazionale.²⁰ Essendo la prassi rilevante in materia molto recente e ancora in corso di consolidamento, l'applicazione del criterio tradizionale-dualistico implicherebbe che norme consuetudinarie moderne, incentrate sulla protezione dell'individuo, eventualmente anche eccedendo norme tradizionali fondate sulla tutela della sovranità statale, risulterebbero (quasi) sempre mancanti. La tutela degli individui sarebbe allora, nella generalità dei casi, destinata a soccombere di fronte agli interessi degli Stati, tutelati da norme rispetto alle quali il procedimento dualista imporrebbe tempi estremamente lunghi per affinché esse si modifichino o ammettano delle eccezioni.

2.2. Metodi differenziati di accertamento della consuetudine

Alla luce delle critiche ora evidenziate, secondo parte della dottrina sarebbe pertanto necessario, oggi, distinguere tra diverse tipologie di consuetudine internazionale.

Al riguardo, alcuni autori distinguono due diverse tipologie di procedimento consuetudinario. La consuetudine 'tradizionale' corrisponderebbe al modello dualistico descritto sopra. Essa sarebbe cioè il risultato di un processo induttivo, in cui la norma è ricavata dalla prassi previamente posta in essere dagli Stati e, per tale motivo, avrebbe carattere descrittivo, nel senso per cui la norma sarebbe il risultato di

¹⁹ Bourgeois, Wouters 2018: 72.

²⁰ Iovane 2018: 207.

qualcosa che è stato e, in quanto tale, si impone come dovuto per il futuro. La consuetudine ‘moderna’, invece, sarebbe ricavata mediante un processo deduttivo a partire da altre norme esistenti nell’ordinamento e potrebbe derivare anche da mere affermazioni della norma stessa; essa avrebbe invece carattere prescrittivo, poiché imporrebbe come dovuto un comportamento ritenuto socialmente doveroso e, quindi, si fonderebbe principalmente sull’elemento dell’*opinio necessitatis*.²¹

Nell’opinione di altri ancora, invece, il procedimento consuetudinario non sarebbe né unico né duplice, ma multiplo. Vi sarebbero, cioè, vari possibili procedimenti di formazione di norme consuetudinarie, ciascuno rilevante a seconda del fenomeno specifico che si prenda in considerazione. Ognuno di tali procedimenti darebbe maggiore o minore rilevanza all’uno o all’altro elemento della consuetudine, senza che esista una regola generale relativa al rapporto e alla combinazione tra i due. La consuetudine non sarebbe quindi un fenomeno unitario, ma una categoria generale che comprende norme venute ad esistenza secondo procedimenti che possono essere anche molto diversi tra loro.²² Secondo tale impostazione, accanto alle norme formatesi secondo il procedimento dualista tradizionale che abbiamo già descritto,²³ vi sarebbero almeno altre due categorie di norme.²⁴

Un primo gruppo comprenderebbe quelle norme di repentina formazione che risultano fondate sull’elemento volontaristico. Tali norme nascerebbero alla luce di “repentine, a volte prepotenti, pretese degli Stati di realizzare propri interessi, ai quali si contrappongono interessi antagonisti degli altri”.²⁵ La norma si formerebbe per reazione o acquiescenza degli altri Stati della comunità internazionale. Nel primo caso

21 Roberts 2001.

22 Cannizzaro 2018: 122.

23 Queste includerebbero le norme tradizionali dell’ordinamento internazionale, come le regole sulla sovranità territoriale, la disciplina dei rapporti diplomatici, le immunità giurisdizionali e i metodi di risoluzione pacifica delle controversie. Carreau, Marella 2018: 290, definiscono tale norma come consuetudine stabilizzatrice o conservatrice o, come è stata anche definita, *coutume sage*.

24 Cannizzaro 2016: 23.

25 Cannizzaro 2018: 123.

la formazione della norma deriverebbe dalla reazione degli Stati e dal successivo tentativo di cercare un equilibrio e un compromesso, in nome dei principi di cooperazione e solidarietà, fra gli interessi che contrappongono i vari Stati: l'equilibrio così raggiunto sarebbe proprio quello che si stabilizza come norma consuetudinaria. Ove a tali prese di posizione corrisponda, invece, un'acquiescenza da parte della comunità internazionale, verrebbe a presumersi una sorta di opportunità della nuova regola, affermata da uno Stato come esistente, che ne garantirebbe l'idoneità a radicarsi ed affermarsi come vincolante.²⁶

Un secondo gruppo comprenderebbe norme fondate su un modello logico-deduttivo che risultano dalla combinazione di principi e valori normativi. Esso presupporrebbe la formazione di norme a prescindere dall'esistenza di prassi, ove esse corrispondano ai mutati bisogni della comunità internazionale. La norma, in questo caso, nascerebbe per deduzione, sulla base di un "processo di disaggregazione e ricomposizione di valori e interessi normativi già esistenti nella comunità internazionale".²⁷ Il procedimento avrebbe inizio mediante l'affermazione della regola, e non a seguito di comportamenti effettivi, come risultato della valutazione normativa di un comportamento che viene ritenuto ideale e quindi dovuto.²⁸ La prassi statale sarebbe meno rilevante, potendo a volte risultare scarsa o fondata su un'unica condotta, giacché tali norme prescriverebbero comportamenti auspicabili, invece che descrivere comportamenti effettivamente posti in essere.²⁹ Elementi validi da cui dedurre la norma sarebbero i trat-

26 Si consideri, ad esempio, Corte permanente di giustizia internazionale, S.S. *Lotus (France v. Turkey)*, sentenza del 7 settembre 1927, che ha ricavato la norma consuetudinaria che riconosce la giurisdizione esclusiva dello Stato di bandiera sulle navi che si trovano in alto mare dalla prassi di alcuni Stati accompagnata dall'acquiescenza degli altri.

27 Cannizzaro 2018: 126.

28 Roberts 2001: 764.

29 Si pensi, ad esempio, alla norma consuetudinaria, peraltro di *ius cogens*, che proibisce la tortura. Essa si è consolidata in quanto nella coscienza sociale globale si è affermata una generale repulsione nei confronti della pratica della tortura, indipendentemente dall'esame della concreta prassi degli Stati (essendo peraltro innegabile che un numero ancora consistente di Stati pratica la tortura, e tra questi anche Stati che in generale si ritengono rispettosi degli standard internazionali sulla tutela dei diritti umani).

tati internazionali multilaterali ratificati da un ampio numero di Stati e le dichiarazioni di organizzazioni internazionali, come ad esempio le risoluzioni dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite,³⁰ nonché le dichiarazioni rese dagli Stati al momento della loro adozione. La nuova norma sarebbe prodotta dall'interazione fra norme già esistenti, venendo a porsi come esito di un procedimento particolarmente appropriato al fine di identificare delle regole che disciplinano i conflitti tra norme generali. Tale metodo di formazione della consuetudine evidenzia, peraltro, il rilievo del giudice nell'evoluzione del diritto internazionale. Tuttavia, questa tipologia di consuetudine, se da alcuni è elogiata perché permette di seguire il passo dell'evoluzione globale da un punto di vista sia morale che sociale,³¹ da altri è guardata con diffidenza, in quanto ritenuta priva di legittimazione (posta la mancanza di una consolidata prassi statale) e pertanto foriera di abusi da parte degli Stati, nonché eccessivamente utopica, ossia tendente a imporre comportamenti che si reputano ideali, ma senza alcun riscontro nella effettiva realtà delle relazioni internazionali.³²

Più in generale, la dottrina che distingue diversi procedimenti di accertamento del diritto consuetudinario è stata criticata in quanto comprometterebbe l'unità della norma consuetudinaria come fonte del diritto, che potrebbe pertanto essere piegata al volere degli Stati.³³ Ci sembra che non

30 Si consideri Corte internazionale di giustizia, *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, sentenza del 27 giugno 1986. Nonostante la Corte internazionale di giustizia abbia dichiarato di applicare il metodo tradizionale, ha individuato la norma consuetudinaria relativa al divieto di uso della forza e al divieto di intervento negli affari interni di uno Stato da risoluzioni dell'Assemblea Generale, senza esaminare la prassi statale. Anzi, i comportamenti che si pongono in contrasto con la norma rilevata dalla Corte, piuttosto che come elementi che ne contrasterebbero la formazione, sono stati considerati come atti posti in essere in violazione di detta norma.

31 Lillich 1996.

32 Secondo Carreau, Marella 2018: 293, in senso palesemente critico, si rientrerebbe in questo caso nel campo della consuetudine selvaggia o rivoluzionaria (*coutume sauvage*), indicando con ciò un procedimento consuetudinario caratterizzato dalla progressiva riduzione della portata temporale necessaria all'affermazione, sul piano sociale e giuridico, di una nuova norma, nonché dal rischio che il rilievo attribuito ai giudici renda questi ultimi non ricognitori di una consuetudine, bensì inventori della stessa.

33 Kelly 2000: 463.

necessariamente, allora, le questioni che la modernità pone rispetto alla formazione di una consuetudine debbano essere risolte introducendo rigide differenziazioni.

2.3. Approccio intermedio: la flessibilizzazione del metodo dualista

Alla luce di tale osservazione, bisogna notare che vi è, da ultimo, chi ritiene che non sussistano distinti procedimenti di formazione e accertamento del diritto consuetudinario, bensì un unico procedimento, il quale tuttavia risulterebbe adattabile e modulabile a seconda del settore materiale dell'ordinamento e degli interessi protetti dalla norma di cui si ipotizzano la formazione e l'esistenza.³⁴ Secondo tale approccio, il peso da attribuire a ciascun elemento costitutivo della consuetudine varierebbe in funzione delle circostanze del caso concreto,³⁵ secondo quella che è stata definita da Kirgis tesi della *sliding scale*.³⁶

34 Commissione del diritto internazionale, *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries*, cit., commentario alla conclusione n. 2, par. 6: "The two-element approach applies to the identification of the existence and content of rules of customary international law in all fields of international law. This is confirmed in the practice of States and in the case law, and is consistent with the unity and coherence of international law, which is a single legal system and is not divided into separate branches with their own approach to sources. While the application in practice of the basic approach may well take into account the particular circumstances and context in which an alleged rule has arisen and operates, the essential nature of customary international law as general practice accepted as law (accompanied by *opinio iuris*) must always be respected".

35 Cassese 2013: 235: "Quando sussistono forti divergenze di interessi (economici o politici), l'*usus* (prassi) può avere una grande importanza nella formazione di una norma consuetudinaria [...]. In altri casi, è invece l'*opinio iuris ac necessitatis* a svolgere un ruolo preminente nel processo di creazione di norme consuetudinarie, in particolare laddove la formazione di tali regole trae origine da motivazioni chiaramente logiche e razionali. [...] è questo il caso delle norme consuetudinarie che proibiscono il genocidio, la schiavitù, la discriminazione razziale, nonché del processo di creazione di norme consuetudinarie in materia di diritto dei conflitti armati"; Bourgeois, Wouters 2018: 85: "without replacing the uniform theory of customary international law by sectorial theories of customs in different branches of international law, we take the view that a varying weight can be accorded to practice and *opinio juris* in different branches of international law".

36 Kirgis 1987: 149.

A noi sembra che tale approccio intermedio sia non solo il più appropriato allo scopo di prendere in considerazione le sfide della modernità senza al contempo negare le caratteristiche strutturali della norma consuetudinaria, ma anche quello che è stato implicitamente fatto proprio dalla Commissione del diritto internazionale. Ed infatti, pur rigettando la teoria della scala mobile in quanto tale, il Relatore speciale della Commissione di diritto internazionale che si è occupato del tema dell'identificazione delle norme consuetudinarie ha riconosciuto espressamente che il procedimento consuetudinario dualistico può applicarsi diversamente a differenti settori o tipi di norme,³⁷ essendo esso *inerentemente flessibile*.³⁸

Sir Wood, in particolare, sembra aver accolto la proposta di Tasioulas,³⁹ secondo cui la teoria della scala mobile potrebbe essere corretta mediante la teoria interpretativa del diritto formulata da Dworkin, ai sensi della quale occorre effettuare un bilanciamento tra ciò che il diritto è e ciò che il diritto dovrebbe essere. La diversa rilevanza dell'uno o dell'altro elemento della consuetudine deriverebbe anche da considerazioni di carattere morale, riferite cioè al contenuto sostanziale della norma. Una norma consuetudinaria potrebbe essere ritenuta sussistente anche in presenza di una forte *opinio iuris* cui non fa riscontro una prassi statale assolutamente consolidata e generalizzata, ovvero in presenza di una prassi molto diffusa ma non sorretta da una *opinio iuris* convincente. La prima ipotesi si verificherebbe con riferimento a norme che

37 Commissione del diritto internazionale, *Second Report on Identification of Customary International Law by M. Wood*, UN Doc. A/CN.4/672 del 22 maggio 2014, par. 28: "[t]here may [...] be a difference in application of the two-element approach in different fields (or, perhaps more precisely, with respect to different types of rules".

38 Commissione del diritto internazionale, *Third Report on Identification of Customary International Law by M. Wood*, UN Doc. A/CN.4/682 del 27 marzo 2015, par. 27: "This reflects the inherently flexible nature of customary international, and its role within the international legal system. Accordingly, in some cases, a particular form (or particular instances) of practice, or particular evidence of acceptance as law, may be more relevant than in others; in addition, the assessment of the constituent elements needs to take account of the context in which the alleged rule has arisen and operate. In any event, the essential nature of customary international law as a general practice accepted as law must not be distorted".

39 Tasioulas 1996.

tutelano interessi essenziali della comunità internazionale, come in particolare la protezione della dignità umana.⁴⁰

Del resto, la stessa Commissione del diritto internazionale non ha escluso la possibilità di ricorrere a un metodo deduttivo, sia pur sempre nell'ambito della concezione dualistica.⁴¹ In tal senso la consuetudine potrebbe pertanto essere anche il risultato di un processo deduttivo, che ha inizio con l'astratta affermazione della *opinio iuris*, successivamente confermata da una certa prassi, non necessariamente generalizzata e consolidata, poiché, in determinati casi, anche un numero ristretto di condotte provenienti da un numero non particolarmente esteso di Stati sarebbe sufficiente. L'*opinio iuris* consisterebbe nella convinzione che un certo comportamento deve affermarsi come dovuto ai sensi del diritto internazionale, poiché finalizzato alla tutela di valori, di origine morale e carattere assiologico e valoriale, che si reputano coessenziali all'ordinamento internazionale e, più in generale, alle più elementari considerazioni di umanità.⁴²

Nella giurisprudenza sono rinvenibili esempi, più o meno risalenti nel tempo, in cui l'accertamento di una norma consuetudinaria è stato manifestamente svincolato dalla rico-

40 Bourgeois, Wouters 2018: 85: "when a rule of international law may enhance the common interests of humanity or the community of States and strong *opinio juris* but inconsistent practice is available, less weight may be given to the requirement of consistent practice, and more weight to the requirement of *opinio juris*, provided that only "clear-cut and unequivocal" *opinio juris* is taken into account and substantial consistent practice is identified. These conditions guarantee that *opinio juris* is sufficiently extensive and beyond discussion among States and the relevant non-State actors and that rules of customary international law do not become entirely utopian".

41 Commissione del diritto internazionale, *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries*, cit., commentario alla conclusione n. 2, par. 5: "The two-element approach is often referred to as «inductive», in contrast to possible «deductive» approaches by which rules might be ascertained other than by empirical evidence of general practice and his acceptance as law. The two-element approach does not in fact preclude a measure of deduction as an aid, to be employed with caution, in the application of the two-element approach, in particular when considering possible rules of customary international law that operate against the backdrop of rules framed in more general terms than themselves derive from and reflect a general practice accepted as law, or when concluding that possible rules of international law form part of an «indivisible regime»".

42 Bourgeois, Wouters 2018: 108.

struzione dell'esistenza di una prassi generalizzata. Si consideri, in particolare, la pronuncia resa nel caso sulla *Fabbrica di Chorzów*, in cui la Corte permanente di giustizia internazionale ha sancito che uno degli effetti giuridici del sorgere della responsabilità internazionale dello Stato è l'obbligo di riparazione del danno causato dalla condotta illecita.⁴³ Come è stato osservato, la Corte non ha accertato, al fine di concludere per l'esistenza di tale norma, se nella prassi delle relazioni internazionali alla commissione di un illecito fosse usualmente seguita una riparazione del danno.⁴⁴ Essa, invece, sembra aver presunto l'esistenza della norma senza verificare empiricamente la presenza di una prassi, in virtù di esigenze di carattere morale, valoriale e sistematico, in quanto un sistema giuridico che non preveda una sanzione, come effetto conseguente alla violazione di un obbligo giuridico, sarebbe privo del carattere dell'effettività.⁴⁵ Più di recente, nel caso sul *Mandato d'arresto* la Corte internazionale di giustizia ha sancito l'esistenza di una norma di diritto consuetudinario che riconosce l'immunità ai Ministri degli affari esteri. A tal fine, la Corte non ha proceduto ad un'analisi della prassi statale, essendosi limitata ad osservare che l'immunità è loro riconosciuta "to ensure the effective performance of their functions on behalf of their respective States". Al fine di determinare l'esatto contenuto di tale immunità, la Corte internazionale di giustizia ha quindi preso in considerazione "the nature of the functions" esercitate dai Ministri degli affari esteri.⁴⁶ In sostanza, essa sembra aver ritenuto come meritevoli di tutela ai sensi dell'ordinamento internazionale le funzioni di tali organi statali e, sulla base di un ragionamento valoriale e sistematico, ha statuito il contenuto della relativa norma.

Ove si aderisca a tale tesi, resterebbe il problema di stabilire come determinare i valori, etici e morali, che sarebbero

43 Corte permanente di giustizia internazionale, *Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*, sentenza del 13 settembre 1928.

44 Tomuschat 2018: 197.

45 *Contra*, Tomka 2013, che ritiene che la Corte avrebbe semplicemente ritenuto non necessario condurre un'analisi della prassi statale in quanto considerata auto-evidente.

46 Corte internazionale di giustizia, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, sentenza del 14 febbraio 2002, par. 53.

idonei a guidare il procedimento consuetudinario, posto che essi variano tra gli Stati. Diverse proposte sono state fatte al riguardo. Secondo Lepard dovrebbe farsi ricorso a quelli che l'autore definisce *fundamental ethical principles*, identificandoli con quei principi "already accepted by governments in agreements and declarations, but which are also linked to a preeminent principle of unity in diversity".⁴⁷ Secondo Roberts, tale dimensione sostanziale del processo consuetudinario dovrebbe considerare quei valori, relativi a ciò che è giusto e ciò che è sbagliato, soggettivamente e generalmente condivisi dalla maggioranza degli Stati, la cui rilevanza si desume dal fatto che sono stati adottati in trattati multilaterali e dichiarazioni, più o meno formali, rese dagli Stati, spesso in seno a organizzazioni internazionali. Il procedimento consuetudinario, in tal senso, sarebbe guidato dalla finalità di garantire la coerenza interna dell'ordinamento internazionale.⁴⁸ Tale processo permetterebbe di riconciliare prassi e principi, senza far prevalere l'uno sull'altro: il bilanciamento tra i due deriverebbe dalla forza della prassi e dei principi che sorreggono l'*opinio iuris*. A tal fine, dovrebbe farsi riferimento ai principi generali rilevanti nella materia, come strumento che non solo permette la trasposizione di ciò che è extra-giuridico nell'ambito del diritto, ma lo farebbe proprio ponendosi alla base del ragionamento deduttivo, di cui poco sopra abbiamo menzionato l'idoneità ai fini della individuazione di una norma consuetudinaria.

Alla luce di quanto sopra, noi riteniamo che, pur senza abbandonare la logica tradizionale del metodo dualista, quest'ultimo possa essere applicato con una certa flessibilità, specialmente laddove la norma che si intenda rilevare abbia ad oggetto la protezione di interessi essenziali della comunità internazionale. Sarebbe allora possibile che una norma si formi anche in presenza di una prassi che non raggiunge i caratteri dell'assoluta generalità, ma che è accompagnata da una forte *opinio iuris* la quale, a sua volta, si fonda su interessi e valori fondamentali per l'ordinamento internazionale. Resta ovviamente da verificare se tali elementi possano dirsi esistenti con riferimento alla consuetudine qui ipotizzata.

47 Lepard 2010: 128.

48 Roberts 2001: 779.

3. Il ruolo delle pronunce dei giudici interni come motore di sviluppo del diritto internazionale

Chiarito il metodo di accertamento delle norme consuetudinarie, e la sua natura inerentemente flessibile, bisogna precisare che nel caso di specie la prassi statale rilevante ai fini della formazione della consuetudine qui ipotizzata è costituita pressoché esclusivamente da pronunce del giudice interno. Prima di procedere all'analisi della prassi in materia, pertanto, è necessario chiarire quale sia il ruolo delle decisioni dei giudici nazionali nell'ambito del procedimento di formazione o modifica delle norme di diritto internazionale consuetudinario.

Se in passato raramente il giudice interno si trovava ad interpretare e applicare il diritto internazionale, quasi esclusivamente volto a disciplinare le relazioni interstatali che non venivano in rilievo dinanzi alle giurisdizioni nazionali, l'espansione delle materie da esso disciplinate fino a comprendere le più disparate questioni prima rientranti nel dominio riservato degli Stati⁴⁹ ha prodotto un netto mutamento al riguardo.⁵⁰ Oggi, infatti, nessuno metterebbe in dubbio che il giudice nazionale individua, interpreta e applica norme

49 Conforti 2014: 3; Burke-White, Slaughter 2006: 328; D'Aspremont 2012: 142: "the entry of international law in domestic systems is thus a natural consequence of the extension *ratione materiae* of its object"; Tzanakopoulos, Tams 2013: 533: "As international law branches out to cover ever-broader areas of international relations and as the boundary between international and national orders becomes more porous, the potential for interaction increases. [...] A significant number of modern international obligation do not deal simply with relation between States on the international level [...]. Rather, international obligations – in fields as diverse as human rights, environmental protection, investment and trade, or the secondary law of international organizations – are becoming increasingly «inward-looking» in that they demand a State to take, or refrain from, certain conduct within its domestic jurisdiction, or in that they enable certain conduct within the domestic jurisdiction, often with specific parameters".

50 Bingham 2005: 2: "Times have changed. To an extent almost unimaginable even thirty years ago, national courts in this and other countries are called upon to consider and resolve issues turning on the correct understanding and application of international law, not on an occasional basis, now and then, but routinely, and often in cases of great importance"; Conforti 1993; Iovane 2012: 608: "One of the main features of contemporary international law is the role played by domestic courts".

di diritto internazionale nei più vari settori.⁵¹ Questo si risolve in una tendenziale maggiore apertura dei giudici interni nei confronti del diritto internazionale.⁵²

Tuttavia, un conto è sostenere che il giudice interno individua, interpreta e applica il diritto internazionale, altro è affermare che esso crea o modifica (o meglio, contribuisce alla creazione e alla modifica di) norme di diritto internazionale. Tradizionalmente si riteneva che, dal punto di vista dell'ordinamento internazionale, le pronunce del giudice nazionale fossero dei meri fatti⁵³ (delle condotte poste in essere dallo Stato) che potevano essere conformi agli obblighi internazionali di tale Stato, ovvero non conformi ad essi, determinando il sorgere della sua responsabilità internazionale.⁵⁴ Ne deriverebbe, secondo una parte della dottrina, che ancora oggi il giudice interno non avrebbe alcun ruolo nella formazione, nella modifica e nello sviluppo del diritto internazionale.⁵⁵ Secondo altri, invece, tale possibilità dovrebbe proprio essere esclusa, in quanto vi sarebbe il rischio che i giudici interni si ergano a difensori del diritto nazionale a scapito del diritto internazionale,⁵⁶ o che le divergenti interpretazioni rese dai singoli giudici nazionali acuiscano il già problematico fenomeno di fram-

51 Per un'analisi delle condizioni che devono essere rispettate affinché ciò avvenga si veda Nollkaemper 2019: 1, secondo cui sarebbero necessarie tre condizioni: (1) che il diritto internazionale sia applicabile alla materia pendente; (2) che le parti siano legittimate a invocare il diritto internazionale nella specifica controversia; (3) che siano risolte le questioni relative al primato del diritto internazionale, nell'ipotesi in cui la norma internazionale invocata risulti in contrasto con una norma interna.

52 D'Aspremont 2012: 144; Iovane 2012: 608.

53 Corte permanente di giustizia internazionale, *Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v. Poland)*, sentenza del 25 agosto 1925, 19: "From the standpoint of International Law and of the Court which is its organ, municipal laws are merely facts which express the will and constitute activities of States, in the same manner as do [domestic] legal decision or administrative measures".

54 Eustathiadès 1936: 26.

55 House of Lords, caso n. [2006] 2 WLR 1424, sentenza del 14 giugno 2006, par. 63: "it is not for a national court to «develop» international law by unilaterally adopting a version of that law which, however desirable, forward-looking and reflective of values may be, is simply not accepted by other States".

56 Johnson 1965: 314: "[the] role of the national courts in the evolution of international law is [...] severely limited and distorted by the predominance of national prejudice".

mentazione del diritto internazionale.⁵⁷ Tuttavia, non si tratta dell'unica posizione che è possibile sostenere al riguardo.

L'idea che il giudice interno contribuisca alla formazione, alla modifica e allo sviluppo del diritto internazionale⁵⁸ è stata sostenuta già da Sir Lauterpacht nel 1929, quando ha affermato, in modo abbastanza rivoluzionario, che le pronunce del giudice interno costituirebbero una vera e propria fonte del diritto internazionale: egli ha sottolineato come il giudice nazionale debba essere considerato anche come un organo giurisdizionale della comunità internazionale nel suo complesso, in quanto tale legittimato a incidere sulle fonti dell'ordinamento internazionale tanto sotto il profilo del contributo alla formazione di nuove norme consuetudinarie, quanto sotto quello della identificazione dei principi generali del diritto.⁵⁹ Il giudice interno avrebbe dunque una natura *duale*:⁶⁰ da un lato, come già affermato sopra, esso è organo del proprio Stato, e le sue pronunce costituiscono condotte rilevanti come prassi statale, da prendere in considerazione ai fini dell'accertamento di norme consuetudinarie; dall'altro lato, esso sarebbe un organo della comunità internazionale nel suo complesso, per il cui conto esercita, in modo decentralizzato, la funzione giurisdizionale.⁶¹ È stato così sostenuto che i giudici interni costituirebbero un motore essenziale per lo sviluppo del diritto internazionale, in grado di garantirne la coerenza⁶² e l'effettività.⁶³

57 Moremen 2006: 290.

58 van Alebeek 2013: 572: "it cannot be denied that the international rule is developed by the continuous process of interaction between the domestic and the international level and the dialectics that ensue from that. The interaction of legal orders creates a dynamic that renders domestic courts particularly prone to act as agent of change"; Roberts 2011: 59; Benvenisti 1993: 161.

59 Lauterpacht 1929: 71.

60 Scelle 1956.

61 Nollkaemper 2011: 8: "The legal significance of those decisions of national courts on questions of international law transcends the domestic legal order. They are not «merely facts» of which the international legal order may or may not take notice, but fulfil a legal function. They can determine, with finality, legal rights and obligations under international law".

62 D'Aspremont 2012: 157; van Alebeek 2013: 561.

63 Burke-White, Slaughter 2006: 328.

A nostro avviso, la modalità con cui il giudice interno può incidere sullo sviluppo del diritto internazionale è almeno duplice.⁶⁴

In primo luogo, come riconosciuto dalla Commissione del diritto internazionale,⁶⁵ le pronunce del giudice interno sono condotte dello Stato di cui costituiscono organo e, quindi, fungono da elementi di prassi che devono essere presi in considerazione al fine di accertare l'esistenza di norme consuetudinarie e ricostruirne il contenuto.⁶⁶ Peraltro, le motivazioni fornite nella decisione resa da un giudice nazionale costituiscono anche manifestazione dell'*opinio iuris* che sorregge quella determinata condotta statale.⁶⁷ Ciò deriva dalla duplice qualificazione che le sentenze nazionali assumono nell'ottica del diritto internazionale. Si tratta, cioè, tanto di atti materiali (quasi come se fossero atti fisici), dunque condotte che costituiscono prassi, quando esse incidano su interessi di altri Stati o comportino reciproche concessioni, ma anche di atti verbali, ossia dichiarazioni dello Stato in merito al contenuto del diritto internazionale e alle ragioni per cui tale contenuto si ritiene vincolante. In tal senso, le pronunce del giudice interno hanno un impatto *f o r m a l e e d i r e t t o* sulle fonti del diritto internazionale, che contribuiscono a plasmarlo. Quanto più il giudice che ha reso la pronuncia si situi

64 Tzanakapoulus, Tams 2013: 536; Moremen 2006: "National court decision may represent individual state practice [impatto formale] and may collectively come to represent sufficient state practice to create a norm of customary law [impatto informale]. If particular national court decision do eventually create a customary rule their influence could be significant".

65 Commissione del diritto internazionale, *Draft Conclusions on the Identification of Customary International Law, with Commentaries*, cit., conclusione n. 6, par. 2: "Forms of State practice include, but are not limited to: [...] decisions of national courts". Il commentario, al par. 6, chiarisce che "[d]ecisions of national courts at all levels may count as State practice (though it is likely that greater weight will be given to higher courts)".

66 Corte internazionale di giustizia, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, sentenza del 3 febbraio 2012, par. 55: "In the present context, State practice of particular significance is to be found in the judgment of national courts faced with the question [...]".

67 Tzanakapoulos 2014: 90; Moremen 2006: 274: "if we view the subjective element as a sense of legal obligation, then almost any judicial decision applying a rule of customary international law may qualify in the sense that a court necessarily believes it has reached its decision out of a sense of legal obligation"; Nollkaemper 2011: 247: "In principle, national case-law can qualify as both state practice or as *opinio iuris*".

in alto nella gerarchia giudiziaria interna, tanto più la decisione rileverà come manifestazione della prassi e dell'*opinio iuris* del proprio Stato.⁶⁸ Tuttavia, è necessario che la posizione assunta dal giudice interno non sia contraddetta da altri organi dello Stato.⁶⁹ Ed infatti, laddove vi siano contraddizioni e incongruenze nella prassi di diversi organi dello Stato, la sua incidenza sul diritto internazionale sarà almeno minore, se non esclusa del tutto.⁷⁰ Inoltre, bisogna riconoscere che, da questo punto di vista, l'incidenza di una singola decisione nazionale sul diritto internazionale sarà tendenzialmente minima. Ed infatti, "l'influenza è diretta ma relativa, trattandosi di una decisione che, per quanto possa essere autorevole se presa da una Corte suprema, proviene da un singolo Stato".⁷¹ Si tratta, cioè, di una singola manifestazione di prassi statale che, al fine di incidere sullo sviluppo del diritto internazionale, deve trovare riconoscimento nella prassi di altri Stati.

In secondo luogo, le pronunce del giudice interno possono avere anche un impatto informale e indiretto

- 68 Roberts 2011: 62: "A domestic court's decision on international law amounts to State practice though the weight attributed to it may depend on the court hierarchical status".
- 69 Commissione del diritto internazionale, *Second Report on Identification of Customary International Law* by M. Wood, cit., conclusione n. 2, par. 2: "when the organs of the State do not speak with one voice, less weight is to be given to their practice". Roberts 2011: 63: "National courts decisions must also be weighed against State practice generated by other branches of government. Where a court decision coincides or does not contradict the views of the legislature and executive, it will represent strong evidence of State practice. Where inconsistencies emerge, the conflicting practice must be weighed, considering factors such as which branch of government has authority over the matter".
- 70 Ma si veda Nollkaemper 2011: 271. Secondo l'autore, posto il requisito di indipendenza dei giudici, e posto che il diritto internazionale riconosce come principio fondamentale la soggezione dell'operato del governo al controllo del potere giudiziario, ove emerga una discrepanza fra le posizioni su una data materia tra tali due poteri dello Stato, dovrebbe essere data preferenza alla posizione dei giudici. Al contrario, il *Committee on Formation of Customary (General) International Law* della *International Law Association* ritiene che "since it is the executive which has primary responsibility for the conduct of foreign relations, that organ's formal position ought usually to be accorded more weight than conflicting positions of the [...] national courts" (si veda Associazione del diritto internazionale, *Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, Conferenza di Londra, 2000).
- 71 Conforti 2014: 57.

sullo sviluppo del diritto internazionale. Esse possono, cioè, influenzare altri giudici nazionali, instaurando un dialogo transnazionale che porta a diffondere e a consolidare quella determinata prassi.⁷² Ed infatti, è stato osservato che

if it is taken up and validated or endorsed by other actors, then notwithstanding its limited formal impact, a domestic decision can have an enormous influence on the development of international law.⁷³

Qualora ricevano tale validazione esterna da parte di altri attori dell'ordinamento, come ad esempio i giudici di altri Stati, e pur non costituendo una fonte in senso proprio del diritto internazionale, le pronunce del giudice interno possono incidere in modo rilevante sul suo contenuto.⁷⁴ Particolarmente importante in questo senso è la possibilità di un dialogo o di una *cross-fertilisation* tra i giudici interni di diversi ordinamenti. Perché il diritto risulti modificato, è necessario che i singoli giudici costituiscano un fronte comune: un giudice in quanto tale non ha da solo l'autorevolezza né la persuasività per imporre modifiche, magari radicali, del diritto internazionale. Tuttavia, ove i giudici di diversi Stati adottino un atteggiamento di dialogo e di cooperazione, richiamandosi a vicenda nell'assumere determinate posizioni, essi possono incidere in modo rilevante sull'ordinamento internazionale.

Ed infatti, affinché il diritto internazionale risulti effettivamente modificato, è necessario che le condotte di ciascuno Stato si leghino con quelle di altri attori della comunità internazionale, ossia principalmente altri Stati. Dunque, le pronunce dei giudici interni costituiscono elementi di prassi e manifestazioni di *opinio iuris* che, se accolte dai giudici di altri Stati, possono condurre alla formazione di nuove regole, alla modifica di quelle esistenti o alla creazione di eccezioni a

72 Moremen 2006: 259: "The creation of state practice through national court decisions can be seen as a way for national courts to play a role in transnational judicial dialogue. That is, cross-pollination between national court decisions in different countries, creating consistent state practice and, hence, customary international law".

73 Tzanakapoulus, Tams 2013: 538. In questo caso si tratta di un'influenza informale sul diritto internazionale, in quanto richiede una "external validation".

74 Rynjaert 2018: 1142.

regole in vigore. Sono infatti gli altri Stati che, tramite i propri organi (in questo caso i giudici), si esprimono sull'accettabilità di quella soluzione.⁷⁵

Bisogna peraltro rilevare che, nel contribuire alla modifica e allo sviluppo del diritto internazionale, pronunciandosi in modo difforme da quanto sancito da regole esistenti, i giudici interni originariamente commettono un illecito internazionale.⁷⁶ Infatti, "domestic courts undertake an international law-developing function even when they are ostensibly violating international law".⁷⁷ Tuttavia, qualora la posizione adottata acquisisca successivamente un ragionevole livello di consenso condiviso da parte di altri Stati, per il tramite dei propri giudici, quella posizione si rivelerà idonea a consolidarsi non come violazione, bensì come condotta modificatrice del diritto internazionale.

Affinché ciò si verifichi, è necessario che la posizione sostenuta possa essere accolta da altri giudici. Per evitare che l'interpretazione del diritto internazionale resa sia rigettata dagli Stati, e qualificata come illecito internazionale, i giudici nazionali dovranno abbandonare un atteggiamento di rigida difesa degli interessi nazionali, per tentare di porsi come portatori di interessi condivisi nell'ambito della comunità internazionale. Così, è stato sostenuto che la funzione creativa dei giudici interni è massima nel momento in cui essi si rendono promotori di "interessi meta-nazionali".⁷⁸ Da questo punto di vista, un fattore che incide consistentemente sulla reazione della comunità internazionale all'interpretazione che i giudi-

75 Tzanakopoulos 2011: 150 s.: "In the decentralized international legal system, there is no final arbiter of legality other than States themselves. For lack of a third party instance or agreement the first instance exercise of the power of auto-interpretation also becomes, *de facto*, the last. This means that States, and Courts as their organs, are the natural judges of international law (i.e. the immediate judges, the ones who will interpret and apply international law when no centrally instituted judged exists)".

76 Roberts 2011: 70: "Customary international law is made on the back of State practice, including court decisions, and custom is changed through breaches of existing rules, coupled with emulation or acquiescence. Domestic court decision – like other forms of State practice emanating from legislatures or executives – can constitute breaches just as they can be evidence of emulation and acquiescence".

77 Tzanakopoulos 2011: 158.

78 Cassese 1990: 230.

ci interni rendono del diritto internazionale è la modalità con cui essa è presentata. Invece che presentare la questione in una prospettiva *de iure condendo*, con ciò implicitamente riconoscendo la non conformità della stessa al diritto vigente e la sua attuale illiceità, i giudici nazionali dovrebbero manifestare un atteggiamento maggiormente consapevole della loro posizione di attori nello sviluppo del diritto internazionale. Risulterebbe più proficuo porre la novità come una soluzione determinata dallo stato attuale del diritto internazionale, alla luce degli sviluppi riscontrati in esso, e non come una possibile ed auspicabile evoluzione dello stesso.⁷⁹

Si può concludere che, affinché le pronunce nazionali siano idonee ad incidere sul diritto internazionale consuetudinario – nel senso informale e indiretto indicato sopra – sono richiesti tre requisiti fattuali (non normativi): (i) che le pronunce provengano da organi giurisdizionali autorevoli – principalmente di vertice – ovvero si formi nella giurisprudenza nazionale un orientamento consolidato; (ii) che la posizione assunta sia dotata di forza persuasiva, presentando come logicamente argomentata la ragione per cui, nell'applicazione del diritto internazionale, si assume un atteggiamento diverso rispetto a quello che ha tradizionalmente caratterizzato la materia; (iii) che essa non sia tendenzialmente contraddetta da altri organi dello Stato. Tali condizioni determinano la rilevanza all'interno, dello stesso ordinamento statale, della posizione assunta dal giudice nazionale, consentendo anche che essa possa acquisire rilevanza esterna, nell'ambito dell'ordinamento internazionale. Ove non risultino rispettate, la posizione del giudice nazionale che si discosti dal contenuto generalmente riconosciuto del diritto internazionale sarà tendenzialmente e inevitabilmente qualificata come atto illecito da altri attori della comunità internazionale.

Oltre a tali due ipotesi, bisogna considerare che le pronunce del giudice interno possono anche costituire “subsidiary means for the determination of rules of law”, secondo il disposto dell'art. 38, par. 1, lett. d), dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, che, nell'indicare tali *subsidiary*, menziona le “judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations”.

79 Ryngaert 2018: 1144; Roberts 2018: 73-74.

Le decisioni del giudice interno avrebbero però, quale mezzo sussidiario di accertamento del diritto internazionale, un'autorità ridotta rispetto a quelle del giudice internazionale,⁸⁰ ma sono comunque rilevanti.⁸¹ In particolare, la Commissione del diritto internazionale ha sancito che “[r]egard may be had, as appropriate, to decisions of national courts concerning the existence and content of rules of customary international law, as a subsidiary means for the determination of such rules”.⁸² La Commissione ha anche chiarito che esse devono essere utilizzate con cautela, in quanto le decisioni del giudice interno “may reflect a particular national perspective”; a differenza dei tribunali internazionali, essi potrebbero non avere un'ampia conoscenza del diritto internazionale e, inoltre, si pronunciano senza aver sempre sentito la posizione degli Stati interessati al riguardo.⁸³

Può quindi concludersi che l'esercizio della funzione giurisdizionale internazionale da parte dei giudici interni può essere utile al fine di consentire la revisione di norme internazionali alla luce mutamenti nella gerarchia dei valori nella comunità internazionale,⁸⁴ così come la ricerca di una coerenza all'interno dell'ordinamento internazionale tra le norme vigenti e la mutata coscienza sociale della comunità internazionale, interpretando sistematicamente le varie norme e proponendo gli sviluppi necessari.⁸⁵

Bisogna da ultimo precisare che anche le pronunce sovranazionali possono avere un ruolo nella formazione e nell'accertamento del diritto consuetudinario, dal punto di vista informale e indiretto descritto sopra. Questo in quanto, come si vedrà, essendo vincolanti per gli Stati membri sottoposti alla loro giurisdizione, i tribunali internazionali e sovranazionali possono successivamente indurre prassi statale rilevante. Anche le pronunce sovranazionali, quindi,

80 Roberts 2011: 63.

81 Commissione del diritto internazionale, *Draft Conclusions on the Identification of Customary International Law, with Commentaries*, cit., conclusione n. 6, commentario, par. 6.

82 Ivi, conclusione n. 13, par. 2.

83 Ivi, commentario, par. 7.

84 Conforti 2014: 44.

85 D'Aspremont 2012: 157.

possono generare prassi indotta, nel senso sopra descritto, proprio in quanto inducono gli Stati a comportarsi secondo quanto in esse sancito.

4. La prassi rilevante nel caso di specie

Chiarito il metodo di accertamento del diritto consuetudinario, e la rilevanza che in tale ambito hanno le pronunce del giudice interno, è necessario verificare se effettivamente esista una prassi, o un principio di prassi, in virtù della quale una condotta che costituisce violazione di un obbligo internazionale sia giustificata o scusata, dunque esente da responsabilità internazionale, ove attuata allo scopo di proteggere i principi costituzionali supremi o fondamentali dello Stato. Come può chiaramente desumersi dall'analisi di cui sopra, la prassi che qui si prende in considerazione si sostanzia in pronunce dei giudici nazionali (e, in alcuni casi, sovranazionali) che, in modo più o meno esplicito, hanno anteposto la necessità di tutelare i principi costituzionali fondamentali o supremi al rispetto di un obbligo internazionale, il cui adempimento avrebbe comportato un sacrificio, ritenuto eccessivo e in ogni caso inaccettabile alla luce del sistema di valori interno, rispetto agli interessi protetti da tali principi.

Tale prassi è rinvenibile in diversi ambiti. In primo luogo, va considerata la prassi italiana, poi seguita da altri Stati, volta a negare le immunità giurisdizionali dello Stato dalla giurisdizione straniera nei casi in cui ciò si sarebbe risolto in una irrimediabile violazione del diritto di accesso alla giustizia al fine di ottenere una riparazione avverso gravissime violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario (paragrafo 4.1). In secondo luogo, essa emerge dalla reazione di alcuni giudici nazionali e sovranazionali rispetto all'obbligo di dare attuazione incondizionata alle sanzioni individuali adottate dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite ai sensi del Capitolo VII della Carta di San Francisco ai fini della prevenzione e della repressione del terrorismo, in quanto imposte senza la possibilità di un contraddittorio e di una revisione della decisione da parte di un organo indipendente ed imparziale (paragrafo 4.2). In terzo luogo, diverse pronunce di giudici nazionali hanno invocato i principi fondamentali o supremi delle Co-

stituzioni nazionali per opporsi all'attuazione di sentenze dei tribunali internazionali sui diritti umani, in particolare della Corte europea dei diritti umani e della Corte interamericana dei diritti umani, poiché ritenute in contrasto con interessi essenziali dello Stato, quali ad esempio i principi di democrazia o di separazione dei poteri (paragrafo 4.3). Da ultimo, si esamineranno alcune sentenze rese rispetto a questioni varie, che pur risultano inquadrabili nell'orientamento in questione (paragrafo 4.4).

4.1. La prassi in materia di immunità giurisdizionale degli Stati

La pronuncia che, secondo le opinioni formulate in dottrina, viene considerata come l'elemento di traino della prassi che potrebbe portare o avrebbe portato alla formazione della consuetudine qui ipotizzata è la nota sentenza n. 238 del 22 ottobre 2014 della Corte costituzionale italiana. Quest'ultima, come si vedrà, ha generato prassi successiva. Tale prassi nega l'applicabilità della norma di diritto internazionale consuetudinario che sancisce l'immunità degli Stati dalla giurisdizione straniera in casi in cui ciò si risolverebbe nell'impossibilità, per le vittime di gravi violazioni dei diritti umani e della dignità umana, di esercitare il diritto di accesso alla giustizia al fine di ottenere una riparazione dei danni subiti.

Le vicende che hanno portato a tale storica sentenza sono più che note e, pertanto, possono essere brevemente riassunte.⁸⁶ Nel 2004, con la pronuncia *Ferrini*,⁸⁷ le Sezioni unite della Corte di cassazione italiana hanno negato alla Germania l'immunità giurisdizionale in un giudizio instaurato con riferimento agli atti di grave violazione dei diritti umani e del diritto umanitario, costituenti crimini di guerra e contro l'umanità, commessi nel territorio italiano dalle truppe del Terzo Reich al termine della Seconda guerra mondiale. A detta della Cassazione, l'immunità giurisdizionale dello

86 Per una ricostruzione più approfondita, si rinvia a Rossi 2022; Greco 2023.

87 Corte di cassazione italiana, Sezioni unite civili, sentenza n. 5044 dell'11 marzo 2004. La pronuncia è stata poi seguita in Corte di cassazione italiana, Sezioni unite civili, sentenze n. 14199-14212 del 29 maggio 2008; Corte di cassazione italiana, Sezione I civile, sentenza n. 11163 del 20 maggio 2011.

Stato non avrebbe carattere assoluto, essendo limitata dal contrastante obbligo internazionale di rispettare i diritti fondamentali della persona umana, ormai costituente principio fondamentale dell'ordinamento internazionale e avente natura di *ius cogens*. Ne conseguiva, nel ragionamento della Corte, che l'immunità non potesse essere invocata in relazione a condotte integranti crimini internazionali (sulla base di quella che è stata definita una cd. eccezione umanitaria).⁸⁸ Un altro precedente importante è poi costituito dalla sentenza resa dalla stessa Corte di cassazione nel caso *Milde*, nella quale essa ha richiamato, come limite al meccanismo di adattamento automatico al diritto internazionale generale di cui all'art. 10, comma primo, Cost., i "cardini essenziali del nostro ordinamento, e cioè quei principi che il Costituente ha voluto considerare coessenziali all'attuale assetto costituzionale".⁸⁹

A fronte del mancato riconoscimento, da parte dei giudici italiani, dell'immunità giurisdizionale, il 23 dicembre 2008 la Germania ha instaurato un giudizio contro l'Italia dinnanzi alla Corte internazionale di giustizia, lamentando la violazione delle norme consuetudinarie sull'immunità giurisdizionale dello Stato e sull'immunità dei beni di Stati stranieri dalla giurisdizione esecutiva, a fronte di misure coercitive adottate nei confronti di un bene di proprietà dello Stato tedesco, Villa Vigoni. Nella nota pronuncia del 3 febbraio 2012, quest'ultima ha accertato l'illecito commesso dall'Italia nel negare l'immunità giurisdizionale alla Germania e ha sancito l'obbligo di eliminare le conseguenze del commesso illecito.⁹⁰

In esecuzione della sentenza veniva adottata dal Parlamento italiano la legge n. 5 del 14 gennaio 2013 (Adesione della Repubblica italiana alla Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni,

88 Più ampiamente, si vedano De Sena, De Vittor 2005.

89 Corte di cassazione italiana, Sezione I penale, sentenza n. 1072 del 13 gennaio 2009, par. 7.

90 Corte internazionale di giustizia, *Jurisdictional Immunities of the State*, cit., dispositivo: "the Italian republic must, by enacting appropriate legislation or by resorting to other methods of its choosing, ensure that the decisions of its courts and those of other judicial authorities infringing the immunity which the Federal Republic of Germany enjoys under international law cease to have effects".

firmata a New York il 2 dicembre 2004, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento italiano) che, all'art. 3, prevedeva un obbligo per i giudici italiani di dichiarare il difetto di giurisdizione (derivante dall'applicazione dell'immunità giurisdizionale) in qualunque stato e grado del processo, ove accertato in una pronuncia della Corte internazionale di giustizia. Lo stesso articolo introduceva una nuova ipotesi di revocazione straordinaria delle pronunce passate in giudicato, ove la giurisdizione esercitata fosse stata previamente riconosciuta in contrasto con la menzionata sentenza della Corte internazionale di giustizia.⁹¹ Sulla base di tale legge, e sempre in esecuzione della sentenza della Corte internazionale di giustizia, la successiva giurisprudenza di merito e di legittimità ha ricominciato a negare la giurisdizione del giudice italiano nelle azioni risarcitorie promosse contro la Repubblica Federale di Germania per i danni cagionati dalle truppe naziste nel corso dell'occupazione del territorio italiano, in virtù dell'applicazione della norma di diritto internazionale consuetudinario sull'immunità giurisdizionale degli Stati.⁹²

In tale contesto, interveniva la menzionata pronuncia n. 238 del 2014 della Corte costituzionale italiana, la quale ha, in sostanza, ritenuto inapplicabile nell'ordinamento italiano la norma sull'immunità, e ha dichiarato non eseguibile la pronuncia della Corte internazionale di giustizia. Quanto alla prima, la Corte costituzionale ha stabilito che il mecca-

91 La disposizione si leggeva come segue: "1. Ai fini di cui all'articolo 94, paragrafo 1, dello Statuto delle Nazioni Unite, firmato a San Francisco il 26 giugno 1945 e reso esecutivo dalla legge 17 agosto 1957, n. 848, quando la Corte Internazionale di Giustizia, con sentenza che ha definito un procedimento di cui era stato parte lo Stato italiano, ha escluso l'assoggettamento di specifiche condotte di altro Stato alla giurisdizione civile, il giudice davanti al quale pende la controversia relativa alle stesse condotte rileva, d'ufficio e anche quando ha già emesso sentenza non definitiva passata in giudicato che ha riconosciuto la sussistenza della giurisdizione, il difetto di giurisdizione in qualunque stato e grado del processo. 2. Le sentenze passate in giudicato in contrasto con la sentenza della Corte Internazionale di Giustizia di cui al comma 1, anche se successivamente emessa, possono essere impugnate per revocazione, oltre che nei casi previsti dall'articolo 395 del codice di procedura civile, anche per difetto di giurisdizione civile e in tale caso non si applica l'art. 396 del citato codice di procedura civile".

92 Corte di cassazione italiana, Sezione I penale, sentenza n. 32139 del 30 maggio 2012; Corte di cassazione italiana, Sezioni unite civili, sentenza n. 4284 del 21 febbraio 2013; Corte di cassazione italiana, Sezioni unite civili, sentenza n. 1136 del 21 gennaio 2014.

nismo di adattamento automatico dell'ordinamento italiano rispetto alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, di cui all'art. 10, comma primo Cost., non opera, nel caso di specie, con riferimento alla norma consuetudinaria che sancisce l'immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile. Secondo il giudice delle leggi, nonostante non sia possibile mettere in discussione la ricostruzione della consuetudine internazionale sull'immunità effettuata dalla Corte internazionale di giustizia, spetta comunque alla Corte costituzionale valutarne la compatibilità con l'ordinamento italiano e, in particolare, con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale, comprendenti anche i diritti inviolabili della persona umana. Ove in contrasto con questi ultimi, tale norma non entra, e quindi non opera, nell'ordinamento italiano, nella parte in cui, così come interpretata dalla Corte internazionale di giustizia nella sentenza summenzionata, si pone in contrasto con i principi fondamentali e con i diritti inviolabili riconosciuti dall'ordinamento costituzionale italiano. La Corte costituzionale ha affermato, in particolare, quanto segue:

non vi è dubbio, infatti, che i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscano un «limite all'ingresso [...] delle norme internazionali e generalmente riconosciute dalle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10, primo comma della Costituzione». ⁹³

Alla luce di tale statuizione, fondata sulla teoria dei controlli-miti, la Corte costituzionale ha chiarito che

il verificarsi di tale ultima ipotesi, infatti, «esclude l'operatività del rinvio alla norma internazionale» [...] con la conseguenza inevitabile che la norma internazionale, per la parte confliggente con i principi e i diritti inviolabili, non entra nell'ordinamento italiano e non può quindi essere applicata. ⁹⁴

93 Corte costituzionale, sentenza del 22 ottobre 2014, cit., par. 3.2.

94 Ivi, par. 3.4.

Nel caso di specie, la Corte ha quindi dichiarato non fondata la prospettata questione di legittimità costituzionale della norma consuetudinaria sull'immunità, proprio in quanto ne ha escluso l'ingresso nell'ordinamento interno:

Nella specie, l'insussistenza della possibilità di una tutela effettiva dei diritti fondamentali mediante un giudice [...] rende manifesto il denunciato contrasto della norma internazionale, come definita dalla predetta CIG, con gli artt. 2 e 24 Cost. Tale contrasto, laddove la norma internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati comprende anche atti ritenuti *iure imperii* in violazione del diritto internazionale e dei diritti fondamentali della persona, impone a questa Corte di dichiarare che rispetto a quella norma, limitatamente alla parte in cui estende l'immunità alle azioni di danni provocati da atti corrispondenti a violazioni così gravi, non opera il rinvio di cui al primo comma dell'art. 10 Cost. Ne consegue che la parte della norma sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati che confligge con i predetti principi fondamentali non è entrata nell'ordinamento italiano e non vi spiega, quindi, alcun effetto. La questione prospettata dal giudice rimettente con riguardo alla norma «prodotta nel nostro ordinamento mediante il recepimento, ai sensi dell'art. 10, primo comma, Cost.», della norma consuetudinaria di diritto internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati è, dunque, non fondata, considerato che la norma internazionale alla quale il nostro ordinamento si è conformato in virtù dell'art. 10, primo comma, Cost. non comprende l'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile in relazione ad azioni di danni derivanti da crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona, i quali risultano per ciò stesso non privi della necessaria tutela giurisdizionale effettiva.⁹⁵

Con riferimento all'attuazione della sentenza della Corte internazionale di giustizia, la Corte costituzionale ha dichiarato

95 Ivi, par. 3.5.

l'illegittimità costituzionale del summenzionato art. 3 della legge n. 3 del 14 gennaio 2013 (volto a darvi attuazione), nonché dell'art. 1 della legge n. 848 del 17 agosto 1957 (Esecuzione dello Statuto delle Nazioni Unite, firmato a San Francisco il 26 giugno 1945), limitatamente all'esecuzione interna dell'art. 94 della Carta delle Nazioni Unite e unicamente nella parte in cui obbliga l'ordinamento italiano ad adeguarsi alla pronuncia della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012.⁹⁶ In sostanza, l'obbligo internazionale di dare attuazione alla sentenza della Corte internazionale di giustizia è stato dichiarato incompatibile con la Costituzione e, quindi, non eseguibile nell'ordinamento italiano.

La Corte costituzionale ha dunque utilizzato i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale come controllo limite all'ingresso della norma consuetudinaria sull'immunità nell'ordinamento interno.⁹⁷ Ora, se dal punto di vista del diritto costituzionale italiano tale operazione non sembra in alcun modo censurabile, è dal punto di vista dell'ordinamento internazionale che la questione va esaminata. La Corte ha accettato (implicitamente e ipoteticamente, non essendosi pronunciata al riguardo) di commettere una violazione del diritto internazionale, dato che neppure si è prospettata le possibili conseguenze della propria pronuncia sul piano internazionale. Allo stesso tempo, però, non si è mostrata indifferente rispetto a tale ordinamento, dato che ha espresso l'intenzione di "concorrere, altresì, a un'auspica-

96 Ivi, par. 4.1: "considerato che [...] la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali costituisce uno dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale, ad esso non può opporre resistenza la norma denunciata (l'art. 1 della legge di adattamento), limitatamente alla parte in cui vincola lo Stato italiano, e per esso il giudice, a conformarsi alla sentenza del 3 febbraio 2012 della CIG, che lo costringe a negare la propria giurisdizione in ordine alla azioni di risarcimento dei danni per crimini contro l'umanità, in palese violazione del diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali".

97 Ivi, par. 3.2.: "Non vi è dubbio, infatti, ed è stato confermato a più riprese da questa Corte, che i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscano un «limite all'ingresso [...] delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento italiano si conforma secondo l'art. 10, primo comma della Costituzione». [...] Essi rappresentano, in altri termini, gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, per ciò stesso sottratti anche alla revisione costituzionale".

bile e da più parti auspicata evoluzione dello stesso diritto internazionale".⁹⁸

Ora, è evidente come tale pronuncia si ponga in contrasto, quanto alla norma consuetudinaria sull'immunità, con l'art. 32 del Progetto di articoli della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità per atti internazionalmente illeciti, il quale dispone che lo Stato responsabile non può invocare una disposizione del proprio diritto interno come causa di giustificazione per il mancato rispetto dei propri obblighi internazionali, e, quanto all'obbligo di dare attuazione alle sentenze della Corte internazionale di giustizia, con l'art. 27 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, secondo cui uno Stato non può invocare le disposizioni del proprio diritto interno per giustificare la mancata esecuzione di un trattato. Si è detto, infatti, che tali disposizioni si riferiscono a qualsiasi norma del diritto interno, compresi il diritto costituzionale e i suoi principi fondamentali.⁹⁹ Di questo, la Corte costituzionale neppure si è preoccupata,¹⁰⁰ ma ciò potrebbe essere proprio dovuto al fatto che essa avrebbe ritenuto scusata la propria condotta ai sensi dello stesso diritto internazionale, pur senza invocare alcuna supposta norma al riguardo.¹⁰¹ È in questo senso, allora, che è stato sostenuto che la Corte costituzionale italiana avrebbe potuto avviare una prassi volta a limitare, almeno in parte, l'assolutezza del principio di supremazia del diritto internazionale e la correlativa impossibilità di invocare il diritto interno per giustificare violazioni di obblighi internazionali.¹⁰²

98 Ivi, par. 3.3.

99 Alland 2017: 870: "On peut certes juges de diverses façons cette interprétation du droit constitutionnel, mais il reste qu'elle est indifférent pour le droit international qui, dualisme oblige, y voit un simple fait, internationalement illicite en l'occurrence".

100 Salerno 2015: 41: "nella sentenza costituzionale non si rinviene alcun passaggio nel quale traspaia la preoccupazione della Corte costituzionale di violare un obbligo internazionale".

101 Salerno 2015: 42: "[è] possibile che la mancata considerazione dei profili di responsabilità internazionale da parte dei giudici costituzionali vada ricondotta a quella autorevole dottrina internazionalista italiana, secondo cui lo Stato che rispetti i principi fondamentali della propria Costituzione, in particolare per assicurare la tutela dei diritti umani, non incorrerebbe in un illecito internazionale".

102 Pisillo Mazzeschi 2015: 28; De Sena 2014b: 31.

La pronuncia in esame ha poi indotto prassi successive tanto all'interno dello stesso ordinamento italiano, quanto all'esterno, sul piano internazionale, parzialmente realizzando quel fenomeno di impatto informale e indiretto sul diritto internazionale che abbiamo sopra descritto.

Quanto alla prassi italiana, bisogna rilevare come la Corte costituzionale italiana, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale della norma sull'immunità giurisdizionale sulla base di una sentenza interpretativa di rigetto,¹⁰³ ha posto i giudici ordinari di fronte a un'alternativa scomoda: disobbedire alla Corte costituzionale, applicando il diritto interazionale per come ricostruito dalla Corte internazionale di giustizia, o conformarsi alle indicazioni della stessa, negando l'immunità alla Germania pur a costo di commettere un illecito internazionale.¹⁰⁴ Al riguardo, bisogna notare come quest'ultimo è stato l'orientamento nettamente maggioritario delle giurisdizioni italiane. Così, diverse pronunce di giudici di merito e poi di legittimità si sono adeguate alla posizione della Corte costituzionale e hanno ripreso a negare l'immunità della Germania in relazione ai crimini internazionali commessi dalle truppe del Terzo Reich nel corso del secondo conflitto mondiale.

In particolare, il Tribunale di Firenze, in due pronunce del 6 luglio 2015, poi seguite da una successiva sentenza del 22 febbraio 2016, ha negato l'immunità alla Germania, riconoscendo espressamente l'eventualità di commettere un illecito internazionale,¹⁰⁵ ma affermando di esservi costretto da

103 Quest'ultima è infatti giuridicamente vincolante solo per il giudice del giudizio *a quo* mentre, formalmente, non lo è per altri giudici che si trovino in altri procedimenti ad affrontare la medesima questione.

104 Boggero 2016: 216.

105 Tribunale di Firenze, sentenza n. 2468 del 6 luglio 2015, 19: "È perciò normale, oltre che coerente con la migliore tradizione giuridica europea, che nell'ordinamento internazionale si producano strappi che possono assumere anche la forma di illeciti internazionali verso più avanzati equilibri di tutela dei beni che rappresentano la proiezione, sul terreno giuridico, dei valori fondativi dell'ordinamento unitario europeo. Ne consegue che il contemperare, nel caso in esame, le esigenze che sottendono la consuetudine internazionale sulla immunità con il principio di effettività della tutela dei diritti fondamentali, implica considerare che la scelta radicale di fronte alla quale si è trovata la Corte Costituzionale italiana è stata determinata in primo luogo dalla condotta della Repubblica Federale di Germania che, pur ammettendo di esser responsabile per i crimini

una situazione di necessità in cui lo Stato italiano è venuto a trovarsi, e che non ha contribuito a causare, a fronte delle condotte della Germania, che aveva negato ogni forma di riparazione alle vittime delle atrocità commesse in Italia.¹⁰⁶ Il giudice fiorentino ha tentato evidentemente di giustificare la propria condotta sul piano internazionalistico e ha ricercato un equilibrio tra l'interesse dello Stato ad adempiere i propri obblighi internazionali e la necessità di tutelare il diritto di accesso alla giustizia delle vittime di gravi crimini internazionali. In questo caso, pur riconoscendo la possibilità di commettere un illecito, quest'ultimo è stato giustificato sulla base della necessità di tutelare un diritto fondamentale, riconosciuto come tale anche nell'ordinamento internazionale. Il Tribunale di Firenze ha richiamato anche il principio di diritto internazionale secondo cui uno Stato non può invocare norme di diritto interno per giustificare l'inadempimento di un obbligo internazionale. Lo ha però messo in discussione, nel caso specifico in cui la violazione sia realizzata per conformarsi ad altro obbligo, ossia quello di garantire il rispetto dei principi supremi in materia di diritti fondamentali. La condotta dello Stato italiano sarebbe scusabile, e ciò non come reazione a un precedente illecito commesso dalla Germania – su cui non grava alcun obbligo internazionale di procedere a un negoziato per risolvere la questione, nonostante l'auspicabilità di una tale iniziativa – bensì in virtù della ritenuta prevalenza dell'obbligo, costituzionalmente imposto ma riscontrabile anche nello stesso ordinamento europeo di cui entrambi gli Stati coinvolti nella controversia sono membri,

commessi dal Terzo Reich non solo ha invocato l'immunità giurisdizionale ma non ha intrapreso, con le vittime e con i loro parenti prossimi, oltre che con lo Stato italiano, alcuna trattativa”.

- 106 Ivi, 20: “In definitiva il giudicante ritiene che il sacrificio dell'ordinamento internazionale con riferimento alla riconosciuta giurisdizione civile italiana per crimini nazisti commessi anche in Italia ad opera dei funzionari del Terzo Reich appare assai limitato rispetto a quello prodotto dalla negazione del diritto alla giurisdizione delle vittime di crimini contro l'umanità ad opera delle forze armate nazifasciste durante la Seconda guerra mondiale. Per tali motivi il diritto fondamentale al giudice, principio supremo dell'ordinamento interno contenuto nell'art. 24 Cost., non deve, nel caso di specie, subire la invocata radicale compressione che sarebbe invece determinata dall'applicazione dell'immunità giurisdizionale della RFG, anche al giudizio di accertamento e condanna”.

di garantire la tutela giurisdizionale dei principi e valori fondamentali di detti ordinamenti, in caso di gravi violazioni dei diritti umani, perpetrate in conseguenza di crimini di guerra e crimini contro l'umanità.¹⁰⁷

A partire dalle pronunce fiorentine, la successiva giurisprudenza di merito e di legittimità ha seguito il medesimo orientamento, rifiutando di riconoscere l'immunità della Germania e accettando l'eventualità di commettere un illecito internazionale. Nelle varie pronunce, pur con motivazioni differenti, la scelta si prospetta come determinata dalla necessità di tutelare i diritti delle vittime e i principi supremi dell'ordinamento.¹⁰⁸ In particolare, la posizione della Corte costituzionale è stata riaffermata dalle stesse Sezioni unite della Corte di cassazione, le quali hanno sostenuto che il giudice ordinario è obbligato a non riproporre l'interpretazione della norma consuetudinaria dichiarata dalla prima contraria alla Costituzione (pur in via meramente interpretativa) nella sentenza n. 238 del 2014, potendo invece proporre un'inter-

107 Ivi, 25: "La preminenza dell'obbligo costituzionale di garantire la tutela (anche giurisdizionale) a valori fondamentali protetti dai principi supremi nazionali e dell'Unione Europea costituisce esimente nell'ordinamento interno in cui la domanda di manleva è stata proposta dalla Germania. L'esimente trova, nel caso in esame, fondamento normativo interno nell'art. 2045 c.c. essendo l'Italia costretta a consumare l'illecito riscontrato dalla Corte dell'Aja dalla necessità di salvare il personalissimo diritto alla tutela, in via giurisdizionale, della dignità di [...]. Sotto questo profilo sembra di poter affermare che la sovranità della Repubblica italiana, di cui è espressione anche l'obbligo di osservare il vincolo consuetudinario sul piano internazionale, ha dovuto cedere il passo, secondo una efficace espressione dottrinale, alla sovranità dei valori fondamentali internazionali, già consacrati, oltre che nella nostra Costituzione, che ha le sue radici anche nei fatti per cui è causa, anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che, come noto, accoglie in sé Italia e Germania".

108 Tra le pronunce di merito si vedano, ad esempio, Tribunale di Piacenza, sentenza n. 1462 del 28 settembre 2015; Tribunale di Roma, sentenza n. 11069 del 20 maggio 2015; Tribunale di Ascoli Piceno, ordinanza n. 112 dell'8 marzo 2016; Tribunale di Sulmona, sentenza del 2 novembre 2017. Tra le pronunce di legittimità si vedano Corte di cassazione italiana, Sezione I penale, sentenza n. 43696 del 29 ottobre 2015; Corte di cassazione italiana, Sezioni unite civili, sentenza n. 2156 del 2 gennaio 2015; Corte di cassazione italiana, Sezioni unite civili, sentenza n. 15812 del 3 maggio 2016; Corte di cassazione italiana, Sezioni unite civili, sentenze n. 9097-9098 del 6 maggio 2015.

pretazione diversa o sollevare nuovamente un incidente di costituzionalità.¹⁰⁹

Almeno in Italia può quindi dirsi stabilito un orientamento (degli organi giudiziari) tendente a negare l'immunità giurisdizionale della Germania, pur a costo di commettere un illecito internazionale,¹¹⁰ ove tale decisione sia imposta dalla necessità di tutelare il diritto di accesso alla giustizia delle vittime di gravissime violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario.

Tuttavia, bisogna considerare che la prassi dei giudici italiani risulta contraddetta da quella dal Governo italiano e dal legislatore.¹¹¹ In molti dei casi citati, infatti, il Governo italiano è intervenuto *ad adiuvandum* sostenendo le posizioni della Repubblica federale tedesca, chiedendo: (i) la declaratoria di insussistenza della giurisdizione italiana allo scopo di garantire il rispetto degli obblighi internazionali dello Stato italiano¹¹² (applicando la norma sull'immunità e dando esecuzione alla pronuncia della Corte internazionale di giustizia); (ii) nel merito, il rigetto delle domande di risarcimento proposte contro la Germania.¹¹³ Per sua parte, il legislatore italiano è andato addirittura oltre, con il Decreto legge n. 165 del 19 settembre 2014, convertito con la Legge n. 162 del 10 novembre 2014, che ha aggiunto l'art. 19-bis,¹¹⁴ ai sensi del quale sono

109 Corte di cassazione italiana, Sezioni unite civili, sentenza n. 20442 del 28 settembre 2020. Sul punto si veda Venturini 2020, secondo cui le Sezioni unite avrebbero apposto un 'sigillo' alla prevalenza dei diritti fondamentali sulla norma consuetudinaria dell'immunità giurisdizionale.

110 Focarelli 2021: 54: "the outcome of Judgment No. 238 is that Italy is still violating both international law and the ICJ decision".

111 Papa 2015: 18. La pronuncia della Corte costituzionale è stata definita come "l'ennesima tessera che non combacia in un mosaico che stenta a comporsi".

112 Tribunale di Firenze, sentenza n. 2468 del 6 luglio 2015, 4; Tribunale di Firenze, sentenza del 22 febbraio 2016, 3.

113 Tribunale di Sulmona, sentenza del 2 novembre 2017.

114 L. n. 162 del 10 novembre 2014 (Misure urgenti di de-giurisdizionalizzazione ed altri provvedimenti per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile), art. 19-bis: "1. Non sono soggette ad esecuzione forzata, a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio, le somme a disposizione dei soggetti di cui all'articolo 21, comma 1, lettera a), della Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, fatta a New York il 2 dicembre 2004, di cui alla legge 14 gennaio 2013, n. 5, depositate su conti correnti bancari o postali, in relazione ai quali il capo della rap-

immuni dall'esecuzione tutti i conti correnti bancari e postali che i Capi delle missioni diplomatiche e consolari abbiano dichiarato essere destinati all'esercizio di funzioni pubbliche, mediante una comunicazione inviata al Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale della Repubblica italiana. La dichiarazione del Capo della missione diplomatica implica, in modo automatico, la sussistenza dell'immunità dall'esecuzione, senza che resti alcuno spazio di valutazione da parte dell'autorità giudiziaria in merito al carattere pubblicistico o meno della destinazione dei fondi. Al di là della formulazione generale della norma, è stato rilevato come lo scopo sia stato esattamente quello di impedire, o comunque rendere più difficoltosa, l'esecuzione, ai danni della Germania, delle sentenze di condanna emesse a seguito della pronuncia della Corte costituzionale.¹¹⁵

Ora, secondo la ricostruzione del procedimento consuetudinario effettuata sopra, non può non riconoscersi come l'importanza sul piano internazionale della prassi italiana perde di rilevanza, se si considera che i diversi organi dello Stato italiano hanno adottato posizioni contrastanti. In particolare, il Governo sembra manifestare chiaramente il convincimento che la negazione dell'immunità alla Germania costituisca un illecito internazionale, che in quanto tale deve essere evitato, a prescindere dal fatto che un tale atto sia imposto allo scopo di tutelare principi fondamentali della Costituzione italiana.

Quanto alla prassi straniera, può effettivamente notarsi che la pronuncia n. 238 del 2014 della Corte costituzionale italiana ha in parte avviato quel processo sopra de-

presentanza, del posto consolare o il direttore, comunque denominato, dell'organizzazione internazionale in Italia, con atto preventivamente comunicato al Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale e all'impresa autorizzata all'esercizio dell'attività bancaria presso cui le medesime somme sono depositate, ha dichiarato che il conto contiene esclusivamente somme destinate all'espletamento delle funzioni dei soggetti di cui al presente comma. 2. Effettuate le comunicazioni di cui al comma 1 non possono eseguirsi pagamenti per titoli diversi da quelli per cui le somme sono vincolate. 3. Il pignoramento non determina a carico dell'impresa depositaria l'obbligo di accantonamento delle somme di cui al comma 1, ivi comprese quelle successivamente accreditate, e i soggetti di cui al comma 1 mantengono la piena disponibilità delle stesse".

115 Conforti 2014: 280.

scritto di induzione di prassi successiva di altri Stati, in quanto l'approccio in essa adottato è stato seguito, per quanto a conoscenza di chi scrive, in almeno altri due casi.

In una sentenza resa l'8 gennaio 2021 nel caso *Comfort Women*, la Corte distrettuale centrale di Seoul, in Corea del Nord, ha condannato il Giappone al risarcimento del danno nei confronti di dodici vittime di schiavitù sessuale. Tali gravissime violazioni dei diritti umani erano state commesse da membri dell'esercito giapponese nel corso dell'occupazione asiatica durante il secondo conflitto mondiale. Il giudice coreano ha invocato espressamente il precedente italiano per affermare che la norma internazionale sull'immunità degli Stati deve essere interpretata in modo compatibile con la Costituzione coreana.¹¹⁶ Esso ha ritenuto che la norma sull'immunità trova un'eccezione nel caso di gravi violazioni di norme internazionali di *ius cogens*,¹¹⁷ e ha affermato che tale interpretazione risulta imposta dal necessario rispetto della Costituzione coreana, il cui art. 27, par. 1, riconosce espressamente il diritto di accesso alla giustizia.¹¹⁸ Riconoscere l'immunità al Giappone per tali gravi violazioni non sarebbe stato accettabile, "as they are not in accordance with the overall legal order that positions the Constitution as the highest norm".¹¹⁹ Dunque, la Corte distrettuale ha affermato che una determinata norma di diritto internazionale con-

116 Corte distrettuale centrale di Seoul, caso n. 2016 Ga-Hap 505092, sentenza dell'8 gennaio 2021, par. 3: "The significance of the theory of state immunity shall be found in its respect for sovereign states and not obeying the jurisdiction of other states. It must not have been formed to allow states that violated peremptory norms [...] and inflicted severe damages upon individuals of other states to evade reparations and compensation behind such theory".

117 Ivi, par. 3.6: "if customary law is applied to exempt the Defendant from jurisdiction even in cases where the Defendant has committed grave crimes against humanity, it would be impossible to sanction a state for violating international conventions that prevent it from committing grave crimes against humanity against citizens of another state, thereby depriving victims of their right of access to courts guaranteed by the Constitution and not providing a remedy for their rights. Such results are unreasonable and unjust as they are not in accordance with the overall legal order that positions the Constitution as the highest norm. Thus, customary international law that applies state immunity is not effective in such cases".

118 Ivi, par. 3.1.

119 Ivi, sezione 3.C., par. 3.6.

suetudinario non può che essere applicata, nell'ordinamento interno, secondo una specifica interpretazione (quella che riconosce un'eccezione all'immunità in caso di gravi violazioni dei diritti umani), e ha ritenuto che tale conclusione fosse imposta dalla necessità di rispettare i principi fondamentali della Costituzione nazionale.¹²⁰ Sia pur con un ragionamento parzialmente diverso, è evidente come la *ratio* sia la medesima che sottende alla pronuncia n. 238 del 2014 della Corte costituzionale italiana: si ammette implicitamente il rischio di commettere un illecito internazionale, allo scopo di tutelare un principio dell'ordinamento costituzionale ritenuto irrinunciabile. La pronuncia non è stata impugnata ed è pertanto divenuta definitiva. Essa, dunque, rientra tra le pronunce che utilizzano l'argomento dei controlimiti (o, in questo caso, di un filtro, posto che la norma internazionale entra nell'ordinamento interno ma secondo una determinata interpretazione) al processo di adattamento al diritto internazionale, qualora la norma internazionale in questione risulti contraria a principi fondamentali della Costituzione.¹²¹

Un ragionamento simile può essere svolto in riferimento a una sentenza resa nel settembre 2021, nel caso *Changri-la*, dalla Corte suprema del Brasile.¹²² La pronuncia riguardava un'azione intentata da alcuni cittadini brasiliani nei confronti della Germania, in cui chiedevano un risarcimento in qualità di eredi delle vittime di un affondamento di un peschereccio causato nel 1943 da un attacco sferrato da un sottomarino tedesco. La Corte suprema brasiliana ha sostenuto che il rispetto dei diritti umani dovrebbe sempre prevalere sulle

120 Bufalini 2021: 702: "la Corte distrettuale afferma dunque che una norma internazionale consuetudinaria che riconosca l'immunità dello Stato rispetto ad atti così gravi e lesivi dei diritti fondamentali non può produrre effetti nell'ordinamento coreano". Si veda anche Gervasi 2022: 171, che osserva come il giudice coreano abbia utilizzato l'argomento della "superiorità della Costituzione stessa rispetto al diritto internazionale nell'ordinamento giuridico della Corea del Sud" ritenendo quindi che "le norme consuetudinarie non potrebbero spiegare effetti nell'ordinamento giuridico della Corea del Sud ove esse fossero incompatibili con tale ordinamento nel suo complesso, posto che la Costituzione avrebbe rango superiore nell'ordinamento interno".

121 Gervasi 2022: 172; Branca 2021.

122 Corte suprema brasiliana, sentenza n. ARE 954858/RJ del 24 settembre 2021.

norme internazionali in materia di immunità giurisdizionale dello Stato,¹²³ in ragione della clausola prevista dall'art. 3, par. II, della Costituzione brasiliana, secondo cui i diritti umani prevalgono nella conduzione delle relazioni internazionali del Brasile. Tale conclusione è stata adottata a stretta maggioranza, con sei voti contro cinque. Tuttavia, l'opinione che la sorregge rinvia all'ipotesi che qui si sostiene, relativa alla prevalenza delle norme costituzionali sui diritti umani sugli obblighi internazionali confliggenti. In particolare, nella sua dichiarazione di voto il giudice relatore Fachin ha affermato che l'immunità dello Stato non poteva trovare applicazione alla luce della “*prescrição constitucional que confere prevalência aos direitos humanos como princípio que rege o Estado brasileiro nas suas relações internacionais*”. Come è stato rilevato, il giudice brasiliano ha sostenuto chiaramente l'idea secondo cui i principi costituzionali impediscono l'applicazione nell'ordinamento interno della norma internazionale.

Tali pronunce mostrano come una serie di giudici interni si stiano progressivamente ergendo a garanti della protezione dei diritti umani fondamentali, tutelati dalle proprie Costituzioni nazionali, anche a costo di violare norme internazionali la cui applicazione nel caso di specie risulti lesiva di quei valori.¹²⁴

Un approccio simile è rinvenibile anche nella prassi sovranazionale. In una pronuncia del 7 maggio 2020 la Corte di giustizia dell'Unione europea, dopo aver ricordato che le norme di diritto internazionale consuetudinario in materia di immunità “are binding, as such, upon the EU institutions and form part of the EU legal order”, ha aggiunto quanto segue

[h]owever, a national court implementing EU law [...] must comply with the requirements flowing from Article 47 of the Charter [...]. Consequently, in the present case, the referring court must satisfy itself that, if it upheld the plea relating to immunity from jurisdiction, [the plaintiffs] would not be deprived of their right of

123 Saliba, Lima 2021: 53.

124 Bufalini 2021: 704; Branca 2022; Gervasi 2022; per un'ampia ricostruzione di questo fenomeno si veda Weiler 2018.

access to the courts, which is one of the elements of the right to effective judicial protection in Article 47 of the Charter.¹²⁵

Come è stato osservato, la pronuncia riconosce che le norme internazionali in materia di immunità non sono *ipso facto* applicabili nell'ordinamento dell'Unione europea, in quanto devono essere in ogni caso compatibili con il principio fondamentale costituito dal diritto di accesso alla giustizia.¹²⁶

Resta il fatto, però, che anche di recente sono rinvenibili pronunce di *sensu contrario*. Ad esempio, in una sentenza resa il 3 febbraio 2021, relativa a una collezione ecclesiastica medievale espropriata dai Nazisti a un consorzio di mercanti d'arte ebrei, la Corte suprema degli Stati Uniti d'America ha affermato che i tribunali statunitensi commetterebbero un illecito internazionale “by derogating international law's preservation of sovereign immunity for violations of human rights law”.¹²⁷ Invece che invocare le norme interne in materia di diritti umani per giustificare una violazione della norma consuetudinaria sull'immunità, la Corte suprema ha espressamente sostenuto di dover interpretare le proprie norme interne alla luce delle norme internazionali, allo scopo di “avoid international discord”. Ed infatti, ha affermato che gli Stati Uniti sarebbero sorpresi e reagirebbero se i tribunali tedeschi li condannassero a un risarcimento di milioni di dollari “because of human rights violations committed by the United States Government”. Tale pronuncia, dunque, conferma come altri Stati ancora attribuiscono prevalenza alle norme internazionali in materia di immunità, a prescindere dal

125 Corte di giustizia dell'Unione europea, *LG and Others v Rina SpA and Ente Registro Italiano Navale*, caso n. C-641/18, sentenza del 7 maggio 2020, par. 54.

126 Pavoni 2022: 32.

127 Corte suprema statunitense, caso n. 19-351, 592 U.S., sentenza del 3 febbraio 2021. Si veda, ancora, la precisazione secondo cui la prospettiva degli attori “would arguably force [US] courts themselves to violate international law, not only ignoring the domestic takings rule but also derogating international law's preservation of sovereign immunity for violations of human rights law”.

contrasto tra queste e i principi costituzionali interni posti a tutela dei diritti umani fondamentali.¹²⁸

Inoltre, nell'aprile del 2021 una diversa composizione della stessa Corte distrettuale centrale di Seul, che aveva reso la pronuncia sopra esaminata, ha riconosciuto l'immunità del Giappone in un caso identico a quello menzionato, a prescindere dalla commissione di gravi violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario.¹²⁹ Anche se la pronuncia è stata impugnata e l'appello è tutt'ora pendente, è evidente che tale successiva sentenza riduce l'importanza, ai fini della rilevazione della prassi, della precedente.¹³⁰ Peraltro, tale limite è stato espressamente riscontrato in una pronuncia del 7 dicembre 2021 della Corte d'appello dell'Aja, nei Paesi Bassi, che, in un caso relativo all'immunità giurisdizionale degli organi dello Stato per atti qualificabili come gravi violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario, ha visto nella seconda pronuncia del giudice coreano un limite al rilievo che la prima potrebbe avere nello sviluppo del diritto consuetudinario in materia di immunità.¹³¹

4.2. La prassi relativa alle sanzioni individuali del Consiglio di sicurezza adottate nell'ambito della lotta al terrorismo

Un altro ambito in cui sono riscontrabili elementi di prassi utili ai fini della nostra analisi è costituito dalle vicende relative all'esecuzione interna delle sanzioni individuali disposte

128 Bufalini 2021: 301: "la Corte Suprema degli Stati Uniti sembra affrontare il problema, esaltando la rilevanza delle regole in materia di immunità per la stabilità delle relazioni internazionali e lasciando invece poco (o meglio nessuno) spazio per un possibile contemperamento di quelle norme (e dei valori che sottendono) con la tutela del diritto individuale di accesso a un giudice ai fini della riparazione, anche in caso di violazione dei diritti fondamentali".

129 Corte distrettuale centrale di Seul, caso n. 2016 Ga-Hap 580239, sentenza del 21 aprile 2021.

130 Gervasi 2022: 178: "è evidente che la pronuncia di due sentenze di segno opposto, da parte dello stesso giudice, impedisce di attribuire una posizione unitaria anche solo all'organo giudiziario della Corea del Sud, prima ancora che allo Stato nella sua interezza".

131 Corte d'appello dell'Aja, caso n. NL:GHDHA:2021:2374, sentenza del 7 dicembre 2021.

dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite ai sensi del Capitolo VII della Carta di San Francisco e, in particolare, della Risoluzione n. 1267 del 15 ottobre 1999,¹³² che ha istituito il Comitato delle sanzioni ai fini della lotta e la repressione del terrorismo. Anche in tale settore, infatti, emergono pronunce che manifestano “la volontà di proteggere valori fondanti del sistema giuridico di appartenenza, fino a pregiudicare il rispetto degli obblighi di diritto internazionale”¹³³.

Al riguardo, bisogna ricordare che l'inserimento nella *black list* del Consiglio di sicurezza dei soggetti sospettati di terrorismo dà luogo alla imposizione delle cd. *smart sanctions*, implicanti in particolare delle limitazioni delle libertà di circolazione e il congelamento dei beni. Le procedure interne al Consiglio di sicurezza al fine dell'inserimento in tale lista non garantivano – né tutt'oggi garantiscono pienamente – il diritto di difesa degli interessati e il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva. I nominativi sono inseriti nella lista, su sollecitazione degli Stati membri, all'esito di una valutazione del Comitato delle sanzioni, cui segue una comunicazione all'interessato, priva di motivazione, delle misure applicate, senza che fosse (originariamente) prevista alcuna possibilità di ottenere una revisione della decisione davanti a un organo giurisdizionale o quanto meno para-giurisdizionale. Le sanzioni imposte devono poi essere eseguite dai singoli Stati membri delle Nazioni Unite, tramite atti normativi interni di attuazione. Così, posta l'assenza di una procedura di revisione delle decisioni del Comitato delle sanzioni, i destinatari di tali misure hanno cominciato a impugnare gli interni di attuazione dinnanzi ai tribunali nazionali, lamentando la violazione dei propri diritti fondamentali di difesa e del diritto di ricorso a un rimedio effettivo.

Inizialmente, i tribunali interni hanno considerato di non poter realizzare un sindacato giurisdizionale degli atti interni di attuazione delle sanzioni, in quanto ciò si sarebbe risolto in un inammissibile giudizio sulla legalità dell'operato del Con-

132 Consiglio di sicurezza, risoluzione n. 1267(1999), UN Doc. SC/RES/1267 (1999) del 15 ottobre 1999.

133 Gianelli 2013: 1248.

siglio di sicurezza.¹³⁴ Si riteneva, infatti, che in virtù dell'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite gli obblighi sanciti nella stessa prevalessero su qualsiasi altro obbligo internazionale incompatibile, inclusi quelli posti a tutela dei diritti umani, a meno che non si trattasse di norme di *ius cogens*,¹³⁵ tra le quali, secondo l'opinione maggioritaria, non rientra il diritto di accesso al giudice o a un rimedio effettivo.¹³⁶

Tuttavia, si è affermato nel tempo un orientamento tendente a riconoscere la possibilità per i giudici interni di pronunciarsi sulla legittimità interna degli atti normativi di attuazione delle sanzioni del Consiglio di sicurezza, sulla base della ritenuta incompatibilità delle stesse con le norme costituzionali in materia di tutela dei diritti fondamentali, nonché con le norme e i principi fondamentali dell'ordinamento internazionale in materia di tutela dei diritti umani.

In ambito nazionale è da citare, in particolare, la pronuncia resa dalla Corte suprema inglese nel caso *Al Ghabra*, relativo all'attuazione, tramite atti del potere esecutivo, di sanzioni del Consiglio di sicurezza implicanti il congelamento di tutti i beni di un individuo.¹³⁷ La Corte suprema ha ritenuto che la mancanza, nel sistema delle Nazioni Unite, di una forma di revisione giurisdizionale o para-giurisdizionale della decisione di inserimento nella lista dei sospettati di terrorismo fosse inaccettabile per l'ordinamento inglese, in quanto "access to a court to protect one's right is the foundation of the rule of law".¹³⁸ Per tale ragione, la Corte suprema inglese ha annullato l'atto esecutivo interno di attuazione delle sanzioni disposte nei confronti del ricorrente. È fondamentale notare come i giudici inglesi abbiano preso atto della possibilità di commettere un illecito internazionale,¹³⁹ ma abbiano comunque ritenuto di doverlo fare al fine di garantire l'attuazione di un principio ritenuto irrinunciabile.

134 Tribunale federale svizzero, caso n. 1A 45/2007, sentenza del 14 novembre 2007, par. 7-10; House of Lords, caso n. [2007] UKHL 58, sentenza del 12 dicembre 2007.

135 Milanovic 2009: 78.

136 Sul punto si veda più ampiamente *infra*, al capitolo 3.

137 Corte suprema inglese, no. UKSC 2009/0015, sentenza del 27 gennaio 2010.

138 Ivi, par. 146.

139 Ivi, par. 49.

bile nel proprio ordinamento. Ciò produce senza dubbio un illecito internazionale,¹⁴⁰ ma contribuisce probabilmente al consolidamento della prassi qui in esame, secondo cui un illecito internazionale sarebbe scusato laddove commesso allo scopo di tutelare valori fondamentali dell'ordinamento costituzionale.

Ma le pronunce più rilevanti in materia sono da ricercare in ambito sovranazionale e, in particolare, nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e in quella della Corte europea dei diritti umani.

Quanto alla Corte di giustizia dell'Unione europea, bisogna fare riferimento alla nota vicenda *Kadi*, relativa all'attuazione tramite un regolamento dell'Unione europea delle sanzioni imposte dal Consiglio di sicurezza. Nel caso di specie, l'inserimento del ricorrente nella lista inclusa nel regolamento aveva implicato il congelamento delle sue risorse economiche negli Stati membri dell'Unione europea. Nel 2005, il Tribunale di prima istanza dell'Unione europea aveva dichiarato la propria incompetenza a pronunciarsi sul regolamento impugnato, in quanto ciò si sarebbe risolto in un illegittimo sindacato sulla legalità dell'operato del Consiglio di sicurezza.¹⁴¹ Con la sentenza resa nell'ambito del giudizio di impugnazione, tuttavia, la Corte di giustizia ha annullato il suddetto regolamento.¹⁴² Essa ha ritenuto che, ferma la prevalenza sul piano internazionale delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza, il proprio giudizio di legittimità sugli atti normativi delle istituzioni dell'Unione europea non potesse essere limitato dal fatto che l'atto in questione fosse stato

140 Tzanakopoulos 2010: 260: "In any case, potential annulment of the domestic implementing measure forces upon the State(s) a breach of their international obligations under the Charter. And of course States cannot justify their breach of an international obligation by relying on their obligation to comply with their own courts judgments, nor can they rely on any other justification under domestic law, even if this of constitutional rank".

141 Tribunale di prima istanza dell'Unione europea, *Yassin Abdullah Kadi v. Council of the European Union and Commission of the European Communities*, caso n. T-315/01, sentenza del 21 settembre 2005.

142 Corte di giustizia della Comunità europea, *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Union*, casi n. C-402/05 P e C-415/05, sentenza del 3 settembre 2008.

adottato in attuazione di una tale risoluzione.¹⁴³ A detta della Corte, “gli obblighi imposti da un accordo internazionale non possono avere l'effetto di compromettere i principi costituzionali del trattato CE”,¹⁴⁴ tra cui si situa il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali. La Corte di giustizia ha rigettato l'argomento secondo cui le risoluzioni del Consiglio di sicurezza, in quanto fonti di diritto internazionale, prevalgono sul diritto primario delle allora Comunità europee: in caso di conflitto, quest'ultimo prevale. In tal modo, la Corte di giustizia si è comportata come un giudice (costituzionale o supremo) interno, che valuta la compatibilità di un obbligo internazionale con i principi fondamentali del proprio ordinamento interno.¹⁴⁵ La pronuncia è dunque inquadrabile in quell'orientamento, qui in esame, che antepone la tutela di valori ritenuti irrinunciabili nell'ordinamento interno (in questo caso dell'Unione europea) rispetto a obblighi internazionali con essi incompatibili.

La vicenda, peraltro, non si è conclusa così. A seguito dell'annullamento del regolamento europeo in questione, il Comitato delle sanzioni istituito in seno al Consiglio di sicurezza aveva trasmesso alla Commissione europea una generica esposizione delle ragioni dell'inserimento del nominativo del ricorrente nella lista dei sospettati di terrorismo, il quale dunque veniva nuovamente iscritto nella lista di cui a un nuovo regolamento europeo. Il ricorrente impugnava così l'ulteriore regolamento dinnanzi alla Corte generale dell'Unione europea, la quale il 30 settembre 2010 riteneva violati

143 Ivi, par. 299: “I principi che disciplinano l'ordinamento giuridico internazionale creato dalle Nazioni Unite non implicano che un controllo giurisdizionale sulla legittimità interna del regolamento controverso sotto il profilo dei diritti fondamentali sia escluso per il fatto che l'atto in questione mira ad attuare una risoluzione del Consiglio di Sicurezza adottata in base al Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite. Una simile immunità giurisdizionale di un atto comunitario, quale il regolamento controverso, come corollario del principio di prevalenza sul piano del diritto internazionale degli obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite [...] non trova del resto alcun fondamento nell'ambito del trattato CE”.

144 Ivi, par. 285.

145 Fikfak 2013: 593. Si vedano gli ulteriori precedenti nazionali citati dall'autrice, relativi a altri casi in cui i giudici interni si sono pronunciati in merito alla compatibilità delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza con i principi fondamentali del proprio sistema giuridico interno.

i diritti di difesa e alla tutela giurisdizionale.¹⁴⁶ La pronuncia veniva impugnata davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea. Con una sentenza del 28 luglio 2013, quest'ultima confermava la propria competenza a pronunciarsi sulla legittimità dei regolamenti europei di attuazione delle sanzioni del Consiglio di sicurezza. Nonostante la Corte si sia preoccupata di precisare che questo non rimette in discussione "il primato di una risoluzione del Consiglio di Sicurezza sul piano del diritto internazionale",¹⁴⁷ ha comunque concluso che i giudici dell'Unione, in conformità alle competenze di cui sono investiti in forza del Trattato istitutivo, devono garantire un controllo, in linea di principio completo, della legittimità di tutti gli atti dell'Unione stessa con riferimento ai diritti fondamentali che costituiscono parte integrante dell'ordinamento giuridico dell'Unione, anche quando tali atti mirano ad attuare risoluzioni adottate dal Consiglio di Sicurezza in base al Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite.¹⁴⁸ Nell'opporre valori ritenuti irrinunciabili per l'ordinamento dell'Unione europea rispetto all'attuazione degli obblighi (degli Stati membri) derivanti dalla partecipazione alle Nazioni Unite,¹⁴⁹ la pronuncia in questione sembra inquadrabile nell'orientamento qui esaminato che ritiene scusabili violazioni di obblighi internazionali imposte dalla necessità di tutelare principi costituzionali supremi.¹⁵⁰ La Corte di giustizia, infatti, avrebbe

146 Corte generale dell'Unione europea, *Yassin Abdullah Kadi v European Commission*, caso n. T-85/09, sentenza del 30 settembre 2010.

147 Ivi, par. 67: la Corte definisce l'ordinamento giuridico dell'Unione Europea come un "ordinamento giuridico che non è pregiudicato da un accordo internazionale", con ciò manifestando un approccio, analogo a quello della Corte costituzionale italiana, di separatezza tra ordinamento interno e ordinamento internazionale.

148 Ivi, par. 97.

149 Ivi, par. 122: "gli obblighi imposti da un accordo internazionale non possono avere l'effetto di compromettere i principi costituzionali del Trattato CE, in particolare il principio secondo cui tutti gli atti dell'Unione devono rispettare i diritti fondamentali, atteso che tale rispetto costituisce il presupposto della legittimità di detti atti, che spetta alla Corte controllare".

150 De Sena 2014b: 31; Cataldi 2015: 48: "lunghi dall'essere una decisione «ecentrica» rispetto all'osservanza della legalità internazionale, [...] si iscrive invece nel solco della giurisprudenza interna rivolta alla corretta interpretazione e sviluppo del diritto internazionale"; Kokott, Sobotta 2012: 1018: "The choice of a somewhat dualist approach in this particular context has to be understood as a reaction to a specific situation that may occur in multi-

fornito una implicita giustificazione della propria condotta,¹⁵¹ per il tramite della dottrina della protezione equivalente¹⁵² e, dunque, proprio sulla base della necessità di tutelare i diritti fondamentali a fronte di un ordinamento, quello delle Nazioni Unite, che non lo consente.¹⁵³

Bisogna però anche rilevare che la pronuncia in questione potrebbe non essere rilevante, in quanto tale, come prassi ai fini dell'accertamento della consuetudine ipotizzata, in ragione del fatto che l'Unione europea non risulta destinataria degli obblighi internazionali in questione¹⁵⁴ e, quindi, non ha formalmente commesso un illecito internazionale in ipotesi scusato in virtù della necessità di tutelare i principi costituzio-

level systems. In such systems it is possible that the level of protection of fundamental rights guaranteed by a higher level does not attain the level of protection the lower level has developed and considers indispensable. Refusing to accept the primacy of the higher level can be a proper means of responding to this deficiency. The insufficient protection of fundamental rights at the UN level therefore required the adoption of a dualist conception of the interplay of EU law and international law".

- 151 Tzanakopoulos 2013a: 125: "The CJEU in both *Kadi I* and *Kadi II* does offer an implicit justification for the disobedience it knows it is forcing upon Member States, all the while having pretended not to do so. [...] it is clear that the Court knows that the effect of its decisions in *Kadi I* and *II* is to force Member States to disobey the Security Council, unless they adopt their own implementing measures complying with the Security Council decisions on the matter – a power that is questionable at any rate".
- 152 Tzanakopoulos 2013a: 126: "[F]or as long as the exercise of the conferred powers on the (different or higher) level of governance takes place without safeguards equivalent to those to which it was subject before the conferral, when it was still exercised at the (lower) level, the court of the (lower) level will review the act of the (higher) level for compliance with the safeguards at the (lower) level (*Solange I*). When equivalent safeguards are adopted at the (higher) level, the court at the (lower) level will desist, presuming conformity (*Solange II*)".
- 153 Secondo Tridimas, Gutierrez-Fons 2008: 701, la Corte di giustizia riconosce l'estrema rilevanza delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza per le finalità che esse perseguono e l'autorevolezza dell'organo, ma non per questo rinuncia a garantire che le misure adottate in esecuzione delle stesse siano compatibili con i diritti fondamentali riconosciuti nel proprio ordinamento.
- 154 Ma vi è chi ritiene che i rapporti tra ordinamenti che vengono in gioco siano troppo complessi per poter affermare con leggerezza che l'Unione Europea non è (e non potrebbe essere) vincolata dagli obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite, e che pertanto le sue condotte sono irrilevanti rispetto agli stessi (Gradoni 2013: 594).

nali supremi del proprio ordinamento.¹⁵⁵ Ed infatti, affinché la prassi di un'organizzazione internazionale rilevi ai fini dell'accertamento di una norma consuetudinaria, è necessario che la materia rientri tra le competenze dell'organizzazione e che la norma rilevante sia specificamente diretta all'organizzazione.¹⁵⁶ Tuttavia, è vero anche che l'annullamento del regolamento europeo ha posto gli Stati membri in una situazione di inadempimento del proprio obbligo di dare esecuzione alle sanzioni previste dal Consiglio di Sicurezza, a meno che non abbiano provveduto immediatamente ad adottare dei propri atti normativi interni – sempre che ai sensi del diritto dell'Unione europea abbiano competenza in materia.¹⁵⁷ In ogni caso, la pronuncia della Corte di giustizia è idonea a generare prassi statale compatibile con essa (una sorta di prassi indotta) che, altrettanto, neghi attuazione alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza in virtù della necessità di proteggere valori irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale (dell'Unione europea), poiché tenuti a conformarsi ad essa.

Il medesimo ragionamento può essere fatto per quanto riguarda la rilevanza delle pronunce che, nella stessa materia, sono state rese dalla Corte europea dei diritti umani.¹⁵⁸ Già nella pronuncia *Nada* la Corte europea riscontrava, dopo aver richiamato la sentenza *Kadi*, una violazione del diritto alla libertà di circolazione, garantito dall'art. 2 del Protocollo

155 Malenovsky 2017: 325: “En effet, s'il est vrai que l'approche adoptée par la Cour de Justice peut inspirer des juges nationaux partout dans le monde, l'arrêt lui-même n'est pas susceptible d'affecter directement le principe de non invocabilité, étant donné que l'Union n'est pas partie à la Charte des Nations Unies. C'est pour cette raison que la Cour de justice s'est exprimée, au sujet du rang des obligations résultant de cette charte, dans les termes d'une simple hypothèse non vérifiée”.

156 Commissione del diritto internazionale, *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, With Commentaries*, cit., conclusione n. 4, commentario, par. 5.

157 Tridimas, Gutierrez-Fons 2008: 704. Si veda Gradoni 2013: 610, secondo cui gli Stati membri si troveranno a dover scegliere tra “il rischio di commettere un illecito internazionale, qualora vogliano attenersi al verdetto della Corte, ovvero un'infrazione del Trattato UE, nel caso in cui intendano dare comunque esecuzione alle misure antiterrorismo prese dal Consiglio di Sicurezza”.

158 Le pronunce della Corte europea dei diritti umani, in quanto vincolanti per gli Stati membri della CEDU, possono influenzarne i successivi comportamenti.

n. 4, e dell'art. 13 CEDU, relativo al diritto al rimedio effettivo, in quanto le giurisdizioni svizzere non avevano fornito al ricorrente un rimedio effettivo al fine di contestare la legittimità dell'inserimento del proprio nominativo nella lista dei destinatari delle sanzioni imposte dal Consiglio di sicurezza. A detta della Corte europea, infatti, la natura vincolante delle risoluzioni da quest'ultimo rese non implica che gli Stati siano esenti dalla propria responsabilità ai sensi della CEDU per le misure adottate in attuazione delle stesse, essendo tenuti per quanto possibile ad attuare in modo armonico i due distinti obblighi internazionali.¹⁵⁹

Una conclusione simile, sia pur sulla base di un ragionamento parzialmente diverso, veniva poi raggiunta nel caso *Al-Dulimi*. In particolare, una pronuncia della Camera, resa il 26 novembre 2013, aveva risolto la questione applicando la presunzione della protezione equivalente, secondo cui gli Stati sono liberi di trasferire porzioni di sovranità a delle organizzazioni internazionali, ma restano responsabili, ai sensi della CEDU, per le azioni e omissioni poste in essere in adempimento degli obblighi che ne derivino, qualora l'ordinamento dell'organizzazione in questione non garantisca una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente a quella prevista dalla CEDU.¹⁶⁰ Avendo riscontrato l'assenza di una protezione equivalente nel sistema delle Nazioni Unite, la Corte europea ha concluso che nel caso di specie mancasse

159 Corte europea dei diritti umani, *Nada v. Switzerland*, ricorso n. 10593/08, sentenza del 12 settembre 2012, par. 196: "the Court finds that the respondent State could not validly confine itself to relying on the binding nature of Security Council resolutions, but should have persuaded the Court that it had taken – or at least had attempted to take – all possible measures to adapt the sanctions regime to the applicant's individual situation".

160 Corte europea dei diritti umani, *Al-Dulimi and Montana Management INC v. Switzerland*, ricorso n. 5809/08, sentenza del 26 novembre 2013, par. 114: "State action taken in compliance with such obligations is justified where the relevant organisation protects fundamental rights in a manner which can be considered at least equivalent to that for which the Convention provides. In other words, if such equivalent protection is considered to be provided by the organisation, the presumption will be that a State has not departed from the requirements of the Convention when it does no more than implement legal obligation flowing from its membership of the organisation. [...] However, a State will be fully responsible under the Convention for all acts failing outside its strict international legal obligation, notably where it has exercised discretion".

un rimedio effettivo che consentisse la revisione della legittimità dell'inserimento del nominativo nella lista del Consiglio di sicurezza. Il caso veniva tuttavia rinviato in Grande camera, la cui sentenza confermava le conclusioni, ma sulla base di una diversa motivazione. Essa ha riconosciuto la rilevanza del principio di primazia degli obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite, sancito dall'art. 103 della stessa,¹⁶¹ nonché la natura non perentoria del diritto di accesso al giudice, garantito dall'art. 6 CEDU, da cui deriva che la sua violazione non è idonea a determinare il venir meno della vincolatività delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza.¹⁶² Tuttavia, ha ritenuto che nel caso di specie non vi fosse un contrasto tra l'obbligo di dare attuazione alla risoluzione del Consiglio di sicurezza e l'obbligo sancito dall'art. 6 CEDU.¹⁶³ A detta della Corte, il testo della risoluzione del Consiglio di sicurezza non vieterebbe la revisione giurisdizionale delle misure di attuazione interna della stessa, che di conseguenza dovrebbe essere garantita, almeno sotto il profilo dell'assenza di arbitrarietà della decisione.¹⁶⁴ Il sindacato sulla mera non arbitrarietà della costituisce, per la Corte, l'esito di un bilanciamento realizzato tra, da un lato, la tutela dei diritti umani e, dall'altro, le esigenze di mantenimento della pace e della sicurezza internazionali.¹⁶⁵

161 Corte europea dei diritti umani, *Al-Dulimi and Montana Management INC v. Switzerland*, ricorso n. 5809/08, sentenza del 21 giugno 2016, par. 135.

162 Ivi, par. 136.

163 Ivi, par. 140: "The must be a presumption that the Security Council does not intend to impose any obligation on member States to breach fundamental principles of human rights. In the event of any ambiguity in the terms of a UN Security Council resolution, the Court must therefore choose the interpretation which is most in harmony with the requirements of the Convention and which avoids any conflict obligations. [...] Accordingly, where a Security Council resolution does not contain any clear or explicit wording excluding or limiting respect for human rights is the context of the implementation of sanctions against individuals or entities at a national level, the Court must always presume that those measures are compatible with the Convention. In other words, in such cases, in a spirit or systemic harmonisation, it will in principle conclude that there is no conflict of obligations capable of engaging the primacy rule in Article 103 of the UN Charter".

164 Ivi, parr. 144 s.

165 Ivi, parr. 146 s.: "By limiting that scrutiny to arbitrariness, the Court takes account of the nature and purpose of the measures provided for by the Resolution in question, in order to strike a fair balance between the necessity of ensuring respect for human rights and the imperatives of the pro-

Ora, bisogna notare che, per quanto la Corte europea si sia sforzata di escludere l'esistenza di un conflitto tra i diversi obblighi internazionali in gioco, si tratta in realtà di una *fictio iuris* piuttosto forzata,¹⁶⁶ al fine di evitare le ovvie conclusioni cui avrebbe altrimenti condotto l'applicazione dell'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite. In ogni caso, la pronuncia in esame non costituisce prassi direttamente rilevante ai fini della ricostruzione della consuetudine qui ipotizzata. E questo non solo in quanto proviene da un organo sovranazionale, ma anche in quanto dalla prospettiva della Corte europea la questione non si pone in termini di contrasto tra un obbligo internazionale e un principio costituzionale interno, bensì di conflitto (negato) tra due diversi obblighi internazionali. La rilevanza che la stessa può avere è invece indiretta. Ed infatti, per dare attuazione alla pronuncia, la Svizzera così come gli Stati europei che intendano uniformarsi alla stessa saranno tenuti a porsi in contrasto con il proprio obbligo di dare attuazione interna alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza, eventualmente giustificando tale inadempimento sulla base della necessità di tutelare i diritti fondamentali previsti dalla CEDU e dalle proprie Carte costituzionali.

4.3. La prassi riguardante l'attuazione delle pronunce dei tribunali internazionali sui diritti umani

Prassi di Stati che oppongono il rispetto dei principi fondamentali della propria Costituzione nazionale all'attuazione di obblighi internazionali può essere poi riscontrata nell'ambito della giurisprudenza interna che invoca i principi costituzio-

tection of international peace and security. Any State Party, whose authorities give legal effect to the addition of a person – whether an individual or a legal entity – to a sanction list, without first ensuring – or being able to ensure – that the listing is not arbitrary will engage its responsibility under Article 6 of the Convention”.

¹⁶⁶ Magi 2016: 609. Si vedano anche l'Opinione concorrente del giudice Pinto de Albuquerque, secondo cui “the normative conflict between the respondent State's obligation to implement resolution 1483 and its Convention obligation to observe the applicants' right of access to a court seems to me unavoidable” (par. 1), e l'Opinione concorrente della giudice Keller e l'Opinione dissenziente della giudice Nussberger, che sostengono entrambe l'impossibilità di risolvere un conflitto normativo semplicemente negandone l'esistenza.

nali supremi come giustificazione per la mancata attuazione di sentenze rese dai tribunali internazionali istituiti dai trattati regionali sui diritti umani e, in particolare, della Corte europea dei diritti umani e della Corte interamericana dei diritti umani.

Un primo esempio è rinvenibile nella decisione del 14 ottobre 2004 resa dalla Corte costituzionale federale tedesca nel caso *Görgülü*, in cui ha affermato che l'adempimento di obblighi internazionali – nella specie, l'obbligo di conformarsi alle statuizioni di una pronuncia della Corte europea dei diritti umani – non è assoluto. Sarebbero possibili deviazioni rispetto a quanto disposto nella pronuncia sovranazionale, allo scopo di rispettare le disposizioni del diritto costituzionale tedesco, il quale prende in considerazione anche i diritti di soggetti terzi, non coinvolti nella controversia internazionale.¹⁶⁷ La Legge fondamentale tedesca, infatti, colloca gli accordi internazionali al livello delle norme di legge ordinaria. La loro applicabilità sul piano interno, pertanto, è soggetta alla previa incorporazione in un atto normativo interno, la cui validità è subordinata al rispetto della Legge fondamentale.¹⁶⁸ Nel caso in esame, la Corte costituzionale federale ha sostenuto che l'attuazione degli obblighi internazionali può avvenire solo nei limiti di quanto consentito dalla Legge fondamentale tedesca:

Basic law is clearly based on the classic idea that the relationship of public international law and domestic law is a relationship between two different legal spheres and that the nature of this relationship can be determined from the viewpoint of domestic law only by domestic law itself [...]. The commitment to international law takes effect only within the democratic and constitutional system of the Basic law. [...] There is therefore no contradiction with the aim of commitment to international law if the legislature, excep-

167 Corte costituzionale federale tedesca, ordinanza del 14 ottobre 2004, cit., par. 38: "account may also be taken of the fact that the individual application proceeding before the ECHR, in particular where the original proceedings were in civil law, possibly does not give a complete picture of the legal positions and interests involved".

168 Ivi, par. 36.

tionally, does not comply with the law of international agreements, provided this is the only way in which a violation of fundamental principles of the constitution can be averted.¹⁶⁹

Pertanto, a detta della Corte costituzionale federale, gli atti posti in attuazione di obblighi internazionali devono essere compatibili con il *Grundgesetz*, e la verifica di tale compatibilità spetta alla medesima Corte.¹⁷⁰ Se è vero che le autorità interne hanno un obbligo di prendere seriamente in considerazione gli obblighi internazionali dello Stato, incluso quello di dare attuazione alle sentenze della Corte europea, la loro esecuzione sul piano interno non è automatica, dovendo risultare compatibile con i principi sanciti dalla Legge fondamentale tedesca. Nel caso di specie, la Corte costituzionale federale ha ritenuto che la pronuncia della Corte di Strasburgo fosse stata resa in violazione dei diritti di soggetti terzi (la controparte nel giudizio civile interno) e che questo giustificasse la mancata attuazione della sentenza medesima sul piano interno. Come è stato rilevato, l'approccio che sottende a tale pronuncia rinvia a quello seguito in Italia nella summenzionata sentenza n. 238 del 2014 della Corte costituzionale italiana.¹⁷¹ La Corte costituzionale federale, tuttavia, non ha chiarito se la condotta si ritiene giustificata anche per il diritto internazionale stesso, essendosi limitata ad un'analisi della questione dalla prospettiva della Legge fondamentale tedesca.

Tale opinione – secondo cui l'atto incompatibile con un obbligo internazionale possa considerarsi giustificato anche ai sensi del diritto internazionale – sembra invece emergere nelle pronunce in cui la Corte costituzionale russa si è opposta

169 Ivi, parr. 34 s.

170 Ivi, par. 60: "The constitutional review of the interpretation and application of agreement under international law that have been given by statute the power of domestic German law is governed by the same principles that elsewhere too define the authority of the Federal Constitutional Court to review judicial decisions. The interpretation and application of agreements under international law can in principle be examined only to assess whether they are arbitrary or based on a fundamentally incorrect view of a fundamental right or are incompatible with other constitutional provisions".

171 Malenovsky 2017: 321.

all'attuazione di sentenze rese dalla Corte europea dei diritti umani. Tali pronunce, peraltro, sono degne di nota in quanto esempio di come, se si spinge eccessivamente all'estremo il discorso sviluppato nel presente lavoro, possono concretizzarsi i timori, espressi da parte della dottrina, di abusi da parte degli Stati nell'invocazione dei principi costituzionali come causa di esclusione dell'illecito internazionale.

In una pronuncia resa il 19 aprile 2016¹⁷² la Corte costituzionale russa si è opposta all'attuazione della sentenza *Anchugov e Gladkov*, in cui la Corte europea dei diritti umani aveva sancito che l'esclusione di tutti i detenuti dal diritto di voto, prevista in modo automatico e indiscriminato dall'art. 32, par. 3, della Costituzione russa, costituiva una violazione del diritto a libere elezioni riconosciuto dall'art. 3, Prot. 1, CEDU.¹⁷³ A tal fine, la Corte costituzionale ha affermato che la Costituzione russa prevale sugli obblighi internazionali incompatibili, in quanto “[n]either the ECHR, nor the legal positions of the ECtHR based on it, can cancel the priority of the Constitution” derivandone che “[t]heir practical implementation in the Russian legal system is only possible through recognition of the supremacy of the Constitution's legal force”. Secondo la Corte costituzionale, la decisione di un organo giurisdizionale internazionale non può pertanto essere eseguita nell'ordinamento russo se l'interpretazione della norma di un trattato internazionale, resa da detto organo, risulta in contrasto con le corrispettive disposizioni della Costituzione russa. E ciò in quanto una Corte costituzionale, a differenza della Corte europea dei diritti umani, deve prendere in considerazione anche i diritti di persone che non hanno direttamente proposto il ricorso davanti al giudice internazionale (anche se, nel presente caso, non è chiaro a quali diritti la Corte abbia fatto riferimento). Ha così affermato che

the implementation of the Judgment of the European Court of Human Rights in the case of *Anchugov and Gladkov v. Russia* and, therefore, also of the interpretation of Article 3 of Protocol No. 1 to the Convention

172 Corte costituzionale russa, caso n. 12- П/2016, sentenza del 19 aprile 2016.

173 Corte europea dei diritti umani, *Anchugov and Gladkov v. Russia*, ricorsi n. 11157/04 e 15162/05, sentenza del 4 luglio 2013.

for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms carried out thereby to the legal system of Russia is admissible, if it conforms to the provisions of the Constitution of the Russian Federation, pertaining to the fundamental principles of the constitutional order and of the legal status of the individual in Russia”.

Ha quindi concluso che la pronuncia era “impossible to implement” in quanto incompatibile con l’art. 32, par. 3, della Costituzione russa.

Lo stesso ragionamento è stato poi seguito dalla stessa Corte costituzionale russa nella sentenza resa il 19 gennaio 2017 nel noto caso *Yukos*.¹⁷⁴ In tale pronuncia è stato sostenuto che la Russia non è tenuta a dare esecuzione agli obblighi derivanti da una sentenza resa dalla Corte europea dei diritti umani, che la condannava al pagamento di un risarcimento pecuniario nei confronti degli azionisti della società ricorrente in ragione di un’accertata violazione del diritto all’equo processo e del diritto al rispetto dei beni.¹⁷⁵ E questo, a detta della Corte costituzionale russa, in quanto l’attuazione di tale sentenza avrebbe implicato una violazione della Costituzione russa. Ora, nonostante ai sensi dell’art. 14, par. 4, di quest’ultima,¹⁷⁶ il diritto internazionale prevale sul diritto interno russo, la Corte costituzionale ha sostenuto che “the participation of the Russian Federation in any international treaty does not mean giving up national sovereignty” e non implica la subordinazione della Costituzione nazionale agli obblighi derivanti dai trattati internazionali.¹⁷⁷ A suo parere, sarebbe pertanto necessario e ragionevole realizzare un bilanciamento tra, da un lato, gli obblighi internazionali (compresi quelli imposti in una sentenza della Corte europea dei diritti umani) e, dall’altro lato, i “fundamental principles of the constitutional order of the Russian Federation and legal regulation of human and

174 Corte costituzionale russa, caso n. 1-II/2017, sentenza del 19 gennaio 2017.

175 Corte europea dei diritti umani, *Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia*, ricorso n. 14902/04, sentenza sull’equa soddisfazione del 21 luglio 2014.

176 Si veda Marchuk 2017a. Tale disposizione sancisce, infatti, che “[i]f an international treaty or agreement of the Russian Federation provides for other rules than those envisaged by law, the rules of international agreement shall apply”.

177 Corte costituzionale russa, caso n. 21- П/2015, sentenza del 14 luglio 2015.

civil rights and freedoms established by the Constitution of the Russian Federation".¹⁷⁸ La Corte costituzionale ha proseguito sostenendo che il principio *pacta sunt servanda*, che vincola lo Stato ad adempiere gli obblighi internazionali volontariamente assunti, verrebbe meno nel momento in cui un trattato violi norme di *ius cogens*, tra cui però essa ha ritenuto di situare anche il principio di sovranità statale e quello di non interferenza negli affari interni di uno Stato. Qualora una pronuncia della Corte europea renda un'interpretazione degli obblighi sanciti nella CEDU che sia incompatibile con tali principi, lo Stato sarebbe legittimato a non darvi esecuzione,¹⁷⁹ laddove tale condotta sia l'unica idonea ad evitare una violazione della Costituzione.¹⁸⁰ Nel caso di specie, il pagamento del risarcimento, imposto dalla Corte europea nei confronti di una società che aveva commesso degli illeciti fiscali, sarebbe stato incompatibile con il principio costituzionale di equità e giustizia nell'ambito delle relazioni tributarie e, in ragione della sua entità, avrebbe messo in pericolo la stabilità finanziaria dello Stato.¹⁸¹ Come è evidente, la pro-

178 Corte costituzionale russa, sentenza del 19 gennaio 2017, cit., 6.

179 Ivi, 7.

180 Ivi, 8: "In the context of the adduced provisions of the VCLT this means that in a situation when the very content of a decision of an interstate body for the protection of human rights and freedoms, including in the part of injunctions addressed to Russia as a respondent State and based on the provisions of a respective international treaty, interpreted within the framework of a specific case, unlawfully, from the constitutional-law viewpoint, affects fundamental principles and provisions of the Constitution of the Russian Federation, Russia is entitled as an exception to deviate from fulfilment of the obligations imposed thereon, if such deviation is the only possible way to avoid violation of the Constitution of the RF".

181 Ivi, 19 s.: "In this context, payment of such a huge monetary sum, imposed by the ECtHR, to the former shareholders of a company having built illegal schemes of evasion of taxation, their heirs and legal successor from the budget system, which was regularly not receiving from it in due amount enormous tax payments, necessary *inter alia* for the fulfilment of public obligations before all citizens, getting over financial crisis, in itself contradicts constitutional principles of equality and justice in tax relations (Article 17, Section 3; Article 19, Sections 1 and 2; Article 55, Section 2 and 3; Article 57 of the Constitution of the Russian Federation)". Si veda ancora: "it is the substance of the activity of OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos as a legal person, and not only the facts of fraudulent behavior of the members of managing bodies of the company and some of its shareholders, established in the procedure of criminal persecution [...] [that] determines the non-conformity of the imposition of compensation to constitutional princi-

nuncia costituisce una presa di posizione netta nei confronti dell'obbligo di dare attuazione alle pronunce della Corte europea, sancito dall'art. 46 CEDU, che la Corte costituzionale russa ha ritenuto giustificata ai sensi dello stesso diritto internazionale.

Un approccio simile è stato seguito ancora più di recente in due pronunce rese dalla Corte costituzionale polacca, allo scopo di dichiarare non attuabili nell'ordinamento interno diverse sentenze della Corte europea che avevano sancito varie violazioni del principio del "tribunale stabilito dalla legge", di cui all'art. 6 CEDU; questo in ragione dell'interferenza dell'esecutivo sul procedimento di nomina di alcuni giudici della stessa Corte costituzionale, in violazione delle leggi vigenti, e di altre interferenze da parte di altri poteri nell'indipendenza della magistratura.¹⁸²

La prima pronuncia è stata resa il 24 novembre 2021. In essa la Corte costituzionale polacca ha dichiarato incostituzionale l'art. 6 CEDU, nella parte in cui l'espressione "tribunale stabilito dalla legge" è stata interpretata dalla Corte europea dei diritti umani¹⁸³ come riferibile anche alla stessa Corte costituzionale e come implicante il potere della Corte europea di pronunciarsi sulla legalità del processo di elezione dei giudici della Corte costituzionale.¹⁸⁴

Con una sentenza resa il 10 marzo 2022,¹⁸⁵ la Corte costituzionale polacca si è poi opposta a una serie di ulteriori sentenze della Corte europea in materia di indipendenza del potere giudiziario. A tal fine, essa ha realizzato un'analisi del rapporto tra principi costituzionali e obblighi internazionali, concludendo che i primi non possono che prevalere, in caso

ples of equality and justice and, consequently, impossibility to pay if from the point of view of the Constitution of the Russian Federation".

182 Corte europea dei diritti umani, *Broda and Bojara v. Poland*, ricorsi n. 26691/18 e 27367/18, sentenza del 29 giugno 2021; Corte europea dei diritti umani, *Reczkowicz v. Poland*, ricorso n. 43447/19, sentenza del 22 luglio 2021; Corte europea dei diritti umani, *Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland*, ricorsi n. 49868/19 e 57511/19, sentenza dell'8 novembre 2021; Corte europea dei diritti umani, *Advance Pharma sp. z o.o. v. Poland*, ricorso n. 1469/20, sentenza del 3 febbraio 2020.

183 Corte europea dei diritti umani, *Xero Flor w Polsce Sp. z o.o. v. Poland*, ricorso n. 4907/18, sentenza del 7 maggio 2021.

184 Corte costituzionale polacca, caso n. K 6/21, sentenza del 24 novembre 2021.

185 Corte costituzionale polacca, caso n. K 7/21, sentenza del 10 marzo 2022.

di contrasto, sui secondi. In particolare, la Corte costituzionale polacca ha iniziato il proprio ragionamento ricordando che “international law and domestic law are two self-contained regimes with significant differences between them” e ha chiarito che nell'ordinamento interno la Costituzione deve ritenersi prevalente rispetto a qualsiasi atto normativo con essa incompatibile.¹⁸⁶ Alla luce di ciò, a suo parere una corte costituzionale è legittimata a esercitare un “right to resist” rispetto a degli obblighi internazionali, in situazioni “when domestic and international standards collide”. In tali ipotesi,

the fundamental elements of the constitutional order have to be protected because a norm or act of international law are manifestly incompatible with constitutional standards.¹⁸⁷

L'esercizio del diritto costituzionale alla resistenza rispetto a un obbligo internazionale sarebbe ammissibile in casi in cui la norma internazionale o la pronuncia internazionale in gioco sollevino un problema di compatibilità con la Costituzione nazionale che sia considerato “systematically serious” e, in particolare, nell'ipotesi in cui l'attuazione di un obbligo internazionale o di una sentenza internazionale “would significantly undermine the edifice of the domestic legal system (constitutional foundation of statehood)”. A detta della Corte costituzionale polacca, tale resistenza sarebbe giustificata dalla legittimazione democratica di cui godono il sistema giuridico interno e il giudice costituzionale, mancante invece nel caso di un tribunale internazionale.¹⁸⁸ Nel caso di specie, la Corte costituzionale polacca ha ritenuto che il modo in cui la Corte europea aveva interpretato il requisito del “tribunale stabilito dalla legge” incideva sulla sovranità politica della

¹⁸⁶ Ivi, par. 3.1.

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ Ibid.: “In the Court's view, the rectitude of such conduct is also supported by the fact that — due to rising standards of rule of law — in respect of the various international legal systems nowadays existing alongside domestic law, only domestic law has one principal advantage among the rest — it meets democratic standards and is completely (fully) in possession of democratic legitimacy. The latter — unlike international courts — is enjoyed by domestic constitutional courts”.

Polonia, un problema che pertanto concerne “the essence and core of the Constitution, namely an element of Poland’s constitutional identity”.¹⁸⁹ L’obbligo di dare attuazione alle pronunce della Corte europea non può che dover essere bilanciato con la sovranità della Polonia. Essa ha quindi sostenuto che, sulla base di tali considerazioni:

The guardian of the Constitution is the Constitutional Court, which cannot allow Conventional norms conflicting with the Constitution, derived by way of adjudication and entering the domestic system without the ratification procedure, to have any effect on Poland, whether in international or in domestic law. That would violate the Constitution and therewith the sovereignty of the Polish state.¹⁹⁰

La Corte costituzionale polacca ha pertanto concluso che le summenzionate sentenze della Corte europea non fossero vincolanti per la Polonia ai sensi dell’art. 46 CEDU. È interessante notare come essa abbia aggiunto che la pronuncia resa non costituisca violazione degli obblighi internazionali della Polonia, e del principio di non invocabilità del diritto interno sancito dall’art. 27 della Convenzione di Vienna, in quanto essa

only constitutes the demarcation of a constitutional limit to the — permitted, in principle — dynamic of the ECtHR’s lawmaking leeway and applies solely to the disputed norms created out of Article 6(1) of the Convention.¹⁹¹

A suo parere, avendo la Corte europea oltrepassato i limiti del consenso espresso dalla Polonia rispetto alla sottoposizione alla sua giurisdizione, alcun illecito può essere imputato allo Stato. Come è evidente, la pronuncia polacca manifesta fermamente l’opinione secondo cui l’inadempimento di un obbligo internazionale giustificata dalla necessità di tutelare i

189 Ivi, par. 6.

190 Ibid.

191 Ivi, par. 7.

principi costituzionali supremi sarebbe legittima e legale per lo stesso diritto internazionale.¹⁹²

Alcuni esempi in tal senso, di opposizione dei principi costituzionali all'attuazione di pronunce di tribunali internazionali sui diritti umani, sono poi rinvenibili nella prassi latino-americana.¹⁹³

Ad esempio, il Consiglio supremo di giustizia militare del Perù ha in passato negato l'eseguibilità di una sentenza resa dalla Corte interamericana dei diritti umani nel caso *Castillo Petruzzi*.¹⁹⁴ I ricorrenti erano stati condannati a morte per terrorismo, nell'ambito di un processo cui avevano partecipato bendati e legati a una sedia, senza la possibilità di esaminare le prove a loro carico e di contro-esaminare i testimoni. Il Consiglio supremo ha ritenuto che la pronuncia fosse in contrasto con la Costituzione politica dello Stato:¹⁹⁵ più nello specifico, esso ha affermato che la sentenza della Corte interamericana "lack[ed] impartiality and infringe[d] the Political Constitution of the State, being, therefore, impossible to execute".¹⁹⁶

Anche la Sezione costituzionale della Corte suprema di giustizia del Venezuela ha negato la possibilità di dare esecuzione interna alle sentenze della Corte interamericana ritenute lesive dei principi fondamentali del sistema costituzionale. In una prima pronuncia, resa il 15 luglio 2003, essa ha sancito in termini perentori che l'attuazione di tali sentenze sarebbe stata subordinata al rispetto dell'art. 7 della Costituzione del Venezuela, che sancisce la supremazia della Costituzione su atti incompatibili. Pertanto, affermando il cd. principio del "constitutional green light", la Corte suprema

192 Acconciamesa 2024.

193 Per una più ampia analisi della mancata attuazione delle sentenze della Corte interamericana da parte delle corti nazionali latinoamericane si veda Huneus 2011.

194 Corte interamericana dei diritti umani, *Castillo Peruzzi et al v. Peru*, sentenza del 30 maggio 1999.

195 Consiglio supremo di giustizia militare del Perù, sentenza dell'11 giugno 1999. Tuttavia, lo stesso giudice ha poi riconosciuto l'obbligo dello Stato di dare piena esecuzione alle decisioni della Corte interamericana (Consiglio supremo di giustizia militare del Perù, sentenza del 4 giugno 2021).

196 Corte interamericana dei diritti umani, *Castillo Peruzzi et al v. Peru*, ordinanza sul monitoraggio dell'esecuzione del 17 novembre 1999, par. 2.

ha sancito che l'attuazione di un qualsiasi obbligo internazionale di dare esecuzione a una sentenza resa da un tribunale internazionale è subordinata alla verifica del previo rispetto della Costituzione:

Since international society as a system of sovereign states lacks a central, omnicompetent jurisdictional body, the decisions of the existing international judicial agencies, be they institutional or of an *ad hoc* (arbitrational) or sectoral nature, cannot, in their execution in the respondent state, ignore the national sovereignty thereof with impunity. That means that prior to their execution, such judgments must pass through the domestic judicial system so that, only if they violate no constitutional principles or provisions, they may be given a green light and their execution may proceed. Should the Constitution be undermined, it may be held that, even in this hypothetical situation, no international responsibility shall arise from the failure to execute the judgment, on the grounds that it affronts one of the existential principles of the international order, that of due respect for state sovereignty. [...] Seen in those terms, no judgment, ruling, decision, or other act of a similar agency may be executed in criminal or civil law in the country if it is in breach of the Constitution; thus, provisions enshrined in human rights treaties, conventions, or pacts that contravene the Constitution or its guiding principles may not be applied in the country. [...] The Chamber believes that there is no jurisdictional body above the Supreme Court of Justice and the effects of Article 7 of the Constitution, unless so indicated by the Constitution and by law; and, even in such an instance, a decision that contradicts Venezuela's constitutional provisions shall not be applicable in the country.¹⁹⁷

197 Sezione costituzionale della Corte suprema di giustizia del Venezuela, sentenza n. 1942 del 15 luglio 2003. La decisione prosegue come segue: "The decisions of those bodies will be implemented in the country, in accordance with the Constitution and laws, as long as they do not contradict Article 7 of the Constitution in force, which reads: «The Constitution is the supreme law and foundation of the legal order. All persons and organs exercising Public Power are subject to this Constitution», as long as they accept the

Tale principio è stato poi invocato per negare, in casi concreti, la possibilità di dare esecuzione a specifiche pronunce della Corte interamericana. In particolare, in una sentenza resa il 18 dicembre 2008 la Corte suprema ha dichiarato non attuabile la sentenza resa della Corte interamericana nel caso *Apitz Barbera*, che ordinava di reintegrare nelle proprie funzioni dei giudici di una corte amministrativa che erano stati illegittimamente dimessi, sulla base di una procedura ritenuta in violazione del principio di indipendenza della magistratura. La Sezione costituzionale della Corte suprema ha affermato che la Corte interamericana non ha il potere di sovvertire l'ordine costituzionale, nel quale la Costituzione costituisce la norma suprema.¹⁹⁸ A suo parere “[a] system of principles that is supposedly absolute and supra-historical cannot be imposed above the Constitution” e “the theories that attempt to limit national sovereignty and self-determination on the pretext of universal values, are unacceptable”.¹⁹⁹ Ha quindi concluso che

organic spheres of competence indicated in conventions and treaties. Accordingly, despite the judiciary's respect for the decisions or rulings of those bodies, those decisions and rulings cannot violate the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela, nor can they violate the rules of the treaties and conventions that govern those protections (*amparos*) or other decisions. [...] In the view of the Court, apart from these specific areas, national sovereignty cannot be diminished in any way, in keeping with Article 1 of the Constitution, which establishes as unwaivable rights of the nation: independence, liberty, sovereignty, territorial integrity, immunity, and national self-determination. Said constitutional rights are unwaivable; they cannot be curtailed unless the Constitution itself so decides, together with the mechanisms to make it possible, such as those envisaged in Articles 73 and 336.5 of the Constitution, for example. [...] The result of the foregoing is that, in principle, execution of the decisions of supranational courts cannot undermine the sovereignty of the country or the basic rights of the Republic”.

198 Sezione costituzionale della Corte suprema di giustizia del Venezuela, sentenza n. 1939 del 18 dicembre 2008, par. 163: “Article 23 of the Constitution does not grant international human rights treaties ‘supra-constitutional’ rank, so that when there is opposition or contradiction between a provision of the Constitution and a norm of an international treaty, the Judiciary must determine which is applicable, taking into consideration both the provisions of the said norm and the case law of this Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice”.

199 Ibid.

the execution of the judgment of the Inter-American Court [...] would affect essential principles and values of the constitutional order of the Bolivarian Republic of Venezuela and could result in institutional chaos within the system of justice, by attempting to modify the autonomy of the Judiciary established by the Constitution and the disciplinary system establishes by law; moreover, it also aspires to obtain the reinstatement of the, today, former justices of the First Administrative Court.²⁰⁰

Nel 2017, poi, è stata la Corte suprema argentina che ha rifiutato di dare attuazione alla pronuncia *Fonvecchia e D'Amico* della Corte interamericana, la quale aveva condannato lo Stato ad eliminare una sentenza di condanna emessa nei confronti di due giornalisti in violazione della libertà di espressione.²⁰¹ A detta della Corte suprema, i principi supremi dell'ordinamento giuridico argentino impedivano di adottare tale misura in quanto

to invalidate the ruling of this Court that has the authority of *res iudicata* is one of the situations in which restitution is legally impossible in the light of the fundamental principles of Argentine public law.²⁰²

Inoltre, la Corte suprema ha chiarito che un tale rifiuto non implicava una violazione dell'obbligo di dare attuazione alle sentenze della Corte interamericana, poiché questa aveva ordinato una misura che esorbitava dalla propria giurisdizione

200 Ivi, par. 176. Si veda anche Sezione costituzionale della Corte suprema di giustizia del Venezuela, sentenza n. 1547 del 17 ottobre 2011.

201 Corte interamericana dei diritti umani, *Fonvecchia and D'Amico v. Venezuela*, sentenza del 29 novembre 2011, par. 105: "the Court orders that, according to its jurisprudence, the State must revoke the decision in its entirety including, where appropriate, the reach it has on third parties".

202 Corte suprema argentina, sentenza del 14 febbraio 2017. par. 17: "revocar la sentencia firme dictada por este tribunal implica privarlo de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirlo por un tribunal internacional, en clara transgresión de los artículos 27 y 108 de la Constitución Nacional".

e, pertanto, non poteva considerarsi giuridicamente vincolante.²⁰³

Più difficile risulta, invece, trovare pronunce nazionali dello stesso tenore che si oppongano all'attuazione delle *views* rese dai Comitati istituiti dai trattati universali sui diritti umani conclusi nell'ambito dell'ONU. E questo per l'ovvia ragione per cui tali decisioni non sono, ai sensi del diritto internazionale, e nonostante alcune opinioni di segno contrario,²⁰⁴ giuridicamente vincolanti.²⁰⁵ Ne deriva che, in linea di principio, la mancata attuazione delle stesse non richiede una formale giustificazione da parte degli Stati. Tuttavia, sono pur sempre individuabili dei casi in cui i giudici interni forniscono una motivazione della mancata attuazione delle *views*, soprattutto sulla base del principio costituzionale della separazione dei poteri: dato che le decisioni degli organi di monitoraggio non sono formalmente vincolanti, la loro attuazione per via giurisdizionale costituirebbe un'intrusione del potere giudiziario in ambiti riservati ai poteri legislativo ed esecutivo.²⁰⁶ Ad esempio, la Corte suprema dello Sri Lanka ha rifiutato di attuare una decisione del Comitato dei diritti umani sulla base del fatto che il legislatore nazionale non aveva adottato misure legislative volte a dare attuazione

203 Ibid., secondo cui la decisione di rifiuto di dare attuazione alla sentenza "does not imply denying the binding nature of the decisions of the Inter-American Court, but only to understand that the obligation arising from art. 68.1 must be circumscribed to the matter over which the international tribunal has jurisdiction". Al par. 12 la Corte suprema ha affermato che "la Corte Interamericana, al ordenar dejar sin efecto la sentencia de [la] Corte [Suprema] pasada en autoridad de cosa juzgada, ha recurrido a un mecanismo restitutivo que no se encuentra previsto en el texto convencional".

204 Ad esempio, le *views* sono considerate giuridicamente vincolanti nell'ordinamento spagnolo, su cui si veda Casla 2024. Per un'approfondita analisi comparata, si veda van Alebeek, Nollkaemper 2012.

205 Si veda, ad esempio, Consiglio di Stato francese, caso n. ILDC 767, sentenza dell'11 ottobre 2011, par. 22, secondo cui il Comitato dei diritti umani è un organo di natura non giudiziaria che rende decisioni non giuridicamente vincolanti. Oppure si veda Corte distrettuale di Tokyo, caso n. 1784, sentenza del 15 marzo 2001, par. 67, secondo cui i Commenti generali del Comitato dei diritti umani "neither represent the authoritative interpretation of the International Covenant on Civil and Political Rights nor have binding legal force".

206 Kanetake 2017: 229.

interna ai diritti sanciti dal PIDCP.²⁰⁷ O ancora, la Corte d'appello di Singapore ha affermato che l'obbligo di interpretare il diritto interno in conformità al diritto internazionale dei diritti umani incontra il proprio limite inerente nella necessaria compatibilità di quest'ultimo con la Costituzione nazionale, essendo l'applicazione di norme contrarie alla stessa impossibile nell'ordinamento interno:

it is open to the people of the country to lay down the rules by which they wish their state to be governed and they are not bound to give effect in their Constitution to norms and standard accepted elsewhere, perhaps in very different societies.²⁰⁸

Pertanto, dovrebbe essere il legislatore ad adottare norme interne di attuazione del diritto internazionale sui diritti umani o a modificare la Costituzione.²⁰⁹

Da ultimo, bisogna notare che non sembrano invece rientrare nella prassi qui in esame quelle sentenze nazionali in cui i giudici interni non si oppongono all'attuazione di obblighi internazionali, inclusi quelli derivanti da pronunce rese da giudici internazionali, ma rivendicano uno spazio di autonomia nell'interpretazione di quegli stessi obblighi.²¹⁰ Esempi in tal senso sono la pronuncia n. 246 del 28 novembre 2012 della Corte costituzionale italiana, in cui la stessa ha rivendicato la propria competenza a "valutare se e in quale misura l'applicazione della [CEDU] da parte della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano",²¹¹ o la pronuncia n. 49 del 23 marzo 2015 della stessa Corte costituzionale, ove la stessa ha sancito "il predominio assiologico

207 Corte suprema dello Sri Lanka, caso n. 519] 138 ILR, sentenza del 15 settembre 2006.

208 Corte d'appello di Singapore, caso n. 3 SLR 489, sentenza del 14 maggio 2010, par. 59.

209 Ivi, par. 60.

210 Saccucci 2018: 251: "Tali pronunce [...] tendono, infatti, essenzialmente a fare leva su principi costituzionali allo scopo di patrocinare un'interpretazione difforme degli obblighi convenzionali rispetto a quella già accolta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione alla medesima questione di principio. Esse non si occupano, invece, dell'attuazione dell'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte sancito dall'art. 46, par. 1, CEDU".

211 Corte costituzionale italiana, sentenza n. 248 del 28 novembre 2012, par. 4.2.

della Costituzione sulla CEDU²¹² per riservarsi un margine di discrezionalità per interpretare autonomamente gli obblighi sanciti dalla CEDU.²¹³ Analogamente alla Corte costituzionale italiana, diversi giudici supremi di Stati europei hanno rivendicato una certa libertà di adottare un'interpretazione diversa, rispetto a quella fatta propria dalla Corte europea, degli obblighi sanciti nella CEDU.²¹⁴ Lo stesso è riscontrabile nel contesto latino-americano rispetto alla giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani. Ora, se tali pronunce riflettono l'aspirazione degli Stati a vedersi riconoscere un margine di discrezionalità nell'interpretazione degli obblighi pattizi,²¹⁵ esse non sembrano invece manifestare l'opinione di ritenere che eventuali condotte in contrasto con tali obblighi risultino scusate o giustificate alla luce della necessità di dare prevalenza ai principi costituzionali che reggono l'ordinamento interno.

4.4. Altra prassi rilevante

Se quelli esaminati sono i settori in cui l'approccio che giustificherebbe la formazione della consuetudine in esame si è

212 Corte costituzionale italiana, sentenza n. 49 del 23 marzo 2015, par. 7. La Corte ha proseguito affermando che "sarebbe errato [...] ritenere che la CEDU abbia reso gli operatori giuridici nazionali, e in primo luogo i giudici comuni, passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisprudenziale, quali che siano le condizioni che lo hanno determinato".

213 Per una definizione di tale approccio come "disobbedienza funzionale", idonea a permettere l'instaurazione di un dialogo e non di un contrasto con la Corte europea dei diritti umani, si veda Martinico 2015: 304: "un giudice nazionale si rende protagonista di un atto di disobbedienza funzionale quando decide di non seguire («declines to follow») la soluzione derivata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, disobbedendo, appunto, sulla base di una serie di argomenti volti a indurre la Corte EDU ad una interpretazione diversa da quella precedentemente fornita (perché poco rispettosa del margine di apprezzamento o perché fondata su una erronea ricostruzione del «consenso»)".

214 Si veda, ad esempio, l'analitica ricostruzione dei diversi orientamenti della Corte suprema britannica realizzata in Corte europea dei diritti umani, *Hutchinson v. the United Kingdom* [GC], ricorso n. 57592/08, sentenza del 17 gennaio 2017, Opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque, par. 19 s. Si veda anche Tribunale costituzionale spagnolo, sentenza n. 303 del 25 ottobre 1993, par. 8.

215 Saccucci 2018: 259.

principalmente manifestato, non mancano elementi di prassi anche relativi a diverse questioni.

Ad esempio, in una pronuncia il 19 settembre 2006, la Corte costituzionale federale tedesca ha riproposto il medesimo argomento della superiorità del *Grundgesetz* con riferimento alla “attuazione” interna di una pronuncia della Corte internazionale di giustizia.²¹⁶ In particolare, la Corte suprema tedesca aveva interpretato l’art. 36 della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari in modo difforme da quanto statuito dalla Corte internazionale di giustizia nel noto caso *LaGrand*. A detta della Corte costituzionale federale, ciò implicava una possibile violazione del diritto a un giusto processo, che includerebbe il diritto a che le norme internazionali siano interpretate in modo conforme alla giurisprudenza del giudice internazionale competente a interpretarle autorevolmente. Tuttavia, nel rinviare il caso al giudice remittente, la Corte costituzionale federale ha statuito che questo non avrebbe avuto un obbligo di adeguarsi incondizionatamente all’interpretazione resa dalla Corte internazionale di giustizia, essendo una deviazione da quest’ultima giustificata dalla necessaria compatibilità di tale interpretazione con i principi supremi della Legge fondamentale tedesca. Così facendo, essa ha anteposto la necessità di rispettare i principi costituzionali all’obbligo di conformarsi alle pronunce del giudice internazionale.

Merita ancora di essere menzionata un’altra sentenza della Corte costituzionale federale tedesca, pronunciata il 15 dicembre 2015 e relativa alla legittimità costituzionale dell’adozione, da parte del Parlamento tedesco, di una norma di legge contrastante con un trattato ratificato dalla Germania, nella specie un trattato concluso con la Turchia e volto ad evitare la doppia tassazione dei capitali nei due Paesi.²¹⁷ La Corte costituzionale federale ha distinto due diversi piani di analisi, quello del diritto interno e quello del diritto internazionale. Dalla prospettiva interna, la Corte ha osservato che “international law does not prevent legal acts that violate in-

216 Corte costituzionale federale tedesca, caso n. BVerfG, JZ 62, sentenza del 19 settembre 2006.

217 Corte costituzionale federale tedesca, sentenza del 15 dicembre 2015, cit.

ternational law from being effective at the domestic level".²¹⁸ Ritenere il contrario sarebbe in contrasto con due principi fondamentali della Legge fondamentale tedesca, segnatamente il principio di democrazia e il principio di "alternanza parlamentare", secondo cui un Parlamento democraticamente eletto è libero di modificare o abrogare le leggi precedentemente adottate, anche laddove queste fossero volte a dare attuazione a determinati obblighi internazionali vincolanti per lo Stato. Ne deriva che, nonostante il principio di forte apertura rispetto al diritto internazionale sancito dalla Legge fondamentale tedesca, non vi è nell'ordinamento tedesco un obbligo incondizionato di conformità ai trattati, posto che l'accettazione di obblighi internazionali non implica una cessione di sovranità in relazione all'autorità finale che resta, in ogni caso, in capo alla Costituzione. Tuttavia, dalla prospettiva internazionale, la Corte costituzionale federale ha riconosciuto che il fatto che il diritto internazionale lasci agli Stati liberi di adempiere (o non adempiere) agli obblighi assunti "does not imply that a violation of international law is insignificant".²¹⁹ Tale condotta si risolverebbe, quindi, nella commissione di un illecito internazionale da parte dello Stato.²²⁰ Resta il fatto che quest'ultimo resta libero di decidere se adempiere ai propri obblighi internazionali, senza che il diritto internazionale possa incidere sulla validità ed efficacia, sul piano interno, degli atti che si pongano in conflitto con detti obblighi. A tal fine, la Corte costituzionale federale ha anche chiarito che nella precedente pronuncia *Görgülü* essa non aveva inteso limitare tale possibilità (di non dare attuazione ad obblighi internazionali dello Stato) all'ipotesi in cui la mancata attuazione dell'obbligo fosse indispensabile a tutelare un principio costituzionale supremo in materia di

218 Ivi, par. 49.

219 Ivi, par. 60.

220 Ivi, par. 63: "If a State violates its obligations under an international treaty, the other contracting state or states can respond to the breach of treaty in a number of ways. Less serious breaches of a treaty generally entitle the other contracting state or states only to exercise a regular right of denunciation (art. 56 VCLT), to demand compliance with treaty obligations as a form of restitution or – as subsidiary measure, to demand reparation [...]. Material breaches may entitle the other contracting state or states to invoke the breach as a ground for terminating the treaty or suspending its operation, irrespective of whether a right of termination was agreed upon".

diritti fondamentali. A prescindere dalla ragione che lo ispiri, l'adempimento o inadempimento degli obblighi internazionali rientra nella discrezionalità degli organi statali, fermo restando che lo Stato sarà comunque tenuto a sopportare gli effetti giuridici che, sul piano internazionale, derivino dal sorgere della propria responsabilità internazionale. Ora, anche se la pronuncia sostiene la prevalenza del diritto interno sul piano interno,²²¹ essa non sembra direttamente rilevante ai fini dell'accertamento della consuetudine ipotizzata. Ed infatti, in essa non si manifesta l'*opinio* che la condotta sia giustificata anche sul piano dell'ordinamento internazionale, ammettendo invece espressamente e accettando l'eventualità di commettere un illecito internazionale.²²²

5. Le reazioni della comunità internazionale

Al fine di apprezzare a pieno la rilevanza della prassi esaminata, è necessario verificare quali siano state le reazioni della comunità internazionale.²²³ Ed infatti, alcune delle pronunce esaminate ai fini dell'accertamento della consuetudine di cui si ipotizza l'esistenza, specie quelle relative all'immunità e all'opposizione rispetto a sentenze di tribunali internazionali sui diritti umani, perdono in parte di rilievo (ai fini del procedimento consuetudinario) se si considera la forte opposizione che hanno suscitato sul piano internazionale. Altra prassi (quella in materia di sanzioni individuali del Consiglio di sicurezza, invece, acquisisce maggiore forza ove si tenga

221 Peters 2016a: "the decision pushes further the probably global trend of constitutional courts' resistance against any hard-and-fast supremacy of international law if this stands in conflict with domestic (constitutional) principles".

222 La medesima situazione si verifica in Spagna, ove il *Tribunal Constitucional* può pronunciarsi sulla incostituzionalità di un trattato concluso dallo Stato sancendone la conseguente nullità, ma si riconosce che in tal caso si commette una violazione del diritto internazionale (Iglesias Velasco 2013: 214).

223 Commissione del diritto internazionale, *Second Report on the Identification of Customary International Law*, cit., par. 77. Affinché il silenzio di uno Stato sia considerato come acquiescenza al fine della formazione di una norma consuetudinaria sono richieste due condizioni. In primo luogo, è necessario che la condotta in questione richieda una certa reazione da parte di uno o più Stati, la cui posizione sia toccata (in modo sfavorevole) dalla stessa. In secondo luogo, è necessario che lo Stato tenuto a reagire era o avrebbe dovuto essere a conoscenza dell'atto.

in considerazione la successiva *a c q u i e s c e n z a* prestata dai competenti attori della comunità internazionale.

Risulta pertanto utile esaminare come gli attori della comunità internazionale interessati dalla prassi sopra esaminata abbiano reagito alle pronunce che hanno negato l'applicazione delle norme in materia di immunità in caso di gravi violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario (paragrafo 5.1), alle sentenze che hanno proceduto a realizzare una revisione giurisdizionale degli atti interni di attuazione delle sanzioni individuali disposte dal Consiglio di sicurezza nell'ambito della lotta al terrorismo (paragrafo 5.2) e all'invo-cazione dei principi fondamentali delle costituzioni nazionali per giustificare la mancata attuazione sul piano interno di sentenze rese dai tribunali regionali istituiti dai trattati in ma-teria di diritti umani.

5.1. Le opposizioni alla prassi in materia di immunità

In primo luogo, non può non notarsi come la prassi in ma-teria di immunità degli Stati tenda a perdere di rilevanza se si considera che i soggetti dell'ordinamento internazionale interessati al rispetto di tale norma hanno fortemente reagito alla negazione della sua applicazione da parte dei giudici interni di altri Stati, con ciò dimostrando che essi non riten-gono la condotta giustificata o scusata per il solo fatto che sia stata posta in essere allo scopo di proteggere i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale interno.

Quanto alla sentenza n. 238 del 2014 della Corte costi-tuzionale italiana, bisogna considerare che la Germania ha immediatamente reagito con una protesta²²⁴ tramite la nota verbale n. 2 del 2015, inviata dalla Repubblica federale tede-sca, il 5 gennaio 2015, per il tramite della propria Ambasciata a Roma, al Ministero per gli affari esteri e la cooperazione inter-nazionale della Repubblica italiana. In detta nota, la Germa-nia ha contestato l'illecito internazionale commesso dall'Ita-lia nel negare l'immunità giurisdizionale alla Germania, così

224 Oppenheim 1948: 789. Una protesta è una "formal communication from one state to another that it objects to an act performed or contemplated by the latter" con lo scopo di garantire "[the] preservation of rights or of making it known that the protesting state does not acquiesce in and does not recognise certain acts".

come accertato nella pronuncia della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012, e ha invocato l'obbligo dello Stato italiano di conformarvisi, in virtù dell'art. 94, par. 1, della Carta delle Nazioni Unite. La nota diplomatica ha ribadito, inoltre, che "il principio dell'immunità degli Stati non può essere limitato dal diritto interno di uno Stato, nemmeno dai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale nazionale", e ha chiaramente manifestato l'opinione dello Stato tedesco secondo cui "la ripresa o prosecuzione dei procedimenti [...] rappresenterebbe una nuova violazione dell'immunità giurisdizionale di cui gode la Repubblica Federale di Germania", così come il caso di "avvio di misure di esecuzione forzata di sentenze italiane e straniere in tali procedimenti". La Germania, "onde evitare ulteriori contenziosi", ha invitato l'Italia a comunicare le misure che sarebbero state prese per conformarsi agli obblighi internazionali richiamati e ha ricordato che, in caso contrario, ai sensi del diritto internazionale, l'Italia sarebbe stata tenuta a "esonerar[la] dalle conseguenze [del] danno oppure a compensare il danno stesso". Tale atto, di per sé, ha quindi manifestato l'opinione della Germania secondo cui la condotta illecita posta in essere dall'Italia, in ragione della sentenza n. 238 del 2014,²²⁵ non potesse essere giustificata o scusata sulla base dell'invocazione dei principi fondamentali della Costituzione italiana.

Come è noto, i giudici italiani non hanno dato seguito alla protesta tedesca, in quanto hanno ripreso a negare l'immunità giurisdizionale della Germania e a condannarla al risarcimento dei danni cagionati dalle gravi violazioni commesse nel corso del secondo conflitto mondiale. Così, per lungo tempo, e almeno secondo alcuni autori, si è potuto dubitare dell'idoneità di una singola nota diplomatica ad escludere l'acquiescenza²²⁶ rispetto a reiterati illeciti commessi dalle

225 Non si intende in questa sede entrare nell'ambito del dibattito secondo cui la sentenza n. 238 del 2014, in quanto tale, non implicherebbe la commissione di un illecito internazionale, che invece deriverebbe dalle singole condotte dei giudici italiani che, in conformità alla stessa, abbiano proceduto a negare il riconoscimento dell'immunità della Germania dalla giurisdizione italiana.

226 Akehurst 1975: 28: "In determining the relative weight to be attached to acts or claims and to protests against such acts or claims, it is necessary to take into account «the number of protests, the vehemence of the protests, the subsequent actions of the parties, the importance of the inter-

giurisdizioni italiane,²²⁷ considerato che la Germania neppure si è difesa nei processi reinstaurati davanti ai giudici italiani nei suoi confronti. Si era pertanto sottolineato come la Repubblica federale avesse ommesso di invocare la responsabilità internazionale dell'Italia, nonostante molteplici strumenti giuridici a sua disposizione,²²⁸ tra cui la proposizione di un nuovo ricorso dinnanzi alla Corte internazionale di giustizia.²²⁹ Tale opinione, tuttavia, non ci sembra convincente. È vero che, dal punto di vista del diritto internazionale, ogni singola condanna emessa nei confronti della Germania costituisce una violazione autonoma e istantanea della norma sull'immunità giurisdizionale dello Stato. Tuttavia, visto anche il carattere perentorio della nota diplomatica tedesca, sarebbe irragionevole richiedere, al fine di escludere l'acquiescenza della Germania rispetto a reiterate condotte del medesimo tipo, specifiche e reiterate proteste. Noi riteniamo, quindi, che già la nota fosse di per sé idonea ad escludere l'acquiescenza.

In ogni caso, la Germania ha successivamente adottato una posizione sul piano internazionale che è certamente ido-

ests affected and the effluxion of time». Thus, isolated protests in the face of repeated claims are probably insufficient to prevent the growth of a customary rule based on such claims". Ma si veda anche Henry 2017: 287: "Acquiescence can only be assumed when a state considers that there was no violation at all because it believes that the impugned actions, although they actually occurred, were not a violation of international law in the first place. This is what has been termed benevolent silence *de lege lata*. Before making a finding on acquiescence to a revisionist claim under customary international law, all other potential motives for remaining silent should be therefore, if not entirely, discarded – as several motives can sometimes coexist – at least proven less plausible than acquiescence to a revisionist normative claim". Quando il silenzio è determinato da ragioni politiche o costituisce manifestazione di una mera concessione graziosa o tolleranza (o *reluctant tolerance*), sembra doversi escludere che esso sia interpretabile come acquiescenza. Tuttavia, nella giurisprudenza internazionale, specie della Corte internazionale di giustizia, al silenzio o mancata reazione di uno Stato viene genericamente attribuito il valore di acquiescenza in modo oggettivo, senza procedere a verificare quali siano state le intime ragioni per cui lo Stato abbia ommesso di reagire. Resta salva, però, la possibilità di provare una intenzione contraria.

227 Come è stato rilevato, ogni negazione dell'immunità nei confronti della Germania costituisce un "illecito istantaneo" (Conforti 2014: 3885).

228 Peters 2014; Papa 2017: 42; Sciso 2015: 80.

229 Peters 2014; Papa 2017: 47.

nea ad escludere che il silenzio, successivo alla nota del 2015, con riferimento alle singole sentenze di condanna pronunciate ai suoi danni fosse interpretabile come acquiescenza alle condotte italiane. Ed infatti, il 29 aprile 2022 la Germania ha instaurato un nuovo giudizio contro l'Italia dinnanzi alla Corte internazionale di giustizia lamentando, tra le altre cose, la reiterata violazione del proprio diritto all'immunità giurisdizionale dinnanzi ai giudici italiani. Nel ricorso introduttivo, essa ha ribadito che "States are obliged to respect the sovereign immunity of other States even in proceedings that concern allegations of grave breaches of international law",²³⁰ a prescindere dal fatto che si tratti di violazioni di norme di *ius cogens*.²³¹ Il contenuto del ricorso, quindi, ribadisce la posizione già espressa a seguito della sentenza n. 238 del 2014, secondo cui la Germania considera illecite, e non giustificabili ai sensi del diritto internazionale, le condotte poste in essere dai giudici italiani.

Anche il Giappone, che pur non si era costituito nel giudizio dinnanzi alla Corte distrettuale di Seoul conclusosi nel senso suindicato, ha reagito duramente alla sentenza coreana che ha negato la sua immunità in un giudizio relativo a crimini di guerra commessi nel corso del secondo conflitto mondiale. In particolare, in un comunicato stampa del Ministero degli affari esteri giapponese, la sentenza è stata definita come "extremely regrettable and absolutely unacceptable, as it is clearly contrary to international law and agreements between the two countries".²³² Secondo il Giappone, oltre a violare la norma di diritto internazionale sull'immunità giurisdizionale degli Stati, la sentenza coreana sarebbe contraria a un Accordo del 1965 e a un'Intesa del 2015 conclusi con la Corea del Sud, che avrebbero definitivamente risolto la questione dei crimini di sfruttamento sessuale commessi duran-

230 Corte internazionale di giustizia, *Questions of Jurisdictional Immunities of the State and Measures of Constraint against State-Owned Property (Germany v. Italy)*, ricorso introduttivo del 29 aprile 2022, par. 33.

231 Ivi, par. 34.

232 Dichiarazione del Ministro degli affari esteri giapponese, Comunicato stampa, *Regarding the Confirmation of the Judgment of the Seoul Central District Court of the Republic of Korea in the Lawsuit Filed by Former Comfort Women and Others*, 23 gennaio 2021, disponibile su www.mofa.go.jp.

te la Seconda guerra mondiale. Sulla base di tali motivazioni, il Giappone si è rifiutato di versare il risarcimento liquidato nella sentenza e, quindi, di darvi attuazione. Al fine di procedere all'esecuzione forzata della stessa, la Corte distrettuale di Seoul ha per due volte ordinato al Giappone di depositare una lista completa dei propri beni presenti nel territorio della Corea del Sud,²³³ cui tuttavia lo Stato nipponico non ha dato seguito. Risulta quindi evidente come il Giappone non consideri che la negazione della propria immunità possa essere giustificata sul piano dell'ordinamento internazionale e, ritenendo la pronuncia di condanna nei suoi confronti illecita, si opponga alla sua esecuzione.

Non ci risulta, invece, che per il momento la Germania abbia sollevato una protesta formale rispetto alla sentenza brasiliana che ha negato la sua immunità nel caso *Chanrgi-la*, ma nulla esclude che l'atto di protesta, pur esistente, non sia al momento disponibile al pubblico.

5.2. L'acquiescenza del Consiglio di sicurezza alla revisione delle sanzioni individuali

Risulta invece più facile riscontrare una certa acquiescenza alla prassi nazionale e sovranazionale che, pur a costo di violare l'obbligo di dare attuazione interna alle sanzioni individuali del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite in materia di lotta al terrorismo, ha cominciato a sottoporre le misure interne di esecuzione a revisione giurisdizionale, allo scopo di tutelare i diritti di difesa e il diritto di accesso a un rimedio effettivo dei destinatari delle sanzioni.²³⁴ Ed infatti, non solo nessuna reazione è seguita, rispetto a tali pronunce, da parte del Consiglio di sicurezza,²³⁵ ma l'inadeguatezza delle procedure di inserimento dei nominativi nella lista del Comitato delle sanzioni dei sospettati di terrorismo è stata espressa-

233 Gervasi 2022: 169.

234 Nonostante, lo si ripete, "failure to comply with binding decisions [of the Security Council] constitutes a violation of the Charter" (Istrefi 2018: 57).

235 De Sena 2014a: "[non] può trascurarsi, con specifico riferimento ai giudizi *Kadi* e *Al-Dulimi*, che la tendenza da essi espressa è corroborata dalla circostanza che nessuna, rilevante reazione contraria risulta esser stata adottata, né nell'ambito delle Nazioni Unite, né all'esterno dell'organizzazione".

mente riconosciuta all'interno della stessa Organizzazione delle Nazioni Unite e, parzialmente, corretta. Si è dunque prodotto un effetto a catena tale per cui le pronunce nazionali hanno influenzato la disciplina internazionale, interna alle Nazioni Unite, in materia di adozione e revisione delle sanzioni.²³⁶ Inoltre, il nominativo dei soggetti coinvolti nei casi sopra esaminati, in molti casi, è stato successivamente rimosso dalla lista dei sospettati di terrorismo.

In primo luogo, come si è detto, l'inadeguatezza del sistema di *listing* e *de-listing* è stata riconosciuta all'interno dello stesso sistema delle Nazioni Unite. Ne deriva che non si può ritenere che gli obblighi di esecuzione delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza prevalgono sempre sugli obblighi di tutela dei diritti umani, in quanto tale affermazione contrasta con la stessa prassi interna dell'ONU, se complessivamente considerata.²³⁷ Ed infatti, fin dal 2005 l'Assemblea generale aveva invitato il Consiglio di sicurezza ad assicurare che "fair and clear procedures exists for placing individuals and entities on sanction lists and removing them, as well as for granting humanitarian exceptions".²³⁸ Anche il Comitato dei diritti umani, nel caso *Sayadi*, aveva rilevato le criticità del sistema delle sanzioni, accertando una violazione della libertà di movimento e del diritto alla *privacy* e, soprattutto, rifiutando, in ragione della natura ritenuta inderogabile dei diritti coinvolti, di dichiarare la prevalenza degli obblighi derivanti dalla Carta ai sensi dell'art. 103. La decisione del Comitato è particolarmente rilevante, giacché esso si è considerato competente a pronunciarsi sulla comunicazione individuale sottopostagli "regardless of the source of the obligations implemented by the State party" (la Carta delle Nazioni Unite) ed ha escluso che la propria decisione "involves interpreting a provision of the Covenant as impairing the provisions of the Charter of the United Nations".²³⁹

236 Nollkaemper 2011: 302.

237 Lugato 2010: 320.

238 Assemblea generale, *World Summit Outcome*, UN Doc. GA/RES/60/1 del 24 ottobre 2005, par. 109.

239 Comitato dei diritti umani *Sayadi and Vinck v. Belgium*, UN Doc. CCPR/C/94/D/1472/2006 del 29 dicembre 2008, parr. 7.2 e 10.3.

Sono poi particolarmente rilevanti alcuni rapporti del Relatore speciale delle Nazioni Unite sulla promozione e protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali nell'ambito della lotta al terrorismo, istituito dalla Commissione dei diritti umani nell'aprile 2005 e il cui mandato è stato poi confermato dal Consiglio dei diritti umani. Ad esempio, nel rapporto del 6 agosto 2008 il Relatore speciale ha riaffermato che il diritto di accesso alla giustizia, secondo l'interpretazione resane dal Comitato dei diritti umani, non è derogabile neppure in situazioni di emergenza e dovrebbe essere garantito nell'ambito delle procedure di imposizione delle sanzioni individuali in materia di terrorismo.²⁴⁰ Secondo il Relatore speciale, fino a quando un'adeguata procedura di revisione non sarebbe stata garantita dal Consiglio di sicurezza, la revisione giudiziaria degli atti interni di attuazione delle risoluzioni, realizzata dai giudici nazionali, sarebbe rimasta la migliore modalità per tutelare tale diritto.²⁴¹ Nel successivo rapporto del 6 agosto 2010 il Relatore speciale ha ricordato che, pur non essendo l'Organizzazione delle Nazioni Unite parte dei trattati in materia di diritti umani, essa è vincolata al rispetto degli stessi per una pluralità di ragioni.²⁴² Con spe-

240 Assemblea generale, *Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism* by Martin Scheinin, UN Doc. A/63/223 del 6 agosto 2008, par. 16: "At a minimum, the standards required to ensure a fair hearing must include [...] the right to be heard within a reasonable time by the relevant decision-making body; the right to effective review by a competent and independent review mechanism; the right to counsel with respect to all proceedings; and the right to an effective remedy".

241 Ibid.: "A specific issue of concern for the Special Rapporteur regarding access to justice is the practice of listing and de-listing individuals and groups as terrorists or associated entities, whether by the Security Council through its Al-Qaida and Taliban Sanctions Committee, by the European Union, or by national procedures. This practice has a serious impact on due process related rights for individuals suspected of terrorism, as well as their families. Because of the indefinite freezing of the assets of those listed currently operates without a right to be de-listed, this amounts to a criminal punishment due to the severity of the sanction. As long as there is no independent review of listing at the United Nations level, there must be access to domestic judicial review of any implementing measures".

242 Assemblea generale, *Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism* by Martin Scheinin, UN Doc. A/65/258 del 6 agosto 2010, par. 17.

cifico riferimento al sistema di sanzioni individuali nell'ambito della lotta al terrorismo, il Relatore speciale ha espresso preoccupazione per il fatto che, nonostante fossero nel frattempo intervenute alcune riforme, “the revised procedures for de-listing do not meet the standards required to ensure fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by the law”.²⁴³ Ha pertanto ritenuto, ancora una volta, che la prassi nazionale sopra esaminata costituisse, allo stato attuale, l'unico modo per garantire tale diritto.²⁴⁴ Da ultimo, il rapporto del 26 settembre 2012 si è occupato della nuova procedura davanti al mediatore (*Ombudsperson*), istituito dal Consiglio di sicurezza in risposta alle critiche formulate dai giudici nazionali e dallo stesso Relatore speciale.²⁴⁵ Secondo quest'ultimo, tuttavia, neanche tale riforma sarebbe sufficiente a risolvere le criticità del sistema. Il fatto che tale organo non abbia un potere formale di formulare raccomandazioni e che per la decisione di cancellazione dalla lista sia comunque richiesto il *consensus* del Comitato delle sanzioni, nonché varie altre lacune, implicavano che la riforma “failed adequately to address the due-process related concerns previously expressed about the regime”.²⁴⁶ In particolare, il Relatore speciale ha osservato che i requisiti necessari a garantire l'indipendenza oggettiva dal Comitato delle sanzioni non erano stati ancora raggiunti, né il sistema è stato ritenuto in grado di garantire una tutela adeguata dei

243 Ivi, par. 56.

244 Ivi, par. 58: “As long as there is no independent review of listing at the United Nations level, and in line with the principle that judicial or quasi-judicial decisions by the Security Council should be interpreted as preliminary rather than final in character, it is essential that listed individuals and entities have access to the domestic judicial review of any measure implementing the sanctions pursuant to resolution 1267 (1999)”.

245 In tale rapporto il Relatore speciale ha ritenuto per la prima volta che “[d]omestic judicial review is not an adequate substitute for due process at the United Nations level since the State responsible for implementation may not have access to full justification for the listing [...]. Even if it does, it may not have the designating State's consent to reveal the information. This can obstruct the ability of national or regional Courts to carry out an effective judicial review” (Assemblea generale, *Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism* by Martin Scheinin, UN Doc. A/67/393 del 26 settembre 2012, par. 22).

246 Ivi, par. 31.

diritti degli individui coinvolti. Egli ha raccomandato, dunque, l'istituzione di una procedura quasi-giudiziale dinnanzi a un organo imparziale e indipendente rispetto al Comitato delle sanzioni.²⁴⁷

In secondo luogo, e come anticipato, non solo agli orientamenti dei giudici interni sopra esaminati non hanno fatto seguito reazioni e proteste da parte degli organi delle Nazioni Unite,²⁴⁸ ma essi hanno indotto il Consiglio di sicurezza ad adottare una serie di riforme, tese a introdurre le garanzie del giusto processo e del diritto a un rimedio effettivo nell'ambito delle procedure davanti al Comitato delle sanzioni.²⁴⁹ Un primo intervento per rispondere alle rilevanti richieste dei giudici interni ed europei di idonei meccanismi di revisione e controllo si è concretizzato nella istituzione, nel 2006, di un Punto focale, incaricato di ricevere le richieste di cancellazione dalla lista.²⁵⁰ A partire dal 2008 il Consiglio ha inoltre iniziato anche a pubblicare un riassunto contenente le principali ragioni dell'inserimento nella lista dei sospettati.²⁵¹ Nel 2009

247 Ivi, par. 35.

248 Il Consiglio di sicurezza ha tuttavia affermato che un sindacato esercitato sul piano nazionale o regionale in relazione all'esecuzione interna del regime delle sanzioni costituisce una minaccia per l'effettività del sistema (Consiglio di Sicurezza, risoluzione n. 1989(2011), UN Doc. SC/RES/1989 (2011) del 17 giugno 2011).

249 Istrefi 2018: 150; Cataldi 2015: 48: "l'avvio delle procedure di *delisting* di presunti terroristi non rivelatisi tali in seguito a controllo da parte degli organi delle Nazioni Unite è la conseguenza della pressione [...] delle corti nazionali".

250 Consiglio di sicurezza, risoluzione n. 1730(2006), UN Doc. SC/RES/1730 (2006) del 19 dicembre 2006. Esso, ancora esistente, è destinatario delle richieste di cancellazione dalla lista, trasmesse direttamente da individui ed enti interessati ovvero tramite il loro Stato di residenza o di cittadinanza o lo Stato in cui è situata la sede dell'ente. Il Punto focale, dopo una verifica di ammissibilità, trasmette la domanda allo Stato che ha formulato la richiesta di inserimento nella lista e/o allo Stato di residenza o cittadinanza, cui spetta formulare, nel caso in cui lo ritengano opportuno, la richiesta di cancellazione. Lo Stato non è, però, obbligato a farlo. Nel caso di diniego, spetta al Punto focale comunicare il rifiuto all'interessato; nel caso in cui lo Stato abbia formulato una raccomandazione per la cancellazione, spetta al Comitato delle sanzioni – lo stesso organo che ha deciso l'inserimento – la decisione di *de-listing*. Tuttavia, anche tale procedura è lontana dal rispettare gli standard di indipendenza e imparzialità imposti dal diritto internazionale per i meccanismi di revisione giurisdizionale o para-giurisdizionale.

251 Consiglio di sicurezza, risoluzione n. 1822(2008), UN Doc. SC/RES/1822 (2008) del 30 giugno 2008, par. 13.

il Consiglio di sicurezza ha poi istituito un Mediatore,²⁵² come diretta conseguenza della pronuncia *Kadi* summenzionata, come dichiarato dalla prima a ricoprire tale carica.²⁵³ Come osservato sopra, neppure tale riforma è stata ritenuta sufficiente a garantire il rispetto del giusto processo dei soggetti interessati.²⁵⁴ Così, con una risoluzione del 2011, il Consiglio di sicurezza ne ha esteso i poteri.²⁵⁵

Dall'esame delle richieste di cancellazione pervenute e dal fatto che tra le prime 49 presentate solo 3 sono state rigettate, si è giunti a sostenere che l'ufficio del Mediatore

252 Consiglio di sicurezza, risoluzione n. 1904(2009), UN Doc. SC/RES/1904 (2009) del 17 dicembre 2009. Si tratta di un organo indipendente con il compito di esaminare le richieste cancellazione presentate esclusivamente da individui o enti. Non ha, però, il potere di decidere autonomamente, ma solo quello di raccogliere dati e informazioni, eventualmente effettuando richieste direttamente al soggetto interessato, e di redigere un rapporto, raccomandando al Comitato delle sanzioni l'accoglimento o il rigetto della richiesta. Il Comitato deve tenerne conto – ma non vi è vincolato – nel prendere la decisione sul *delisting*. Nel caso di rigetto, spetta al Mediatore comunicare all'interessato le ragioni della decisione (espungendo, se del caso, le informazioni confidenziali).

253 Prost, *Ombudsperson of the Security Council Al-Qaida Sanctions Committee, Remarks to the 49th meeting of the Committee of Legal Advisors on Public International Law (CAHDI) of the Council of Europe*, Strasburgo, 20 marzo 2015. La stessa ha riconosciuto che la creazione della carica ricoperta "resulted from the fair process problems related to the use of targeted sanctions, [...] and was driven in no small part by litigation [...] in Europe".

254 Il Comitato delle sanzioni doveva inizialmente prendere la decisione all'unanimità, con la conseguenza che qualsiasi Stato membro avrebbe potuto impedire la rimozione, indipendentemente dalle osservazioni formulate dal Mediatore. Permanevano anche rilevanti limitazioni del diritto dell'interessato di essere informato delle prove contro di lui e delle ragioni dell'inserimento o della mancata rimozione.

255 Consiglio di sicurezza, risoluzione n. 1989(2011), UN Doc. SC/RES/1989 (2011) del 17 giugno 2011, parr. 22 s. È stata eliminata la regola dell'unanimità per la decisione di *de-listing*. Il Mediatore deve formulare la raccomandazione in merito alla cancellazione nel termine di quattro mesi dalla richiesta, dopo aver assunto, dall'interessato e altri soggetti informati, tutte le informazioni rilevanti. L'onere della prova, a differenza che nella procedura davanti al Punto Focale, grava sul Mediatore. Una volta pervenuta al Comitato delle sanzioni, la raccomandazione diventa efficace (secondo quanto disposto dal Mediatore), se il Comitato, nel termine di 60, non la rigetta per (*negative*) *consensus* o se uno dei membri di questo non richiede di riferire la questione al Consiglio di sicurezza. In tal caso, quest'ultimo adotta la decisione con il voto favorevole di nove membri su quindici, tra cui quello dei cinque membri permanenti. Il Mediatore opera nel rispetto delle garanzie procedurali di trasparenza e obiettività.

“may amount to a quasi-judicial role that could provide a counter-balance to the diplomatic nature of the proceedings within the Sanction Committee”.²⁵⁶ Non si sono ancora raggiunte, però, le garanzie minime di un procedimento di carattere giurisdizionale, in particolare per quanto riguarda la mancanza di trasparenza sulle informazioni poste alla base della decisione, i criteri utilizzati nella stessa, e il fatto che il Comitato delle sanzioni possa riservare la decisione a sé o al Consiglio di sicurezza, nell’ambito del quale sussiste ancora il diritto di veto dei Membri permanenti. Inoltre, dato che le raccomandazioni formulate dal Mediatore non sono pubbliche, risulta comunque difficile valutare la correttezza del suo operato e, in particolare, l’applicazione di standard legali oggettivi.²⁵⁷

In ogni caso, è innegabile che la giurisprudenza esaminata sopra abbia esercitato “a direct influence on the Sanction Committee and the Security Council, which led them to acknowledge the challenge and the need to improve the procedural guarantees”.²⁵⁸ Alla luce di quanto detto, sembra possibile affermare che le Nazioni Unite, in generale, e il Consiglio di sicurezza, in particolare, nonostante alcune riserve, abbiano prestato acquiescenza all’illecito commesso dagli Stati membri, consistente nella mancata esecuzione, totale o parziale, delle risoluzioni in materia di sanzioni individuali adottate nell’ambito della lotta al terrorismo.

5.3. La forte contestazione del rifiuto di dare attuazione alle pronunce dei tribunali internazionali sui diritti umani

Da ultimo, anche il rifiuto di diversi Stati all’esecuzione interna di pronunce dei tribunali internazionali sui diritti umani ha suscitato forti reazioni della comunità internazionale

256 Kokott, Sobotta 2012: 1021.

257 Ed infatti, neppure tali modifiche sono state ritenute sufficienti in Corte europea dei diritti umani, *Nada v. Switzerland* [GC], cit., par. 133. Si veda anche Tzanakopoulos 2013b: “[d]espite the significant improvements to the 1267/1989 sanctions regime, and especially the delisting procedure, national and regional international courts remain unconvinced and are keeping the pressure up”.

258 Finck 2016: 104.

e, in particolare, degli organi responsabili del monitoraggio sull'attuazione delle stesse.

In primo luogo, per quanto riguarda la pronuncia *Görgülü* della Corte costituzionale federale tedesca, bisogna notare che la stessa è successivamente tornata sui suoi passi e ha dato attuazione alla corrispondente sentenza della Corte europea dei diritti umani cui originariamente si era opposta. Pertanto, il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ha successivamente chiuso la rispettiva procedura di monitoraggio.²⁵⁹

Durissime reazioni hanno invece fatto seguito alle pronunce della Corte costituzionale russa che hanno opposto la protezione dei principi fondamentali della Costituzione nazionale all'attuazione di sentenze della Corte europea dei diritti umani. In particolare, il giorno dopo la pubblicazione della sentenza che ha negato la possibilità di dare attuazione alla pronuncia *Yukos*, il Commissario dei diritti umani del Consiglio d'Europa ha dichiarato che tale approccio “threatens the very integrity and legitimacy of the system of the ECHR” e ha invitato la Russia a intervenire urgentemente per “change the Federal Law which gives the Constitutional Court of the Russian Federation the power to prevent the implementation of judgment of the Strasbourg Court”.²⁶⁰ Peraltro, già il 13 giugno 2013, la Sessione plenaria della Commissione di Venezia aveva adottato una opinione in relazione alle modifiche della Legge federale sulla Corte costituzionale adottate nel dicembre 2015, le quali conferivano alla Corte stessa il potere di pronunciarsi sulla possibilità di dare esecuzione interna alle pronunce della Corte europea dei diritti umani.²⁶¹ In essa, la Commissione di Venezia esprimeva in modo netto il proprio disaccordo e invitava la Russia ad adottare una serie di

259 Si veda Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, *Görgülü v. Germany*, ricorso n. 74969/01, risoluzione del 9 gennaio 2009, in cui la procedura di monitoraggio sull'attuazione della sentenza è stata chiusa definitivamente, avendo nel frattempo la Corte costituzionale federale tedesca deciso sull'affidamento del figlio del ricorrente in modo conforme alla stessa.

260 Commissario dei diritti umani del Consiglio d'Europa, *Statement of 20 January 2017*, disponibile su www.coe.int.

261 In base a tale disposizione la Corte costituzionale russa ha la facoltà di dichiarare che una decisione di un organo giurisdizionale internazionale non può avere esecuzione in Russia.

emendamenti.²⁶² Nella successiva opinione resa il 18 giugno 2020, la Sessione plenaria della Commissione di Venezia ha esaminato tanto gli emendamenti costituzionali, quanto le pronunce della Corte costituzionale russa che ne avevano fatto attuazione. A tal riguardo, espressamente invocando l'art. 27 della Convenzione di Vienna, essa ha affermato che

No legal argument at national law, including constitutional law, can justify an act or omission which turns out to be in breach of obligations stemming from international treaties which it has chosen to ratify. The execution of international obligations stemming from a treaty in force for a certain State is incumbent upon the State as a whole, i.e. all State bodies, including the Constitutional Court.²⁶³

La Commissione di Venezia ha ribadito che la Russia ha un obbligo di garantire i diritti sanciti nella CEDU e di dare attuazione incondizionata alle sentenze rese dalla Corte europea.²⁶⁴ Pur avendo riconosciuto le difficoltà che possono derivare, per lo Stato, dal principio della supremazia della Costituzione nazionale,²⁶⁵ la Commissione ha riaffermato che ciò non priva le sentenze della Corte europea del loro carattere vincolante, la cui attuazione, al contrario, può spinger-

262 Consiglio d'Europa, Commissione per la democrazia tramite il diritto (Commissione di Venezia), *Russian Federation, Final Opinion on the Amendments to the Federal Constitutional Law on the Constitutional Court*, opinione n. 832/2015, CDL-AD(2016)016 del 13 giugno 2016. La Commissione ha affermato che la l'esecuzione della pronuncia di un giudice internazionale costituisce una questione di carattere politico (sempre che la modalità non sia stata espressamente indicata dalla Corte nella pronuncia), e che la Corte costituzionale può solo essere chiamata a pronunciarsi sulla conformità della modalità scelta con la Costituzione.

263 Consiglio d'Europa, Commissione per la democrazia tramite il diritto (Commissione di Venezia), *Russian Federation, Opinion on the Draft Amendments to the Constitution (As Signed by the President of the Russian Federation on 14 March 2020) Related to the Execution in the Russian Federation of Decisions by the European Court of Human Rights*, opinione n. 981/2020, CDL-AD(2020)009 del 18 giugno 2020, par. 50.

264 Ivi, par. 53.

265 Ivi, par. 56: "The Venice Commission acknowledges that the primacy of the Constitution, which is totally legitimate, may represent a complex problem to overcome in order to achieve execution of an international judgment".

si fino a richiedere una modifica della Costituzione.²⁶⁶ Essa, infine, ha rigettato l'argomento del Governo secondo cui la possibilità di dichiarare non eseguibili le sentenze della Corte europea perseguirebbe l'obiettivo di proteggere il principio di certezza del diritto.²⁶⁷ Peraltro, che la condotta in questione non sia considerata legittima da parte degli organi del Consiglio d'Europa è dimostrato dal fatto che la procedura di monitoraggio dell'esecuzione della sentenza *Yukos* risolta ancora pendente dinanzi al Comitato dei ministri.²⁶⁸ Al riguardo, nel marzo 2022 quest'ultimo ha ribadito che “the provisions of national law cannot justify a failure to perform obligations stemming from international treaties which the State has chosen to ratify” e ha sottolineato la “unconditional obligation assumed by the Russian Federation under Article 46 of the Convention to abide by the judgments of the European Court”, esprimendo profonda preoccupazione per l'inadempimento reiterato dell'obbligo di dare esecuzione alla pronuncia.²⁶⁹

Lo stesso può dirsi delle pronunce della Corte costituzionale polacca, la quale ha rifiutato di dare attuazione interna a una serie di sentenze della Corte europea dei diritti

266 Ivi, par. 57: “The role of national constitutional courts in this context is extremely important. In countries where the constitution has supremacy over international law, there exists the – remote – possibility that a constitutional court may find that the interpretation of an ECHR provision given by the European Court of Human Rights collides with the domestic constitution. But this finding would not remove the obligation by that country to abide by a judgment rendered against it; in extreme cases, even the possibility of amending the Constitution could be envisaged”.

267 Ivi, par. 61: “The Venice Commission notes that the changes under consideration are considered to pursue legal certainty [...]. The Commission however finds that the possibility given to the Executive to apply to the Constitutional Court in order for it to rule on the existence or not of a «contradiction» of an ECtHR's judgment with the Constitution can only create legal uncertainty for individual applicants, depriving them of the final and enforceable character of an ECtHR judgment (including as regards an individual measure consisting of an order of payment of just satisfaction)”.

268 La sentenza *Anchugov e Gladkov*, invece, è stata eseguita in quanto il Parlamento russo ha seguito l'invito della Corte costituzionale di adottare una riforma legislativa che eliminasse il divieto automatico e assoluto per tutti i detenuti di esercitare il diritto di voto. Pertanto, il Comitato dei ministri ha ritenuto la sentenza attuata e ha chiuso la procedura di monitoraggio.

269 Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia*, ricorso n. 14902/04, decisione del 9 marzo 2022, parr. 2 s.

umani in materia di indipendenza della Corte costituzionale stessa e, più ampiamente, del potere giudiziario. Pochi giorni dopo le rispettive pronunce della Corte costituzionale, infatti, il Segretario generale del Consiglio d'Europa ha richiesto alla Polonia, nell'esercizio dei poteri conferiti a tale organo dall'art. 52 CEDU, spiegazioni sulla modalità con cui il proprio diritto interno avrebbe permesso di dare attuazione all'art. 6 CEDU e alle sentenze della Corte europea. Inoltre, nell'ambito delle procedure di monitoraggio sull'attuazione delle sentenze cui la Corte costituzionale si è opposta, il Comitato dei ministri ha espresso seria preoccupazione e ha richiamato il principio secondo cui lo Stato non può invocare il proprio diritto interno per giustificare la violazione degli obblighi patrizi assunti sul piano internazionale.²⁷⁰ Il Segretario generale ha pertanto concluso che

Poland has an obligation to ensure that its internal law is interpreted and, where necessary, amended in such a way as to avoid any repetition of the same violations, as required by Article 46 of the Convention. Poland has not been released from its unconditional obligation under Article 46 of the Convention to abide by the European Court's judgments fully, effectively and promptly.²⁷¹

Diversi organi del Consiglio d'Europa, tra cui l'Assemblea parlamentare e la Commissaria per i diritti umani, hanno fatto lo stesso.²⁷² Di conseguenza, anche rispetto alla prassi polacca i competenti organi del Consiglio d'Europa hanno espressamente escluso la possibilità che le condotte poste in essere dalla Corte costituzionale polacca possano ritenersi lecite ai sensi del diritto internazionale.

Anche nel contesto latinoamericano l'invocazione dei principi costituzionali supremi per giustificare la mancata attuazione di sentenze della Corte interamericana dei diritti

270 Comitato dei ministri, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland*, 1436th meeting (DH), giugno 2022 - H46-18.

271 Segretario generale del Consiglio d'Europa, *Report by the Secretary General under Article 52 of the European Convention on Human Rights on the consequences of decisions K 6/21 and K 7/21 of the Constitutional Court of the Republic of Poland*, n. SG/Inf(2022)39 del 9 novembre 2022, par. 30.

272 Si vedano i vari riferimenti citati in ivi, parr. 11 s.

umani ha suscitato reazioni e contestazioni. Ad esempio, la Commissione interamericana dei diritti umani ha affermato che la teoria del “constitutional green light”, sviluppata nel 2003 dalla Corte suprema venezuelana, si pone in contrasto con il principio della forza giuridicamente vincolante delle sentenze della Corte interamericana, così violando i principi essenziali su cui il sistema si fonda.²⁷³ Quando poi la teoria è stata applicata per opporsi all’attuazione della sentenza *Fontevecchia e D’Amico*, la Commissione ha dichiarato che la posizione della Corte suprema venezuelana “disregards the international obligations undertaken by Venezuela as a State Party to the American Convention”.²⁷⁴ Al riguardo, la Commissione ha espressamente richiamato il principio sancito all’art. 27 della Convenzione di Vienna, di cui ha ribadito la natura consuetudinaria.²⁷⁵ In un successivo rapporto, la Commissione ha reiterato che gli Stati non possono invocare la difesa della propria sovranità come giustificazione per il mancato adempimento dei propri obblighi internazionali.²⁷⁶

Per sua parte, anche la Corte interamericana si è opposta alle sentenze di Stati latinoamericani che hanno opposto il rispetto dei principi costituzionali all’attuazione delle proprie pronunce.²⁷⁷

273 Commissione interamericana dei diritti umani, *Report on the Situation of Human Rights in Venezuela*, 23 dicembre 2003, par. 209 s.

274 Commissione interamericana dei diritti umani, *Annual Report of the Inter-American Commission of Human Rights 2008*, rapporto n. OEA/Ser.L/V/II.134 del 25 febbraio 2009, par. 324.

275 Ivi, par. 326.

276 Commissione interamericana dei diritti umani, *Democracy and Human Rights in Venezuela*, rapporto n. OEA/Ser.L/V/II del 30 dicembre 2009, par. 318: “The Commission notes that each state has autonomy to decide or interpret, through its competent bodies, what is the rank of international treaties in its domestic legislation. Nevertheless, the position of domestic tribunals with respect to the place occupied by international treaties in the domestic constitutional order does not free the state of its international obligation to comply fully with international human rights treaties, an obligation that was assumed freely, nor does it exempt it from complying with the decisions of human rights bodies of the system to which it has submitted itself voluntarily. In this respect, the IACHR highlights that the ratification of an international treaty is a self-limitation on the sovereignty of the states, and thus sovereignty cannot be invoked to avoid international obligations on human rights matters”.

277 Sul punto si veda più ampiamente *infra*, capitolo 2, paragrafo 5.1.

6. Conclusioni

Alla luce di quanto sopra, può dirsi che una tendenza degli Stati a ritenere che un atto contrario a un proprio obbligo internazionale possa essere giustificato dallo scopo di tutelare dei principi costituzionali fondamentali o supremi dell'ordinamento interno è certamente riscontrabile, in particolare negli ultimi anni. Tuttavia, non sembra ancora possibile concludere per l'esistenza della norma consuetudinaria qui ipotizzata,²⁷⁸ e questo almeno per tre ordini di ragioni.

In primo luogo, bisogna rilevare come manchi ancora, ad oggi, l'elemento oggettivo della consuetudine in esame. La prassi esistente, nella forma di pronunce di giudici interni, risulta troppo scarsa e frammentata²⁷⁹ per ritenere che essa sia "general" e cioè "sufficiently widespread and representative, as well as consistent", come richiesto delle Conclusioni sull'identificazione del diritto consuetudinario formulate dalla Commissione del diritto internazionale.²⁸⁰ Per sua parte, la prassi italiana perde di rilevanza se si considera che ad essa si sono fermamente opposti tanto il Governo (in modo espresso) che il Parlamento (in modo implicito), anche se resta da vedere in quale modo il Governo formulerà le proprie difese nel nuovo giudizio pendente dinanzi alla Corte internazionale di giustizia.²⁸¹ È vero poi che diversi Stati sembrano aver seguito il modello inaugurato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte costituzionale italiana, ma non sembra ancora possibile desumere che tale prassi sia sufficiente a sostenere la formazione di una norma consuetudinaria. Allo stesso tempo, sempre di recente, vi sono decisioni che vanno nella direzione opposta, e che non ritengono di

278 Si vedano, nello stesso senso, Saccucci 2018: 260; Acconciamesa 2022: 368.

279 Palombino 2019: 405; Saccucci 2018: 259: "A noi sembra che la prassi statale sia nel complesso ancora troppo rarefatta ed eterogenea per poter giungere ad una risposta affermativa".

280 Commissione del diritto internazionale, *Draft Conclusions on the Identification of Customary International Law, With Commentaries*, cit., conclusione n. 8.

281 Non può escludersi, infatti, che il Governo decida di allinearsi alla posizione della Corte costituzionale italiana, e provi a sostenere dinanzi alla Corte internazionale di giustizia che gli illeciti commessi nel negare l'immunità giurisdizionale della Germania sarebbero giustificati proprio dalla possibile norma qui ipotizzata.

poter derogare al diritto internazionale allo scopo di rispettare principi fondamentali della costituzione nazionale.²⁸² O ancora, il Venezuela sembra aver fatto un passo indietro, con la sua Corte suprema che ha riaffermato la necessità di attenersi alle statuizioni della Corte interamericana dei diritti umani. La Germania, per sua parte, ha statuito in astratto la possibilità di discostarsi dalle pronunce della Corte europea, ma si è conformata in concreto alle stesse. Dunque, seppure un principio di prassi risulti esistente, essa non risulta ancora sufficiente a sostenere l'esistenza di una specifica norma consuetudinaria in materia.

In secondo luogo, anche l'elemento soggettivo della consuetudine ipotizzata sembra non essere chiaramente riscontrabile. Ad esempio, se a trainare detto orientamento vuole porsi l'Italia, bisogna considerare che la sentenza n. 238 del 2014 ha rinunciato espressamente alla prospettiva di incidere sul diritto internazionale auspicando, *de iure condendo*, che sia la norma primaria (sull'immunità giurisdizionale degli Stati) a modificarsi, in futuro.²⁸³ La pronuncia, almeno apparentemente, non tenta in nessun modo di giustificarsi anche sul piano dell'ordinamento internazionale.²⁸⁴ Più am-

282 Si veda Bufalini 2021: 703, secondo cui la Corte suprema degli Stati Uniti "esalta [...] la rilevanza delle regole in materia di immunità per la stabilità delle relazioni internazionali e lascia [...] invece poco (o meglio nessuno) spazio per un possibile contemperamento di quelle norme (e dei valori che sottendono) con la tutela del diritto individuale di accesso a un giudice ai fini della riparazione, anche in caso di violazione dei diritti fondamentali".

283 Corte costituzionale italiana, sentenza n. 238 del 22 ottobre 2014, cit., par. 3.1. Sul punto si vedano Gradoni 2014a: 906; Gradoni 2014b: 184: "più di una collisione tra le due Corti si dovrebbe [...] parlare di uno scontro tra Stato italiano e diritto internazionale, di un illecito ormai conclamato, perfezionato e perfino rivendicato dalla Corte costituzionale". La Corte costituzionale italiana, infatti, non ha sostenuto che la propria condotta sia giustificata o scusata dal punto di vista del diritto internazionale. Piuttosto, accettando (più o meno) implicitamente l'ipotesi della commissione di un illecito internazionale da parte dell'Italia, ha opposto al diritto internazionale ciò che ritiene sia imposto dalla propria Costituzione.

284 Boggero 2016; Kolb 2014; Fontanelli 2017: "This judgment is an international wrongful act. The CC expressly endorsed non-compliance with the judgment of the ICJ. The CC did not just take issue with the specific means Italy chose to implement its obligations; the CC made it very clear that as long as there is a Constitution in Italy no Italian authority will be allowed to comply with *Germany v. Italy* at the expense of the victims. In doing so, the CC consciously exposed Italy to international responsibility for violation of

piamente, bisogna considerare che l'esistenza di prassi che fa prevalere i principi costituzionali supremi su obblighi internazionali incompatibili non è necessariamente accompagnata dall'*opinio iuris* secondo cui quella condotta sarebbe scusata anche sul piano dell'ordinamento internazionale.²⁸⁵ Quanto alle più recenti pronunce in tal senso, quelle coreana e brasiliana, non è molto chiaro se esse vadano verso la direzione di ritenere che i principi costituzionali giustifichino la violazione del diritto internazionale, ovvero se intendano realizzare una modifica della norma consuetudinaria in materia di immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile in caso di commissione di crimini di guerra, o se ancora ragioni in termini di prevalenza del diritto cogente sulle norme in materia di immunità dello Stato. In esse, in ogni caso, non si sostiene espressamente che la condotta sarebbe giustificata per il diritto internazionale. In altri casi, come nella pronuncia resa dalla Corte costituzionale federale tedesca, si ammette molto apertamente e si accetta la possibilità di commettere un illecito internazionale, indicando anche gli strumenti a disposizione della controparte (in quel caso, la Turchia) per azionare tale responsabilità sul piano internazionale), e con ciò chiaramente escludendo l'idea che la condotta possa essere accettabile per l'ordinamento internazionale. Ne deriva che, salve rare eccezioni, l'*opinio iuris* che emerge dalla maggior parte delle pronunce non è quella di considerare che la prevalenza dei principi costituzionali sugli obblighi internazionali sia giustificata o scusata sul piano internazionale. I giudici interni, adottando un approccio costituzionalista e, dunque, spesso invocando i controlimiti o teorie analoghe, ritengono che sia a livello interno che tali principi debbano

customary law and Art. 94 of the UN Charter. The motivation behind this strategy is irrelevant at the international plane".

- 285 Saccucci 2018: 249: "l'eventuale applicazione dei controlimiti da parte delle giurisdizioni nazionali non è sempre sintomatica di una *opinio iuris* tesa ad annoverare il rispetto dei principi fondamentali interni tra le cause di giustificazione dell'illecito internazionale in deroga al principio dell'irrelevanza" del diritto interno ai fini della qualificazione di un atto come illecito internazionale. Come rileva l'autore, in molti casi i giudici interni intendono lasciarsi uno spazio interpretativo in relazione agli obblighi che si assumono violati, o contribuire a modificarne il contenuto, ma raramente rivendicano un potere di sottrarsi all'esecuzione di obblighi internazionali "e di farlo in modo internazionalmente lecito".

prevalere, impregiudicate le conseguenze su quello internazionale. L'opinione secondo cui non si commetterebbe un illecito internazionale nel far prevalere i principi costituzionali fondamentali sull'obbligo di dare attuazione a sentenze di tribunali internazionali emerge chiaramente solo nelle summenzionate pronunce polacche, russe, venezuelane e argentine in materia di attuazione delle sentenze rese dai rispettivi tribunali regionali sui diritti umani. A una più attenta analisi, però, in esse non si sostiene che si tratti di una condotta illecita ma giustificata; esse escludono la commissione dell'illecito in quanto ritengono che i rispettivi tribunali internazionali – la Corte europea e la Corte interamericana – avrebbero reso sentenze che fuoriescono dall'ambito della propria giurisdizione e, dunque, non sarebbero giuridicamente vincolanti.

In terzo luogo, bisogna considerare che, in alcuni dei casi in ipotesi inquadrabili in tale orientamento, le pronunce interne hanno suscitato reazioni e proteste, che non possono non considerarsi nel momento in cui si prenda in considerazione la rilevanza della prassi nell'ambito del procedimento di formazione (e di successiva identificazione) di una norma consuetudinaria. Ad esempio, quanto all'asserita prevalenza del diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali sull'immunità degli Stati, non può non notarsi che alla sentenza n. 238 del 2014 della Corte costituzionale italiana ha fatto seguito la nota verbale inviata dalla Germania all'Italia, la quale ha affermato che “[i]l principio dell'immunità degli Stati non può essere limitato dal diritto interno di uno Stato, nemmeno dai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale nazionale”, ribadendo i diversi precedenti in cui è stato sancito il “principio secondo cui il diritto nazionale deve essere adeguato agli obblighi derivanti dal diritto internazionale e non può giustificare una loro violazione”. Come si è visto, la Germania ha poi istituito un nuovo procedimento contro l'Italia dinanzi alla Corte internazionale di giustizia, con ciò escludendo chiaramente che essa ritenga quelle condotte scusate sul piano dell'ordinamento internazionale. Analogamente, il Giappone si è fermamente opposto alla sentenza che ha negato la sua immunità per i crimini di sfruttamento sessuale commessi nel corso del secondo conflitto mondiale. Ma si consideri anche la forte reazione suscitata dagli

ostacoli frapposti dalla Russia e dalla Polonia all'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani, entrambe duramente criticate da vari organi del Consiglio d'Europa, proprio sulla base del principio secondo cui il diritto interno, neppure costituzionale, non può essere invocato per giustificare una violazione dei propri obblighi pattizi. Lo stesso principio è stato invocato dalla Corte interamericana dei diritti umani, nell'ambito delle procedure di monitoraggio delle proprie sentenze rimaste inattuata a causa dell'opposizione delle rispettive giurisdizioni supreme in Venezuela²⁸⁶ e Argentina, fondata proprio sulla necessità di proteggere principi considerati supremi negli ordinamenti interni.

Possiamo quindi ritenere che, per i tre ordini di ragioni suesposti, e almeno allo stato attuale, il procedimento di formazione di una specifica causa di esclusione in materia, seppur plausibile, non risulta ancora concluso.

286 Peraltro, nell'ambito della procedura di monitoraggio il Venezuela ha espressamente ammesso che la non esecuzione della sentenza implicava la responsabilità internazionale dello Stato.

CAPITOLO 2

I PRINCIPI COSTITUZIONALI FONDAMENTALI COME INTERESSE ESSENZIALE DELLO STATO AI SENSI DELLA NECESSITÀ

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. La nozione di 'interesse essenziale' dello Stato 2.1. L'originaria limitazione alla sopravvivenza dello Stato. 2.2. Il riconoscimento di altri interessi essenziali. 2.3. Gli interessi collettivi della comunità internazionale. 3. Le condizioni stabilite dall'art. 25 del Progetto di articoli. 3.1. L'«unico modo» per prevenire un «pericolo grave ed imminente». 3.2. Il bilanciamento con l'interesse contrastante. 3.3. La clausola di salvaguardia. 4. I principi costituzionali fondamentali costituiscono un interesse essenziale dello Stato? 4.1. La tendenziale mancanza di prassi statale. 4.2. Le poche indicazioni provenienti dalla giurisprudenza internazionale. 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Allo stato attuale, dunque, manca una prassi sufficiente a giustificare l'esistenza di una norma consuetudinaria che preveda una specifica causa di esclusione dell'illecito che sancisca la possibilità di invocare i principi costituzionali fondamentali per giustificare la violazione di un obbligo internazionale. Tuttavia, per giungere al medesimo risultato, è possibile provare a percorrere un'altra strada, parallela alla prima, ma ancora poco battuta. Invece di ipotizzare la formazione di una nuova norma secondaria in materia di esclusione dell'illecito, si può tentare di inquadrare l'ipotesi in esame, il conflitto tra obblighi internazionali e principi costituzionali fondamentali o supremi, in una norma già esistente nell'ordinamento internazionale, segnatamente la causa di esclusione dell'illecito dello stato di necessità. Quest'ultima, sancita da una norma consuetudinaria, è stata codificata all'art. 25 del Progetto di articoli della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità dello Stato per atti internazionalmente illeciti.¹

¹ Si ritiene generalmente, infatti, che quest'ultimo codifichi una regola di diritto internazionale consuetudinario. Per fare alcuni esempi si vedano, in giurisprudenza, Corte internazionale di giustizia, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, sentenza del 25 settembre 1997, par. 40 ("the

Essa consente, nel rispetto di determinate condizioni, di invocare la necessità di proteggere un interesse essenziale dello Stato come motivo di giustificazione di un atto altrimenti illecito ai sensi del diritto internazionale.

È possibile chiedersi, pertanto, se gli Stati possono sostenere che i principi costituzionali fondamentali o supremi costituiscono un loro interesse essenziale e che, pertanto, l'atto illecito commesso per necessità di proteggere tali interessi risulta giustificato per l'ordinamento internazionale.²

Per rispondere a tale domanda, è necessario ricordare che lo stato di necessità, inteso quale causa di giustificazione di un illecito internazionale, è visto con un certo sfavore,³ specie dalla dottrina internazionalistica recente, in quanto nella formulazione tradizionale esso si prestava ad abusi da

state of necessity is a ground recognized by customary international law"); Corte internazionale di giustizia, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinione consultiva del 9 luglio 2004, par. 141; *CMS Gas Transmission Company v. the Republic of Argentina*, caso n. ICSID ARB/01/8, lodo del 12 maggio 2005, par. 315 (e i casi ivi citati); *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. the Argentine Republic*, caso n. ICSID ARB/01/3, lodo del 22 maggio 2007, par. 303: "understanding of Article 25 of the Articles on State Responsibility to the effect that it reflects the state of customary international law on the matter, is not different from the view of the parties in this respect. This is not to say that the Articles are a treaty or even a part of customary law themselves; it is simply the learned and systematic expression of the development of the law on state of necessity by decisions of courts and tribunals and other sources along a long period of time"; *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, caso n. ICSID ARB/02/16, lodo del 28 settembre 2008, par. 344; *El Paso Energy International Corporation v. the Argentine Republic*, caso n. ICSID ARB/03/15, lodo del 31 ottobre 2011, par. 624. In altri casi, la disposizione è stata considerata come codificare un principio generale del diritto internazionale: si veda *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic*, caso n. ICSID ARB/07/26, lodo dell'8 dicembre 2016, par. 709. In dottrina, tra i tanti, si veda Tanzi 2021: par. 1.

- 2 Per una posizione che sembra escludere tale possibilità, qualora i principi fondamentali invocati abbiano ad oggetto la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, si veda Conforti 2014: 402: "Neanche bisogna riportare ad una norma generale sulla necessità i casi in cui lo Stato agisca per difendere «diritti» e non semplici «interessi», sia pure vitali, come è il caso dei diritti umani fondamentali che lo Stato è tenuto a osservare nei confronti della sua popolazione e che lo possono indurre, per rispettarli, a violare norme meno cogenti come, ad es., le norme del diritto internazionale economico".
- 3 Allot 1988: 17: "the concept of state necessity is the most persistent and formidable enemy of a truly human society".

parte degli Stati.⁴ Nel diciannovesimo secolo, infatti, lo stato di necessità era considerato come “an inherent or fundamental right of states to their self-preservation that had priority over other states’ subjective rights”.⁵ Gli abusi perpetrati al largo del ventesimo secolo⁶ hanno portato la Commissione del diritto internazionale, al momento in cui ha codificato la norma consuetudinaria nel Progetto di articoli, a enunciare detta esimente (con il nome di “necessità” e non “stato di necessità”) in termini particolarmente stringenti, mediante una formulazione negativa e prevedendo una serie di condizioni cumulative affinché essa possa essere validamente invocata.⁷ Così, l’art. 25 del Progetto di articoli dispone quanto segue:

1. Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act: (a) is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and (b) does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole.

2. In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if: (a) the international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or (b) the State has contributed to the situation of necessity.

Come affermato dalla Commissione del diritto internazionale, la necessità si riferisce a situazioni di carattere e c c e -

4 Sloane 2012: 447.

5 Crawford 2013: 305.

6 Abusi che ad esempio trovano il loro apice nell’invocazione, nel 1914, da parte della Germania, dello stato di necessità come *imperious duty of preservation*, allo scopo di giustificare l’invasione del Belgio e del Lussemburgo.

7 *Enron Corporation and Ponderosa Assets LP v Argentine Republic*, cit., par. 313: “the various conditions [...] must be cumulatively met, which brings the standard governing the invocation of state of necessity to a still higher echelon”.

zionale “where the only way a State can safeguard an essential interest threatened by a grave and imminent peril is, for the time being, not to perform some other international obligation of lesser weight or urgency”.⁸ Questo proprio allo scopo di prevenire abusi da parte degli Stati.⁹ Come si vedrà, posta anche la pressoché totale assenza di prassi che sostenga l'ipotesi qui in esame, il carattere assolutamente eccezionale di tale norma rende particolarmente difficile percorrere la strada che stiamo intraprendendo.

Nel presente capitolo si chiariranno i contorni della nozione di ‘interesse essenziale’ dello Stato (paragrafo 2), nonché quali sono le altre condizioni che devono sussistere affinché la necessità possa essere invocata per giustificare la violazione di un obbligo internazionale (paragrafo 3). Alla luce di tali indicazioni di carattere generale, si tenterà successivamente di inquadrare i principi costituzionali fondamentali nell'ambito di tale norma, con l'aiuto della (scarsa) prassi e della (ancor più scarsa) giurisprudenza disponibili (paragrafo 4), per poi trarre alcune conclusioni (paragrafo 5).

- 8 Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, cit., art. 25, commentario, par. 1.
- 9 *CMS Gas Transmission Company v. the Republic of Argentina*, cit., par. 317: “[w]hile the existence of necessity as a ground for precluding wrongfulness under international law is no longer disputed, there is also consensus to the effect that this ground is an exceptional one and has to be addressed in a prudent manner to avoid abuse. The very opening of the Article to the effect that necessity «may not be invoked» unless strict conditions are met, is indicative of this restrictive approach of international law. Case law, state practice and scholarly writings amply support this restrictive approach to the operation of necessity. The reason is not difficult to understand. If strict and demanding conditions are not required or are loosely applied, any State could invoke necessity to elude its international obligations. This would certainly be contrary to the stability and predictability of the law”; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Cor., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, caso n. ICSID ARB/02/1, lodo del 25 luglio 2007, par. 247: “the Commission was well aware of the fact that this exception, requiring admissibility, has been frequently abused by States, thus opening up a very easy opportunity to violate the international law with impunity. The Commission has set in its draft articles on State responsibility very restrictive conditions to account for its admissibility, reducing such subjectivity”; *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, cit., par. 345: “There is no disagreement either about the fact that a state of necessity is a most exceptional remedy that is subject to very strict conditions because otherwise it would open the door to States to elude compliance with any international obligation”.

2. La nozione di ‘interesse essenziale’ dello Stato

Si è detto che la necessità può essere invocata dagli Stati al fine di difendere un proprio interesse essenziale.¹⁰ Tuttavia, tale nozione è stata lasciata volutamente vaga dalla Commissione del diritto internazionale, la quale ha affermato che “[t]he extent to which an interest is essential depends on all the circumstances, and cannot be prejudged”.¹¹ Il Progetto di articoli non contiene alcuna indicazione, neppure a titolo meramente esemplificativo e non esaustivo, di cosa debba intendersi per interesse essenziale,¹² il quale resta dunque un concetto relativo, da determinare alla luce delle circostanze del caso concreto.¹³

Come è stato sottolineato, affinché un interesse sia considerato come essenziale è necessario che sussista un certo consenso tra gli Stati della comunità internazionale in relazione alla sua importanza.¹⁴ I contorni di tale nozione possono pertanto essere definiti soltanto sulla base della prassi statale disponibile e del modo in cui questa è stata valutata dai tribunali internazionali, tenuto conto del fatto che, come si vedrà, “an interest may or may not be essential, in relation to one another, depending on the circumstances”.¹⁵

2.1. L'originaria limitazione alla sopravvivenza dello Stato

La nozione di interesse essenziale include, senza alcun dubbio, l'interesse alla sopravvivenza dello Stato. In passato si

10 Sulla diversa nozione di “vital interest”, inteso come “the claim by a State to exclude certain matters that are considered important from legal assessment, which constitute a potential exception to otherwise binding legal obligations” si veda Udich 2013: par. 1.

11 Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, cit., art. 25, commentario, par. 15.

12 Si veda Scalese 2008: 106: “il silenzio della norma sul punto corrisponde ad una precisa scelta di politica legislativa, consistente nel ricollegare l'esimente in questione a situazioni di eccezionale gravità per lo Stato che pretende avvalersene, non determinabili *a priori*, bensì da valutarsi in concreto, in rapporto al comune sentire della comunità internazionale”.

13 Paddeu, Waibel 2022: 170.

14 Agius 2006: 20.

15 Paddeu 2018: 416.

sosteneva, infatti, che per essere qualificato come essenziale un interesse dovesse manifestare “a connection to the life of the State”,¹⁶ nel senso per cui la situazione all’origine dello stato di necessità doveva implicare una “minaccia suscettibile di mettere in pericolo la sua stessa sopravvivenza in quanto soggetto di diritto internazionale”.¹⁷ Ad esempio, sia pur sotto l’ambito della legittima difesa, il diritto dello Stato a fare quanto necessario alla propria sopravvivenza è stato riconosciuto dalla Corte internazionale di giustizia nell’opinione consultiva sulle *Legalità dell’uso o della minaccia delle armi nucleari*.¹⁸

Così, in alcuni casi, la difesa della necessità è stata rigettata proprio in quanto è stato ritenuto che la situazione cui lo Stato aveva reagito con la condotta illecita non minacciasse la sua sopravvivenza. Nel caso *Enron*, ad esempio, un tribunale arbitrale investitore-Stato ha riconosciuto che l’esistenza e l’indipendenza dello Stato costituiscono un interesse essenziale ai sensi dell’art. 25 del Progetto di articoli, ma ha ritenuto che la situazione nel caso di specie non fosse qualificabile come una minaccia nei confronti di tali interessi.¹⁹ Tale interpretazione è stata confermata nel caso *von Pezold*,²⁰ in cui un tribunale arbitrale ha ritenuto che l’interesse invocato nel caso concreto riguardasse “the survival of the incumbent Government and its President at a political level”, e non la sopravvivenza dello Stato come soggetto di diritto internazionale. Ha quindi ritenuto che non vi fosse una

16 Crawford 2013: 307.

17 Scalese 2008: 107.

18 Corte internazionale di giustizia, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinione consultiva dell’8 luglio 1996, par. 96: “the Court cannot lose sight of the fundamental right of every State to survival, and thus its right to resort to self-defence, in accordance with Article 51 of the Charter, when its survival is at stake”.

19 *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. the Argentine Republic*, cit., par. 306: “The Tribunal has no doubt that there was a severe crisis and that in such context it was unlikely that business could have continued as usual. Yet, the argument that such a situation compromised the very existence of the State and its independence so as to qualify as involving an essential interest of the State is not convincing”.

20 *Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe*, caso n. ICSID ARB/10/15, lodo del 28 luglio 2015, par. 628: “The Parties are correct in their affirmation that the existence of a State, as well as the maintenance of public order of a State, is an essential interest”.

minaccia nei confronti dello Stato in sé.²¹ O ancora, nel caso CMS un tribunale arbitrale ha considerato che, nonostante la crisi economica argentina fosse estremamente grave, essa non implicava un “total collapse” dello Stato e, quindi, una minaccia nei confronti di un interesse essenziale dello stesso.²² Lo stesso è stato sostenuto in diversi altri casi relativi alla crisi economica argentina del 2001-2002.

2.2. Il riconoscimento di altri interessi essenziali

Tuttavia, come riconosciuto dalla stessa Commissione del diritto internazionale, non mancano casi in cui la necessità è stata invocata, dagli Stati, e riconosciuta, dai tribunali internazionali, con riferimento a interessi diversi rispetto a quello alla preservazione dell'esistenza dello Stato.²³ Può pertanto affermarsi che “[w]hat qualifies as an «essential» interest is not limited to those interests referring to the State's existence”,²⁴ includendo anche “the preservation of the State's broader social, economic and environmental stability, and its ability to provide for the fundamental needs of its population”.²⁵

Ad esempio, nel caso sul *Progetto Gabčíkovo-Nagymaros* la Corte internazionale di giustizia ha riconosciuto la protezione dell'ambiente come interesse essenziale dello Stato

21 Ivi, par. 631.

22 *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, cit., par. 359.

23 Crawford 2013: 308.

24 *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Cor., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, cit., par. 251.

25 *Impregilo v. Argentina*, caso n. ICSID ARB/07/17, lodo del 21 giugno 2011, par. 346. Si vedano anche *LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp, LG&E International Inc v Argentine Republic*, cit., par. 246: “a state of necessity is identified by those conditions in which a State is threatened by a serious danger to its existence, to its political or economic survival, to the possibility of maintaining its essential services in operation, to the preservation of its internal peace, or to the survival of part of its territory. In other words, the State must be dealing with interests that are essential or particularly important”; par. 251: “What qualifies as an «essential» interest is not limited to those interests referring to the State's existence. As evidence demonstrates, economic, financial or those interests related to the protection of the State against any danger seriously compromising its internal or external situation, are also considered essential interests”.

ai sensi dell'art. 25 del Progetto di articoli.²⁶ O ancora, nell'opinione consultiva sul *Muro nel territorio palestinese occupato* la stessa Corte ha ammesso che la sicurezza e la vita della popolazione civile costituiscono un interesse essenziale che può essere invocato sotto il profilo della necessità.²⁷ Lo stesso può dirsi, come è stato sostenuto da doversi tribunali arbitrali, del mantenimento dell'ordine pubblico,²⁸ e della protezione del benessere della popolazione,²⁹ comprendente in particolare anche l'accesso ai servizi pubblici essenziali alla sua sopravvivenza.³⁰

La nozione è stata interpretata come comprendente anche interessi di carattere economico, ad esempio dal Tribunale internazionale per il diritto del mare (che tuttavia ha rigettato la difesa fondata su tale interesse per mancanza di un altro dei requisiti richiesti ai fini dell'applicazione della norma sulla necessità)³¹ e da vari tribunali arbitrali investito-

26 Corte internazionale di giustizia, *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, cit., par. 53: "The Court has no difficulty in acknowledging that the concerns expressed by Hungary for its natural environment in the region affected by the Gabčíkovo-Nagymaros Project related to an «essential interest» of that State".

27 Corte internazionale di giustizia, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, cit., par. 141: "The fact remains that Israel has to face numerous indiscriminate and deadly acts of violence against its civilian population. It has the right, and indeed the duty, to respond in order to protect the life of its citizens. The measures taken are bound nonetheless to remain in conformity with applicable international law".

28 *Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe*, cit., par. 620.

29 *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, cit., par. 326.

30 *Impregilo v. Argentina*, cit., par. 346; *Suez v. Argentina*, caso n. ICSID ARB/03/17, decisione sulla responsabilità del 30 luglio 2010, par. 260: "The provision of water and sewage services to the metropolitan area of Buenos Aires certainly was vital to the health and well-being of nearly ten million people and was therefore an essential interest of the Argentine State"; *Total v. Argentina*, caso n. ICSID ARB/04/1, decisione sulla responsabilità del 21 dicembre 2010, par. 345.

31 Tribunale internazionale per il diritto del mare, *M/V Saiga (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, sentenza del 1 luglio 1999, par. 135: "however essential Guinea's interest in maximizing its tax revenue from the sale of gas oil to fishing vessels, it cannot be suggested that the only means of safeguarding that interest was to extend its customs laws to parts of the exclusive economic zone".

re-Stato.³² Questi ultimi, in particolare, hanno ritenuto che la stabilità economica e sociale, e la fornitura di servizi essenziali alla popolazione in un momento di crisi economica dello Stato, costituiscono un interesse essenziale che può essere invocato nell'ambito dell'esimente della necessità.³³

2.3. Gli interessi collettivi della comunità internazionale

La Commissione del diritto internazionale ha precisato che il pericolo cui si reagisce con la condotta necessitata può riferirsi anche a un interesse della comunità internazionale nel suo complesso.³⁴

Ne deriva che “those essential interests might also include interests relating to the human rights or human dignity of the civilian population of the State, and even of the international community itself”.³⁵ Ed infatti, non può negarsi che la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo abbia assunto un ruolo primario nella gerarchia dei valori dell'ordinamento internazionale contemporaneo e sembra che questo abbia avuto anche effetti su cosa debba considerarsi interesse essenziale ai fini della necessità.³⁶ Scalese ha così sostenuto

32 Si veda, ad esempio, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Cor., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, cit., par. 226: “Argentina was in a period of crisis during which it was necessary to enact measures to maintain public order and protect its essential security interests”.

33 Si vedano le varie pronunce citate da Tanzi 2021: par. 16.

34 Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, cit., art. 25, commentario, par. 2.

35 Rynjaert 2010: 86: “human rights obligations, many of which have an *erga omnes* character, embody fundamental values of the international community”.

36 Sloane 2012: 508: “there can be no question that the advent of human rights law and the exponential growth of new institutions, regimes, and processes have changed the particular conception of the state in the classical law of nations – and with it the propriety of a necessity defence that traditionally focused on the state qua state rather than on human beings”; Paddeu 2018: 338: “International law continues to privilege state interests, but today it is for the sake of state's constituents. It is for the extent to which states, ideally, promote their people's realisation of fundamental values: self-determination, human dignity, the general welfare, personal autonomy, and so forth. In the postwar era, the rationale for necessity in the law of nations – the natural right of states to preserve themselves – has not been mooted. But it has been modified”.

che la necessità sarebbe stata riformulata nel Progetto di articoli da strumento di auto-conservazione dello Stato a mezzo di realizzazione di una sorta di solidarietà sociale che, per il tramite dell'azione del singolo Stato, permette la protezione di interessi superiori e comuni ai soggetti dell'ordinamento internazionale. Non può allora escludersi, in tale ottica, la possibilità di inserirvi la tutela dei diritti fondamentali, come interesse condiviso dai singoli Stati e dall'ordinamento internazionale.³⁷ In questo senso, la necessità avrebbe subito una ulteriore evoluzione rispetto al passato. Per come originariamente formulata, infatti, essa era volta a tutelare non 'diritti soggettivi' dello Stato, bensì 'interessi' che, pur non protetti da una norma specifica rinvenibile nell'ambito dell'ordinamento, fossero comunque ritenuti meritevoli di tutela.³⁸ Tuttavia, si tende oggi a ritenere che gli interessi invocabili nell'ambito della necessità ricomprendano anche interessi che sono cristallizzati in specifiche norme di diritto internazionale come, appunto, la tutela dei diritti umani.³⁹ Peraltro, la giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia in materia non sembra dare rilievo alla distinzione tra interesse essenziale, ma non cristallizzato in norme di diritto, e diritti

37 Agius 2006: 72: "although necessity is an exceptional defence that is difficult to work [...] it may perhaps be useful to address new challenges of international security and safeguarding common values".

38 Per Scalese 2008: 108, si tratta di un "interesse che, pur non costituendo il contenuto di un autonomo diritto soggettivo [...] [è considerato] dall'ordinamento come degno di tutela in particolari situazioni di urgenza". In quanto tale, la necessità si riferirebbe a "situazioni non protette dall'ordinamento internazionale, che risultano eccezionalmente tutelate solo in caso di necessità e, quindi, normalmente non azionabili".

39 Paddeu 2018: 416 s.: "When introduced in the ARS by Ago, the plea of necessity sought to safeguard essential but not legally protected interests of the invoking state against the legally protected interests (the rights) of the injured States. But this formulation is difficult to maintain in contemporary international law. With the ever-growing density of the international legal order, most essential interests are (or may eventually be) protected or regulated under some international legal principle or rule. A State invoking necessity is thus likely to be able to point to some rule or principle of the legal order which protects the essential interest(s) it attempts to safeguard with its actions. [...] So the plea of necessity can be invoked to safeguard legally protected essential interests, so long as the relevant rule or principle does not provide the state with an entitlement to act against the injured state. If it did, then the situation would turn into a normative conflict, as the state in question would be both permitted to act, and prohibited from acting, in a certain way".

che, in quanto giuridicamente protetti, non potrebbero essere invocati ai sensi dell'art. 25 del Progetto di articoli. Nel caso *Gabčíkovo-Nagymaros*, ad esempio, la Corte ha riconosciuto l'essenzialità dell'interesse alla tutela dell'ambiente,⁴⁰ nonostante nell'opinione consultiva sulle *Armi nucleari* avesse affermato che esiste un obbligo generale di prevenzione del danno ambientale che "is now part of the corpus of international law relating to the environment".⁴¹ Anzi, l'esistenza di norme internazionali che tutelano un determinato interesse può dimostrarne l'essenzialità per la comunità internazionale nel suo complesso.⁴²

Bisogna in ogni caso riconoscere che manca ad oggi qualsiasi esempio di prassi statale in cui la necessità di proteggere un interesse essenziale della comunità internazionale sia stata invocata per giustificare la violazione di un obbligo internazionale. Come è stato riconosciuto da Crawford, Relatore speciale della Commissione del diritto internazionale che ha proposto di aggiungere tale ipotesi nel Progetto di articoli, essa non costituisce codificazione di una norma consuetudinaria esistente, ma un'attività di progressivo sviluppo del diritto internazionale da parte della Commissione.⁴³ Da un punto di vista teorico, tuttavia, nulla esclude che tale ipotesi si verifichi. Ad esempio, in un recente caso la Colombia ha sostenuto dinnanzi alla Corte internazionale di giustizia che delle condotte poste in violazione della sovranità e della giurisdizione del Nicaragua nella propria zona economica esclusiva dovessero ritenersi legittime ai sensi del diritto internazionale in quanto poste in essere allo scopo di proteggere l'ambiente.⁴⁴ Tuttavia, pur avendo riconosciuto che

40 Corte internazionale di giustizia, *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, cit., par. 53.

41 Corte internazionale di giustizia, *Legality of the Threat of Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 29.

42 Sull'individuazione di un *legal interest*, riconosciuto dell'ordinamento internazionale e pertanto meritevole di tutela giuridica, si vedano Corte internazionale di giustizia, *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa) Second Phase*, sentenza del 18 luglio 1966, 252, e l'opinione dissenziente del giudice Tanaka annessa alla medesima.

43 Crawford 2013: 309.

44 Corte internazionale di giustizia, *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, sentenza del 21 aprile 2022, par. 54: "In support of the legality of its actions,

“all States have the obligation under customary international law to protect and preserve the marine environment”, la Corte internazionale di giustizia ha ritenuto che, all’interno della zona economica esclusiva, tale obbligo grava sullo Stato costiero.⁴⁵ Essa ha quindi concluso che lo scopo di proteggere l’ambiente non giustifica interventi da parte di Stati terzi in violazione dei diritti sovrani dello Stato costiero.⁴⁶ Ora, nonostante la necessità non sia stata citata espressamente, questo costituisce un esempio in cui un interesse della comunità internazionale, la tutela dell’ambiente, è stato invocato da uno Stato per giustificare un atto illecito.

3. Le condizioni stabilite dall’art. 25 del Progetto di articoli

In ogni caso, è necessario ricordare che la difesa di un interesse essenziale dello Stato o della comunità internazionale può essere invocata come causa di esclusione di un atto illecito solo “under certain strictly defined conditions which must be cumulatively satisfied” rispetto alle quali, come chiarito dalla Corte internazionale di giustizia, “the State concerned is not the sole judge of whether those conditions have been met”.⁴⁷

A tal fine, è necessario che l’atto necessitato costituisca l’‘unico modo’ per prevenire un ‘pericolo grave ed imminente’ che sussiste nei confronti dell’interesse essenziale invoca-

the Respondent claims that it has acted in accordance with three types of rights and duties recognized by international law: (i) the right and duty to protect and preserve the environment of the south-western Caribbean Sea; (ii) the due diligence duty within the relevant maritime area; and (iii) the right and duty to protect the habitat of the Raizales and other local communities inhabiting the Archipelago. Colombia asserts that, in view of the fragility of the Caribbean ecosystem resulting from threats such as marine-based pollution, overfishing and other predatory practices, it has adopted a series of protective measures”.

45 Ivi, par. 95: “a third State has no jurisdiction to enforce conservation standards on fishing vessels of other States in the exclusive economic zone”.

46 Ivi, par. 99: “The fragility of the ecological environment of a protected area established by a State party does not provide a legal basis for it to take measures in areas that are subject to the sovereignty, sovereign rights or jurisdiction of another State party”.

47 Corte internazionale di giustizia, *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, cit., par. 54.

to (paragrafo 3.1), che esso non leda a sua volta un interesse essenziale di un altro Stato, nei cui confronti sussiste l'obbligo violato, o della comunità internazionale nel suo complesso (paragrafo 3.2), e che siano rispettate le condizioni sancite dalla clausola di salvaguardia di cui al par. 2 dell'art. 25 del Progetto di articoli, segnatamente che la norma violata non escluda espressamente l'invocabilità dello stato di necessità e che lo Stato non abbia contribuito a causare la situazione di necessità (paragrafo 3.2).

3.1. L'«unico modo» per prevenire un «pericolo grave ed imminente»

In primo luogo, l'atto posto in essere in violazione dell'obbligo internazionale deve essere l'unico modo (*the only way*) per tutelare l'interesse essenziale invocato, derivandone che

the plea of necessity is excluded if there are other, lawful, means available to safeguard the essential interest of the State, a requirement that can be regarded as a function of the exceptional character of the plea of necessity.⁴⁸

Ciò vale anche nell'ipotesi in cui tali mezzi alternativi siano “more costly and less convenient”.⁴⁹ Pertanto, misure economicamente più costose ma legali ai sensi del diritto internazionale devono essere preferite a misure poste in essere in violazione di un obbligo internazionale,⁵⁰ mentre l'espressione meno convenienti si riferisce a misure che implicano maggiori oneri dal punto di vista organizzativo e amministrativo.⁵¹

Ora, bisogna riconoscere che vi sono due possibili interpretazioni del criterio in questione. Secondo una prima interpretazione, esso richiederebbe che non vi fosse nessuna altra misura disponibile per lo Stato per proteggere l'interes-

48 Agius 2006: 26; Tanzi 2021: par. 17.

49 Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, cit., art. 25, commentario, par. 15.

50 Crawford 2013: 311.

51 Paddeu, Waibel 2022: 174.

se essenziale invocato, a prescindere dalla legalità della stessa;⁵² secondo un'interpretazione alternativa, esso richiede che non vi fosse nessuna misura alternativa per proteggere l'interesse invocato che non implicasse una violazione uguale o più grave del diritto internazionale.⁵³ La giurisprudenza non sembra fornire molte indicazioni al riguardo. Nel caso *Gabčíkovo-Nagymaros* la Corte internazionale di giustizia si è limitata a sostenere che lo scopo perseguito dall'Ungheria – la fornitura di acqua potabile alla città di Budapest – avrebbe potuto essere perseguito mediante la purificazione dell'acqua del fiume, nonostante quest'ultima “clearly would have been a more costly technique”.⁵⁴ O ancora, nella già citata opinione consultiva sulla costruzione del muro sul territorio palestinese occupato la Corte ha ritenuto che questa non fosse l'unico mezzo per difendere la sicurezza e la vita della popolazione israeliana, senza esaminare l'esistenza di misure alternative.⁵⁵ Tuttavia, sembra potersi affermare che la seconda interpretazione sia preferibile, posto che la prima renderebbe praticamente impossibile invocare con successo la necessità visto che, in astratto, una qualche misura alternativa può sempre essere individuata.

Un altro elemento poco chiaro del requisito in esame riguarda la domanda “whether the relative effectiveness of

52 *Enron Corporation and Ponderosa Assets LP v Argentine Republic*, caso n. ICSID ARB/01/3, decisione sull'annullamento del 30 luglio 2010, par. 369: “One potential interpretation is that it has its literal meaning, such that in the present case, the principle of necessity could be relied on by Argentina if there were genuinely no other measures that Argentina could possibly have adopted in order to address the economic crisis”.

53 Ivi, par. 370: “Under this interpretation, if there are three possible alternative measures that a State might adopt, all of which would involve violations of the State's obligations under international law, the State will not be prevented from invoking the principle of necessity if it adopts the measure involving the least grave violation of international law. Under this interpretation, the principle of necessity will only be precluded if there is an alternative that would not involve a breach of international law or which would involve a less grave breach of international law”.

54 Corte internazionale di giustizia, *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, cit., par. 55.

55 Corte internazionale di giustizia, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, cit., par. 140. La Corte si è detta “not convinced that the construction of the wall along the route chose was the only means to safeguard the interests of Israel against the peril which it has invoked as a justification for that construction”.

alternative measures is to be taken into account”.⁵⁶ Al riguardo, Paddeu e Waibel hanno osservato come l’analisi dell’effettività delle possibili misure alternative risulta essenziale, in quanto “[o]n paper, one can always find alternatives, especially with the benefit of hindsight”.⁵⁷ A loro parere, l’esistenza di misure alternative escluderebbe la possibilità di invocare la necessità solo quando esse siano: (1) legali ai sensi del diritto internazionale; (2) realizzabili al momento in cui lo Stato pone in essere la propria condotta, tale per cui non causino un pregiudizio importante all’interesse che lo Stato intende proteggere; e (3) siano in grado di proteggere tale essenziale. È vero che nella prassi i tribunali si sono spesso limitati ad accertare l’esistenza di una qualsiasi misura alternativa rispetto a quella adottata dallo Stato,⁵⁸ ma più di recente sembrano aver esaminato anche la ragionevolezza della stessa.⁵⁹

56 *Enron Corporation and Ponderosa Assets LP v Argentine Republic*, caso n. ICSID ARB/01/3, decisione sull’annullamento, cit., par. 371.

57 Paddeu, Waibel 2022: 176.

58 *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, cit., parr. 322 s.: “The views of the parties and distinguished economists are wide apart on this matter, ranging from support of those measures [taken by Argentina] to the discussion of a variety of alternatives, including dollarization of the economy, granting of direct subsidies to the affected population or industries and many others. Which of these policy alternatives would have been better is a decision beyond the scope of the Tribunal’s task, which is to establish whether there was only one way or various ways and thus whether the requirements for the preclusion of wrongfulness have or have not been met. The International Law Commission’s comment to the effect that the plea of necessity is “excluded if there are other (otherwise lawful) means available, even if they may be more costly or less convenient,” is persuasive in assisting this Tribunal in concluding that the measures adopted were not the only steps available”; *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, cit., parr. 350-351: “A rather sad world comparative experience in the handling of economic crises, shows that there are always many approaches to address and correct such critical events, and it is difficult to justify that none of them were available in the Argentine case. While one or other party would like the Tribunal to point out which alternative was recommendable, it is not the task of the Tribunal to substitute for the government determination of economic choices, only to determine whether the choice made was the only way available, and this does not appear to be the case”.

59 *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic*, cit., par. 716: “Claimants rightly raise the point that a State cannot claim a state of necessity exception when it had available other means that would have permitted to avoid a violation of its obligations under international law. The argument, however, has to

In secondo luogo, occorre chiedersi “who makes the decision whether there is a relevant alternative, and in accordance with what test”.⁶⁰ Al riguardo, diversi approcci sono stati adottati nella giurisprudenza. Secondo alcune pronunce, un tribunale dovrebbe pronunciarsi dal punto di vista del momento in cui decide il caso che gli viene sottoposto, e sulla base delle informazioni allora disponibili, concludendo che una misura rivelatasi non effettiva non costituisse, come successivamente dimostratosi, l'unico modo per proteggere l'interesse essenziale.⁶¹ Secondo altre decisioni, invece, la questione dovrebbe essere valutata dalla prospettiva dello Stato agente e secondo le informazioni disponibili al momento in cui ha assunto la decisione.⁶² Anche rispetto a tale questione ci sembra che la seconda posizione sia da preferire, posto che non si può rimproverare allo Stato di aver preso una decisione che, alla luce delle informazioni disponibili in un dato momento, risultava ragionevole, ma che si è successivamente rivelata non efficace.

Quanto alla nozione di pericolo grave ed imminente, essa richiede che il pregiudizio all'interesse essenziale invocato dallo Stato sia prossimo, certo (e non meramente possibile) e imminente.⁶³ Lo stato di necessità, infatti, si fonda sul concetto di prevenzione.⁶⁴ Al riguardo, la Corte internazionale di

be taken in observing its reasonable proportions. [...] It would have been incumbent on Claimants to offer at least a serious indication as to the nature of other measures that had been available to the Government at that time”.

- 60 *Enron Corporation and Ponderosa Assets LP v Argentine Republic*, decisione sull'annullamento, cit., par. 372.
- 61 Si veda, ad esempio, *Total SA v Argentine Republic*, caso n. ICSID ARB/04/1, decisione sulla responsabilità del 27 dicembre 2010, par. 345.
- 62 *Continental Casualty Company v Argentine Republic*, caso n. ICSID ARB/03/9, lodo del 5 settembre 2008, par. 181: “a time of grave crisis is not the time for nice judgements, particularly when examined by others with the disadvantage of hindsight”.
- 63 Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, cit., art. 25, commentario, par. 15; *LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp, LG&E International Inc v Argentine Republic*, cit., par. 252: “the danger must be established objectively and not only deemed possible. It must be imminent in the sense that it will soon occur”.
- 64 *LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp, LG&E International Inc v Argentine Republic*, cit., par. 247: “The concept of state of necessity and

giustizia ha affermato che il pericolo deve essere certo, nel senso di non meramente probabile, ma anche che il concetto di imminenza si interpreta nel senso di 'inevitabile', a prescindere dalla vicinanza nel tempo:

The word «peril» certainly evokes the idea of «risk»: that is precisely what distinguishes «peril» from material damage. But a state of necessity could not exist without a «peril» duly established at the relevant point in time: the mere apprehension of a possible «peril» could not suffice in that respect. It could moreover hardly be otherwise. when the «peril» constituting the state of necessity has at the same time to be «grave» and «imminent». «Imminence» is synonymous with «immediacy» or «proximity» and goes far beyond the concept of «possibility». [...] That does not exclude, in the view of the Court, that a «peril» appearing in the long term might be held to be «imminent» as soon as it is established, at the relevant point in time, that the realization of that peril, however far off it might be, is not thereby any less certain and inevitable.⁶⁵

Sulla base di tale precedente, la Commissione del diritto internazionale ha chiarito che il pericolo deve intendersi 'prossimo', ma che tale nozione comprende anche pericoli lontani nel tempo ma sufficientemente certi.⁶⁶ Ciò significa che il requisito della prossimità è inteso non in termini temporali, ma in termini causali, tali per cui una situazione in cui la materializzazione del rischio è sufficientemente certa e implica la necessità, per lo Stato, di intervenire, giustifica l'invocazio-

the requirements for its admissibility lead to the idea of prevention: the State covers itself against the risk of suffering certain damages. Hence, the possibility of alleging the state of necessity is closely bound by the requirement that there should be a serious and imminent threat and no means to avoid it".

65 Corte internazionale di giustizia, *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, cit., par. 54. Si vedano anche Paddeu, Waibel 2022: 166: "The word «imminent» does not require that the risk is about to materialize (immediacy in temporal terms); rather, it has been interpreted as harm not yet having (completely) materialized at the time a State acts in a situation of necessity".

66 Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, cit., art. 25, commentario, par. 15.

ne della necessità.⁶⁷ Tale requisito, tuttavia, è stato applicato in modo contraddittorio nella prassi. In alcuni casi, è stato richiesto che il pericolo fosse già totalmente materializzato nel momento in cui lo Stato agiva.⁶⁸ In altri, invece, ci si è accontentati dell'esistenza di una situazione che avrebbe con ragionevole probabilità portato al materializzarsi del pregiudizio.⁶⁹

Quanto allo standard probatorio, la Corte internazionale di giustizia ha richiesto che lo Stato che invoca la necessità debba "sufficiently establish" che il pericolo fosse "certain and inevitable" e non "merely apprehended or contingent".⁷⁰ Come è stato rilevato, tale standard sembra eccessivamente alto, in quanto un rischio non può essere provato con certezza.⁷¹ Così, la Commissione del diritto internazionale ha chiarito che un certo margine di incertezza risulta accettabile, a condizione che il pericolo sia ragionevolmente dimostrato sulla base delle prove disponibili al momento in cui lo Stato agisce.⁷²

3.2. Il bilanciamento con l'interesse contrastante

Una volta stabilito che l'atto necessitato costituiva l'unico modo per proteggere un interesse essenziale dello Stato da un pericolo grave ed imminente, il par. 1, lett. b) dell'art. 25 richiede che esso non pregiudichi un interesse a sua volta es-

67 Paddeu, Waibel 2022: 167.

68 *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, cit., par. 322. Il tribunale ha rigettato la difesa della necessità in quanto ha ritenuto che la crisi economica in Argentina, seppur seria, non avesse ancora causato una "total economic collapse".

69 *LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp, LG&E International Inc v Argentine Republic*, cit., par. 231 s. Il tribunale arbitrale ha ritenuto che la crisi economica argentina, in ragione dei possibili disordini che ne sarebbero derivati, avrebbe portato a un "total collapse" dello Stato e quindi alla lesione di un suo interesse essenziale.

70 Corte internazionale di giustizia, *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, cit., par. 54.

71 Paddeu, Waibel 2022: 169.

72 Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, cit., art. 25, commentario, par. 16: "a measure of uncertainty about the future does not necessarily disqualify a State from invoking necessity, if the peril is clearly established on the basis of the evidence reasonably available at the time".

senziale dello Stato nei cui confronti sussiste l'obbligo violato o della comunità internazionale nel suo complesso.

Secondo l'interpretazione che di questo requisito ha dato la dottrina maggioritaria, ciò vuol dire che l'interesse sacrificato, cioè quello protetto della norma violata dalla condotta necessitata, deve risultare di valore inferiore rispetto all'interesse tutelato con la condotta necessitata.⁷³ In tal senso, la disposizione richiede un bilanciamento tra interessi:⁷⁴

necessity is currently understood to concern a predicament resulting from a clash of interests: the essential interest of the invoking state, on the one hand, and the interests of the injured state or of the international community as a whole, on the other. [...] the defence is premised on a theory of lesser evil, pursuant to which the protection of superior interests take priority over the fulfilment of international law obligations protecting lesser interests.⁷⁵

Così configurata, la necessità "involves a choice by a State to act inconsistently with an international obligation to protect some other interest" che, nel caso di specie, venga ritenuto come un "greater good".⁷⁶ La scelta è compiuta dallo Stato, però in presenza di "situazioni che presuppongono un'impossibilità di comportarsi *secundum ius* [...] che di fatto cancella o restringe ogni concreta possibilità di scelta da parte dell'agente".⁷⁷ Così configurata, la necessità costituisce la

73 Heathcote 2010: 496.

74 Crawford 2013: 313.

75 Paddeu 2018: 337. Si veda anche Cheng 1994: 74: "The law of necessity is a means of preserving values. It is the great disparity in the importance of the interests actually in conflict that alone justifies a reversal of the legal protection normally accorded to these interests, so that a socially important interest shall not perish for the sake of respect for an objectively minor right. In every case, a comparison of the conflicting interests appears to be indispensable".

76 Rynjaert 2010: 94. Si veda Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, cit., art. 25, commentario, par. 17, secondo cui il termine necessità "is used to denote those exceptional cases where the only way a State can safeguard an essential interest threatened by a grave and imminent peril is, for the time being, not to perform some other international obligation of lesser weight or urgency".

77 Scalese 2008: 28.

causa di esclusione dell'illecito volta alla protezione di quello che risulti, alla luce delle circostanze concrete, l'interesse di importanza superiore⁷⁸ e si fonda, quindi, sulla logica del *ma le m i n o r e*.⁷⁹ Ciò che è certo è che l'esclusione dell'illecito, ove ammissibile, viene a costituire l'esito di una valutazione in concreto, ossia di un

giudizio di ponderazione tra il diritto sacrificato dello Stato terzo e l'interesse essenziale facente capo allo Stato necessitato, ove la precedenza accordata a quest'ultimo risponde all'urgenza sociale nella realtà manifestatasi. La prevalenza dell'interesse essenziale non esprime, quindi, la superiorità di una corrispondente fattispecie astratta, risultando, viceversa, decretata in funzione di considerazioni etiche ed equitative, rapportate alle concrete esigenze della collettività.⁸⁰

La valutazione deve prendere in considerazione gli interessi di entrambi gli Stati, in particolare la gravità del pregiudizio che ne deriverebbe all'uno e all'altro, gli sforzi compiuti per evitare la situazione di necessità, l'irreparabilità o meno del pregiudizio all'interesse essenziale protetto.⁸¹ Essa deve essere realizzata in termini oggettivi, e non sulla base della percezione soggettiva dello Stato agente.⁸² Ed infatti, la Commissione del diritto internazionale ha chiarito che

78 Paddeu 2018: 338.

79 Paddeu, Waibel 2022: 162: "Necessity in Article 25 ARS reflects a lesser-evil logic: in a situation of danger or threat where two interests are in conflict, such that harm to one of the two interests appears probable, necessity exonerates the invoking State for avoiding the greater harm to its interest if it is the superior one in the circumstances. By safeguarding the superior interest in the circumstances, the State minimizes overall harm".

80 Scalese 2008: 117. Si veda anche Paddeu 2018: 340: "the determination as to the superior or inferior character of the interest is not made in the abstract. Indeed, other than in the case protected by peremptory rules, international law recognises no hierarchy of values or interests. The analysis is therefore a relative and contextual one, which takes into account both qualitative and quantitative criteria. These include the subject matter of the interest in question, as well as the potential harm to them".

81 Paddeu 2018: 417.

82 Agius 2006: 15: "it is thus not a matter of subjective assessment by the invoking State, but the objective criteria have to be met".

the interest relied on must outweigh all other considerations, not merely from the point of view of the acting State but on a reasonable assessment of the competing interests, whether these are individual or collective".⁸³

Tale valutazione non sempre viene realizzata in concreto da parte dei tribunali internazionali.⁸⁴ Ad esempio, nel caso *von Pezold* un tribunale arbitrale ha escluso la possibilità di invocare la necessità in quanto ha ritenuto che le condotte poste in essere dallo Zimbabwe costituissero una forma di discriminazione razziale. Il tribunale ha osservato che si trattava di una violazione di un obbligo *erga omnes* e, di conseguenza, ha ritenuto che la condotta necessitata implicasse la violazione di un interesse essenziale della comunità internazionale nel suo complesso.⁸⁵ Non ha, tuttavia, realizzato un bilanciamento tra l'interesse essenziale invocato dallo Stato e l'interesse leso dalla condotta necessitata.

3.3. La clausola di salvaguardia

Ai sensi del par. 2 dell'art. 25, anche laddove le condizioni suindicate siano rispettate, la necessità non può essere invocata in due specifiche ipotesi.

La prima riguarda il caso in cui la norma violata con la condotta necessitata escluda in modo espresso la possibilità di invocare la necessità. Ad esempio, come indicato dalla Commissione del diritto internazionale nel commentario all'art. 25, alcuni trattati internazionali in materia di diritto umanitario applicabile ai conflitti armati escludono l'invocazione della necessità militare,⁸⁶ proprio in quanto sono destinati ad essere applicati in situazioni di emergenza.⁸⁷ O

83 Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, cit., art. 25, commentario, par. 17.

84 Paddeu, Waibel 2022: 173.

85 *Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe*, cit., parr. 647 s.

86 Si veda Tanzi 2021: par. 18.

87 *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, cit., par. 353: "[t]here are of course treaties designed to be applied precisely in the case of necessity or emergency, such as those setting out humanitarian rules for situations of armed conflict. In those cases, as rightly explained in the

ancora, la Commissione ha aggiunto che l'impossibilità di invocare la necessità potrebbe derivare dall'oggetto e dello scopo del trattato violato. Così, sembra potersi sostenere che la necessità non possa essere invocata qualora dei trattati prevedano delle specifiche disposizioni che operano a titolo di *lex specialis*. Si pensi, e nonostante la Corte internazionale di giustizia abbia deciso di non pronunciarsi espressamente sulla questione,⁸⁸ alle clausole di deroga contenute nei trattati in materia di tutela dei diritti umani,⁸⁹ come l'art. 15 CEDU, l'art. 27 CADU, l'art. 4 PIDCP, che espressamente indicano quali sono le situazioni eccezionali che possono giustificare la sospensione delle garanzie sancite dai trattati, e quali condizioni.⁹⁰ Tuttavia, quanto ai trattati bilaterali di investimento, l'idea che l'esistenza di clausole specifiche di deroga escluda l'applicabilità della necessità per come prevista dal diritto consuetudinario è stata in alcuni casi espressa-

Commentary to Article 25 of the Articles on State Responsibility, the plea of necessity is excluded by the very object and purpose of the treaty".

- 88 Corte internazionale di giustizia, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, cit., par. 140: "the Court is bound to note that some of the conventions at issue in the present instance include qualifying clauses of the rights guaranteed or provisions for derogation [...]. Since those treaties already address considerations of this kind within their own provisions, it might be asked whether a state of necessity as recognized in customary international law could be invoked with regard to those treaties as a ground for precluding the wrongfulness of the measures or decisions being challenged. However, the Court will not need to consider that question".
- 89 Sul punto si vedano, più ampiamente, Jain, Gupta 2023.
- 90 Questo secondo l'art. 55 del Progetto di articoli. Si veda, sul rapporto tra lo stato di necessità e la CEDU, Corte europea dei diritti umani, *Khlaifia and others v. Italy*, ricorso n. 16483/12, sentenza del 1 settembre 2015, Opinione concorrente della giudice Keller: "in so far as they are applicable in the present case, the Articles of that text which concern circumstances precluding wrongfulness are superseded by the special rules of the Convention (see draft Article 55, «*lex specialis*»). A certain number of the substantive Articles of the Convention already enshrine a «necessity» test, through which the possible need to protect others against an instant danger may have to be taken into account. However, only Article 15 of the Convention enables a Contracting Party to derogate from its Convention obligations in time of emergency. Italy had not relied on Article 15 and, even more importantly, the possible derogations in that context can never pertain to Article 3 of the Convention".

mente esclusa.⁹¹ Peraltro, occorre distinguere la necessità di cui alle clausole di limitazione di numerosi trattati (in materia di diritti umani in particolare), che costituisce una norma primaria la cui esistenza esclude la sussistenza di una violazione dell'obbligo in questione, e la necessità come causa di esclusione dell'illecito, che costituisce una norma secondaria che esclude il carattere illecito di una condotta altrimenti in violazione di un obbligo internazionale.⁹² Da ultimo, l'invocazione della necessità può essere esclusa dalla natura inderogabile dei diritti sanciti in determinate disposizioni pattizie.⁹³

La seconda ipotesi è relativa al caso in cui lo Stato abbia contribuito a causare la situazione di necessità. Il contributo causale deve essere sostanziale e non meramente marginale.⁹⁴ Tale condizione è fondata sul principio generale secon-

91 *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. the Argentine Republic*, cit., par. 334. Ma si veda *CMS Gas Transmission Company v. the Republic of Argentina*, caso n. ICSID ARB/01/8, decisione sull'annullamento del 25 settembre 2007, par. 131, secondo cui il tribunale arbitrale avrebbe commesso un errore di diritto nel non chiarire il rapporto tra lo stato di necessità, previsto dal diritto consuetudinario, e la necessità come menzionata nella clausola di deroga inclusa in un trattato bilaterale di investimento.

92 *CMS Gas Transmission Company v. the Republic of Argentina*, decisione sull'annullamento del 25 settembre 2007, cit., par. 133.

93 Si pensi al divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti, sancito, *inter alia*, dall'art. 3 CEDU, rispetto al quale non sono ammesse deroghe neppure in caso in cui esistano forti interessi statali e situazioni eccezionali di necessità. Per un ragionamento simile, anche se non ai sensi della scusante della necessità, si vedano Corte europea dei diritti umani, *J.A. and others v. Italy*, ricorso n. 21329/18, sentenza del 30 marzo 2023, par. 65, e la giurisprudenza ivi citata: "the Court also reiterates its well-established case-law to the effect that, having regard to the absolute character of Article 3, the difficulties deriving from the increased inflow of migrants and asylum-seekers, in particular for States which form the external borders of the European Union, does not exonerate member States of the Council of Europe from their obligations under this provision". O ancora, lo stesso è stato sostenuto in relazione all'invocazione dell'interesse essenziale dello Stato alla sicurezza rispetto alla violazione dell'obbligo di *non-refoulement*, anch'esso di carattere assoluto e inderogabile (si vedano Comitato contro la tortura, *X v. Kazakhstan*, cit., par. 10.3: "The Committee takes note of the State party's argument [...] that, if released, [the complainant] would have posed a threat to the national security. Therefore, a decision was taken to extradite the complainant to the Russian Federation in accordance with the existing mutual assistance treaty. The Committee recalls that the non-refoulement principle codified in article 3 of the Convention is absolute"; Comitato contro la tortura, *D.I.S. v. Hungary*, cit., par. 9.2).

94 Paddeu, Waibel 2022: 178.

do cui uno Stato non può trarre vantaggio dai propri stessi errori.⁹⁵ Tuttavia, la giurisprudenza disponibile non aiuta a chiarire quando un contributo possa considerarsi sostanziale. Ad esempio, nel caso *Gabčíkovo-Nagymaros* la Corte internazionale di giustizia si è limitata ad affermare che l'Ungheria non avrebbe potuto invocare la necessità, anche ove questa fosse stata accertata, "as it had helped, by act or omissions to bring it about".⁹⁶ O ancora, nel caso *CSM* un tribunale arbitrale ha osservato che

government policies and their shortcomings significantly contributed to the crisis and the emergency and while exogenous factors did fuel additional difficulties they do not exempt the Respondent from its responsibility in the matter.⁹⁷

Inoltre, in alcuni casi è stato ritenuto sufficiente un qualsiasi contributo causale,⁹⁸ mentre in altri è stato richiesto che il contributo dello Stato fosse colpevole o negligente.⁹⁹

95 *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, cit., par. 353. Su tale principio si veda Fitzmaurice 1957: 117.

96 Corte internazionale di giustizia, *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, cit., par. 57.

97 *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, cit., par. 329.

98 *Impregilo Spa v. Argentine Republic*, cit., par. 356; *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, cit., par. 353: "This means that to an extent there has been a substantial contribution of the State to the situation of necessity and that it cannot be claimed that the burden falls entirely on exogenous factors"; *Enron Corporation and Ponderosa Assets LP v. Argentine Republic*, cit., par. 312: "This means that to an extent there has been a substantial contribution of the State to the situation of necessity and that it cannot be claimed that the burden falls entirely on exogenous factors. This has not been the making of a particular administration as it is a problem that had been compounding its effects for a decade, but still the State must answer as a whole".

99 *LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp, LG&E International Inc v. Argentine Republic*, cit., par. 256: "If there is fault by the State, the exception disappears, since in such case the causal relationship between the State's act and the damage caused is produced". Questo in quanto l'Argentina "shown a desire to slow down by all the means available the severity of the crisis"; *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic*, cit., parr. 710 s.: "The Tribunal observes that the crisis that led to the emergency measures was certainly caused by both external and internal factors. However, this is not sufficient to demonstrate that the Argentine Government made a contribution to the state of necessity of such a nature and importance that would preclude Respondent from

4. I principi costituzionali fondamentali costituiscono un interesse essenziale dello Stato?

A questo punto, risulta possibile chiedersi se la protezione di principi fondamentali o supremi delle Costituzioni nazionali possa essere invocata come un interesse essenziale dello Stato, nei termini sopra indicati. Bisogna tuttavia rilevare come sia la prassi statale (paragrafo 4.1) quanto la giurisprudenza internazionale (paragrafo 4.2) forniscono ben poche indicazioni al riguardo.

4.1. La tendenziale mancanza di prassi statale

In primo luogo, bisogna riconoscere che manca ad oggi qualsiasi esempio di prassi in cui uno Stato abbia espressamente invocato la necessità, per come sancita dall'art. 25 del Progetto di articoli, allo scopo di sostenere che la difesa di un proprio principio costituzionale fondamentale o supremo andasse qualificata in termini di tutela di un interesse essenziale dello Stato e, quindi, giustificata ai sensi del diritto internazionale consuetudinario.

Pur senza invocare espressamente l'art. 25, tuttavia, un approccio simile è stato proposto dal Tribunale di Firenze, nelle già citate pronunce gemelle del 6 luglio 2015, n. 2468 e 2469, che hanno fatto seguito sentenza n. 238 del 2014 della Corte costituzionale italiana. In quel caso, il giudice fiorentino si è mostrato consapevole del fatto che il rifiuto di riconoscere l'immunità giurisdizionale alla Germania avrebbe costituito una violazione del diritto internazionale (della norma sull'immunità giurisdizionale degli Stati, nonché dell'obbligo di esecuzione della pronuncia della Corte internazionale di giustizia resa contro l'Italia). Tuttavia, ha ritenuto che la condotta in questione dovesse ritenersi giustificata. Infatti, pur rilevando che "il conflitto oggetto del procedimento in esa-

invoking this defense. For such a demonstration to be successful, it should be shown that the Government's acts were such that they either were directed towards a crisis resulting in the emergency situation that the country experienced in early 2002, or at least of such a nature that the Government must have known that such crisis and emergency must have been the outcome of its economic and financial policy".

me implica il rischio per lo Stato italiano di commettere un illecito internazionale” ha comunque concluso nel senso di

ritenere minore, anche sul piano del diritto internazionale, il pregiudizio determinato dalla regressione dell'efficacia della consuetudine rispetto a quello determinato dal sacrificio della effettiva tutela (anche giurisdizionale) dei diritti fondamentali. [...] in definitiva il giudicante ritiene che il sacrificio dell'ordinamento internazionale con riferimento alla riconosciuta giurisdizione civile italiana per crimini nazisti commessi anche in Italia ad opera dei funzionari del Terzo Reich appare assai limitato rispetto a quello prodotto dalla negazione del diritto alla giurisdizione delle vittime di crimini contro l'umanità ad opera delle forze armate nazifasciste.¹⁰⁰

Dunque, sulla base di un ragionamento fondato sulla logica del male minore, che abbiamo visto caratterizzare l'esimente dalla necessità, il giudice fiorentino ha ritenuto che la condotta italiana dovesse ritenersi giustificata ai sensi dello stesso diritto internazionale. Realizzando un bilanciamento, esso ha ritenuto minore il pregiudizio causato all'interesse della Germania al riconoscimento della propria immunità rispetto a quello derivante dalla negazione del diritto alla riparazione in caso di gravi violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario. Nel prosieguo della pronuncia, inoltre, il Tribunale di Firenze ha espressamente invocato l'esimente della necessità, sia pur di diritto interno,¹⁰¹ per rigettare la domanda di manleva proposta dalla Germania nei confronti dell'Italia. Ed infatti, dopo aver fatto riferimento alla “necessità giuridica, imposta dalla Costituzione italiana, di negare l'immunità in ossequio ai principi supremi dell'ordinamento”, il giudice fiorentino ha affermato che detta esimente

100 Tribunale di Firenze, sentenze n. 2468 e 2469 del 6 luglio 2015.

101 Codice civile italiano, art. 2045: “Quando chi ha compiuto il fatto dannoso vi è stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona e il pericolo non è stato da lui volontariamente causato né era altrimenti evitabile, al danneggiato è dovuta un'indennità, la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice”.

trova, nel caso in esame, fondamento normativo interno nell'art. 2045 c.c., essendo l'Italia stata costretta a consumare l'illecito [...] dalla necessità di salvare il personalissimo diritto alla tutela, in via giurisdizionale, della dignità.¹⁰²

Come è stato osservato, nonostante l'idea di fondo “was not expressed in the clearest terms”, le pronunce in questione rinviano a quella tesi dottrinale secondo cui “the need to safeguard the fundamental values of its own legal order would amount to a state of necessity, and thus to a circumstance precluding wrongfulness”.¹⁰³

Altre pronunce già menzionate nel precedente capitolo, che pur non invocano espressamente la necessità, sembrano presentare alcune caratteristiche di fondo della logica che sottende alla stessa.

Ad esempio, essa sottende al ragionamento con cui la Corte costituzionale russa si è opposta all'attuazione di alcune sentenze della Corte europea dei diritti umani. In particolare, nella decisione del 14 luglio 2015, dopo aver ricordato che la ratifica di un trattato non implica la rinuncia alla sovranità russa al costo di sacrificare i principi fondamentali della Costituzione, la Corte costituzionale si è riservata il diritto, a titolo di eccezione, di non dare esecuzione a sentenze rese da tribunali internazionali “if this is the only way possible to avoid violations of fundamental principles and norms of the [Constitution]”.¹⁰⁴ Ancora una volta, emerge la logica del male minore sopra descritta, rispetto ad interessi (la sovranità e l'identità nazionale) che la Corte costituzionale ha ritenuto essenziali. E sia pur senza invocare la necessità, la Corte costituzionale ha ritenuto che la propria condotta fosse giustificata ai sensi del diritto internazionale. Questo in quanto ha affermato che il principio di sovranità e di non interferenza negli affari interni dello Stato siano norme di *ius cogens*, che in quanto tali prevalgono sui contrapposti ob-

102 Tribunale di Firenze, sentenze n. 2468 e 2469 del 6 luglio 2015, par. 4.6.

103 Amoroso 2019: 191 s.

104 Corte costituzionale russa, sentenza del 14 luglio 2015, cit., par. 2.2 (enfasi aggiunta).

blighi derivanti dalla CEDU.¹⁰⁵ Nella pronuncia del 19 aprile 2016, poi, la Corte costituzionale ha ritenuto che fosse impossibile dare esecuzione interna alla sentenza *Anchugov and Gladkov* della Corte europea, in quanto incompatibile con la Costituzione, il cui art. 32, par. 3, non riconosce il diritto di voto ai detenuti durante il periodo di applicazione della pena.¹⁰⁶ O ancora, nella sentenza del 19 gennaio 2017, ha sostenuto che era impossibile eseguire la pronuncia *Yukos*, in quanto incompatibile con la Costituzione. A prescindere dal fatto che nel caso concreto le altre condizioni per invocare con successo la necessità, per come disciplinata dal diritto internazionale, appaiono chiaramente mancanti,¹⁰⁷ l'approccio della Corte costituzionale russa sembra manifestare il convincimento secondo cui i principi fondamentali della Costituzione nazionale costituiscono interessi essenziali dello Stato, che quest'ultimo sarebbe legittimato a far prevalere rispetto ad obblighi internazionali incompatibili, qualora ciò sia l'unico modo per evitare una violazione della Costituzione.¹⁰⁸

Una logica simile sottende al ragionamento della Corte costituzionale polacca. Nella propria pronuncia del 10 marzo 2022, infatti, essa ha osservato come l'ingresso nell'ordina-

105 Ivi, par. 3.

106 Corte costituzionale russa, sentenza del 19 aprile 2016, cit., par. 3. Si veda anche il dispositivo, ai parr. 1 s.

107 Si vedano, ad esempio, Dzehtsiarou, Fontanelli 2018: 224, che rilevano come "it does not transpire from the judgment of the RCC that Russian constitutional system is actually threatened by the ECtHR's *Yukos* judgments to the extent necessary to clear the «impossible to execute» line. Even though the RCC mentioned a flurry of constitutional provisions variously relating to Russia's sovereignty, to raise the stake of the collision, the key legal ground of constitutional review used in this case was Article 57 of the Constitution, which simply sets the duty to pay taxes and the non-retroactivity of tax law. Article 57, taken alone, could hardly codify a core constitutional principle (the Constitution itself identifies only its first 16 articles as the core provisions); that is why to justify its resorting to putatively extreme measures the RCC had to somehow connect Article 57 with all these other provisions. More importantly, the mere fact of paying Strasbourg-ordered compensation, relating to some element of over-charging in tax assessment, cannot possibly undermine such hypothetical core value, let alone to a serious extent".

108 Si può ovviamente dubitare del fatto che, nel caso concreto, la Corte costituzionale russa abbia individuato un "truly fundamental principle" che, ai fini del nostro discorso, possa essere qualificato come interesse essenziale dello Stato. Sul punto, si veda Górski 2017: 158.

mento giuridico interno di norme internazionali in contrasto con i principi fondamentali della Costituzione nazionale “may destabilize the legal system and social life”.¹⁰⁹ Ne deriva che “[t]he only way to solve the above problem is that the Constitutional Law is to retain the legal responsibility for the legal basis and domestic effects of international courts’ decisions”.¹¹⁰ A detta della Corte costituzionale, ciò sarebbe accettabile per l’ordinamento internazionale, in quanto volto alla “constitutional protection of democratic self-determination”.¹¹¹ Anche rispetto a tale precedente, ci sembra che, pur senza espressamente menzionare la necessità, la Corte costituzionale polacca abbia evocato l’esistenza di un pericolo ritenuto grave – la destabilizzazione dell’ordinamento giuridico e della vita sociale per effetto dell’ingresso di norme incompatibili con la Costituzione – rispetto al quale ha ritenuto che l’unico mezzo disponibile per evitare la materializzazione di tale pericolo fosse impedire l’applicazione sul piano interno di tali norme internazionali e l’attuazione di sentenze internazionali.

O ancora, si pensi alla summenzionata sentenza della Sezione costituzionale della Corte suprema di giustizia del Venezuela, la quale ha sviluppato la dottrina del “constitutional green light”. In essa la Corte suprema ha sancito che l’indipendenza e la sovranità costituiscono diritti essenziali dello Stato¹¹² che, in quanto tali, non possono essere sacrificati di fronte ad obblighi internazionali con essi incompatibili.

Al di fuori della prassi giudiziaria, è interessante notare come nell’ambito delle controversie arbitrali relative alla crisi economica argentina del 2001-2002, l’Argentina abbia invocato la propria Costituzione per sostenere l’esistenza di uno stato di emergenza e di uno stato di necessità che, a suo parere, giustificava il mancato adempimento degli obbli-

109 Corte costituzionale polacca, sentenza del 10 marzo 2022, cit., par. 3.

110 Ibid (enfasi aggiunta).

111 Ibid.

112 Sezione costituzionale della Corte suprema di giustizia del Venezuela, sentenza del 15 luglio 2003, cit.: “The result of the foregoing is that, in principle, execution of the decisions of supranational courts cannot undermine the sovereignty of the country or the basic rights of the Republic”.

ghi sanciti nei rispettivi trattati bilaterali di investimento.¹¹³ Seppure, come vedremo, tali argomenti siano stati rigettati dai tribunali arbitrali competenti, si tratta comunque di un esempio di Stato che ritiene che la tutela dei propri interessi essenziali, per come definiti dall'esimente della necessità, faccia capo a quanto previsto dalla propria Costituzione.

In altri casi le dichiarazioni degli Stati nell'ambito delle proprie difese davanti a tribunali internazionali, pur non fondate in modo espresso sulla necessità, rinviando ad uno degli elementi della stessa, in particolare all'impossibilità, giuridica, di comportarsi in conformità all'obbligo internazionale in questione,¹¹⁴ e questo in ragione di un principio ritenuto fondamentale nell'ordinamento interno.

Si consideri come, in diversi casi, gli Stati hanno tentato di invocare il principio di separazione dei poteri per sostenere l'impossibilità di dare esecuzione ad un obbligo internazionale. Ad esempio, nel caso *Shamayev e altri* la Russia ha affermato di non poter dare attuazione all'obbligo, sancito dall'art. 38 CEDU, di cooperare con la Corte europea dei diritti umani permettendole di effettuare una missione *in loco* di accertamento dei fatti, in quanto a tale visita si era opposto un organo giudiziario, rispetto alla cui decisione il Governo

113 Si veda, ad esempio, *CMS Gas Transmission Company v. the Republic of Argentina*, cit., par. 307: "In support of its argument the Respondent invokes first the existence of necessity under Argentine law and its acceptance under the Constitution and the decisions of the courts"; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. the Argentine Republic*, cit., par. 291: "The Respondent explains that the Argentine Constitution provides for various kinds of emergency measures, including most prominently economic emergency, which in this case was declared by Congress, and that as a public act on emergency measure benefits from a presumption of legality, subject to constitutional control by the judiciary. The emergency legislation, the Respondent maintains, meets the requirements laid down by judicial decisions to the extent that there exists a state of necessity, the rules are aimed at attending to public interest, the remedy introduced is proportional to the emergency and its time frame is reasonable and related to the causes of the emergency. So too, the Respondent asserts, the measures enacted by the Government acting on powers delegated by Congress observe the legal requirements of emergency as provided under the Constitution"; *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, cit., par. 328.

114 Scalese 2008: 28.

non avrebbe potuto a sua volta opporsi.¹¹⁵ Per sua parte, il Belgio ha fatto riferimento al principio di separazione dei poteri per giustificare la mancata riapertura di un giudizio interno, cui si era impegnato mediante una dichiarazione unilaterale resa davanti alla Corte europea dei diritti umani.¹¹⁶ O ancora, il Venezuela ha sostenuto che fosse “impossible to execute” una sentenza della Corte interamericana in ragione del rifiuto della Corte suprema venezuelana di procedere in tal senso, e della connessa impossibilità per il Governo, determinata dal principio di separazione dei poteri, di superare tale ostacolo.¹¹⁷ Lo stesso è stato sostenuto dall’Argentina quando la propria Corte suprema ha rifiutato, con argomentazioni simili, di dare attuazione a una sentenza della Corte interamericana: in particolare, ha sostenuto che in virtù della separazione dei poteri la Corte suprema “es quien tiene que resolver este tema”, che il potere esecutivo “no puede [...] arrogarse funciones judiciales” e che, quindi, lo Stato “no tiene posibilidad de hacer nada más”, in quanto “no t[iene] herramientas de derecho interno que [le] permitan hacer algo diferente”.¹¹⁸ È evidente come, in violazione del principio di unità dello Stato ai fini della responsabilità internazionale, tale approccio tenti di individuare una sorta di immunità

115 Corte europea dei diritti umani, *Shamayev and others v. Georgia and Russia*, cit., par. 497: “Relying both on the refusals of the Stavropol Regional Court [...] and on domestic law [...], the Russian Government have argued since October 2003 that it would be impossible for the Court to carry out a fact-finding visit to Russia. [...] Conveying the reasoning of the Stavropol Regional Court, the Russian Government claimed that, as the executive branch, they could not interfere in the unfettered power of assessment of the facts enjoyed by that judicial body”.

116 Corte europea dei diritti umani, *Willems and Gorjon v. Belgium*, ricorsi n. 74209/16 e altri, sentenza del 21 settembre 2021, par. 57.

117 Corte interamericana dei diritti umani, *Apitz Barbera et al v. Venezuela*, ordinanza sul monitoraggio dell’esecuzione del 23 novembre 2012, par. 15: “the Venezuelan State, through its representative, wishes to inform [the Court] that for us, it is impossible to comply with the Judgment as regards operative paragraphs 16 and 17, because we already have a judgment which is self-explanatory”.

118 Corte interamericana dei diritti umani, *Fonteviechia e D’Amico v. Argentina*, ordinanza sul monitoraggio dell’esecuzione del 18 ottobre 2017, par. 8.

della Corte suprema argentina rispetto alla necessità di dare attuazione agli obblighi internazionali.¹¹⁹

L'elemento dell'impossibilità giuridica causata da un principio fondamentale dell'ordinamento interno emerge anche nel caso *Al Nashiri*, in cui la Polonia ha invocato l'interesse all'amministrazione della giustizia e il principio di indipendenza del potere giudiziario come giustificazione per la mancata trasmissione alla Corte europea dei diritti umani di documenti ritenuti classificati per motivi di sicurezza nazionale.¹²⁰ Pur avendo riconosciuto l'esistenza, ai sensi dell'art. 38 CEDU e della Costituzione polacca, di un "duty to fulfil, in good faith, the obligations imposed on the State as a subject of international law", il Governo polacco ha ritenuto che il quadro giuridico in materia di confidenzialità delle informazioni sottoposte alla Corte europea non avrebbe garantito la protezione dell'interesse invocato,¹²¹ e ha quindi ritenuto di trovarsi in una situazione di impossibilità di adempiere all'obbligo di *disclosure*.

Quanto agli esempi ora menzionati, è evidente che non si tratta di esprese invocazioni dello stato di necessità; ma

119 Losada Revol 2018: 492: "the Supreme Court decided that it is now the only Argentine organ that is detached from compliance with the InterAmerican Court decisions. Supreme Court judges may be scrutinized for committing human rights violations through its judgments, but they now enjoy a kind of immunity that prevents any adjustment or modification in those rulings. By invoking the character of final interpreters of the national Constitution, the Supreme Court can decide which rulings of the Inter-American Court it will accept or defy, ignoring the international responsibility that such decision can generate". Si veda anche Victor Gullco 2021: 341, secondo cui la sentenza costituisce "a dangerous example to countries that are considering defying and even leaving the System".

120 Corte europea dei diritti umani, *Al Nashiri v. Poland*, cit., par. 346: "The Government justified their failure to submit evidence and information requested by the Court by the fact that the criminal investigation into the applicant's allegations of ill-treatment and secret detention by the CIA in Poland was pending. For that reason, they explained, they were not in a position to address in detail the questions put to them by the Court on communication of the case or to produce the requested documents. In their view, the interests of the administration of justice required them to adhere strictly to the secrecy of the investigation and for that reason they could not submit to the Court all the requested information and documents. Indeed, by answering the Court's questions they might be seen as interfering with the competence of the prosecution and judicial authorities, which were independent of the Government".

121 Ivi, par. 348.

comunque tali dichiarazioni degli Stati potrebbero in qualche modo essere utilizzate per supportare l'idea che gli Stati ritengono minore il sacrificio derivante dalla mancata attuazione di un obbligo internazionale rispetto a quello causato dal mancato rispetto di un principio fondamentale dell'ordinamento interno.

4.2. Le poche indicazioni provenienti dalla giurisprudenza internazionale

Resta il fatto che tali posizioni non sembrano aver trovato accoglimento davanti ai tribunali internazionali che si sono pronunciati sulla questione, tranne che in unico caso.

Ad esempio, nel caso *Sempre* l'Argentina aveva invocato lo stato di necessità, per come previsto dalla propria Costituzione, per giustificare la violazione degli obblighi sanciti da un trattato bilaterale di investimento. Il tribunale arbitrale ha riscontrato che le condizioni previste dalla stessa giurisprudenza costituzionale argentina non erano state rispettate nel caso di specie e, quindi, ha concluso che l'argomento dell'Argentina non potesse essere accolto.¹²² Inoltre, l'Argentina ha sostenuto di avere un dovere di provvedere alla "institutional survival and preservation of the constitutional order" in ragione degli obblighi sanciti dalla CADU.¹²³ Tuttavia, il tribunale arbitrale ha escluso che la situazione fronteggiata dallo Stato costituisse un pericolo per la tenuta del sistema costituzionale.¹²⁴

Per sua parte, la Corte europea dei diritti umani non ha mai accolto difese fondate sull'impossibilità giuridica per uno Stato, derivante dall'applicazione dei principi fondamentali dell'ordinamento interno, di comportarsi in conformità a

¹²² *Sempre Energy International v. Argentine Republic*, cit., par. 330: "It follows that the very constitutional provisions which were subject to judicial control and which led to the definition of those conditions cannot be invoked to preclude a finding of wrongfulness as to the measures adopted if they do not comply with the conditions indicated".

¹²³ Ivi, par. 331.

¹²⁴ Ivi, par. 332: "the real issue in the instant case is whether the constitutional order and the survival of the State were imperiled by the crisis, or instead whether the Government still had many tools at its disposal to cope with the situation. The Tribunal believes that the constitutional order was not on the verge of collapse".

un obbligo internazionale sancito dalla CEDU. In particolare, essa ha nettamente e in termini perentori rigettato la difesa fondata sull'impossibilità derivante dal principio di separazione dei poteri. Ad esempio, nel caso *Shamayev e altri* ha replicato come segue a una tale difesa:

the Court wishes to reiterate, as clearly as possible, that it cannot have several national authorities or courts as interlocutors, and that it is only the liability of the Russian State as such – and not that of a domestic authority or body – that is in issue before it [...]. It is not therefore for the Court to assess the merits of the Stavropol Regional Court's refusals, on which the Russian Government seek to rely. Its examination is limited to the arguments presented before it by the Representative of the Russian Federation and the question of whether that State, a High Contracting Party to the Convention, has discharged its obligations under the provisions of that treaty.¹²⁵

Anzi, essa ha ritenuto che un tale argomento non fosse altro che un tentativo di svincolarsi dal dovere di cooperazione con la Corte cui tutti gli Stati, a prescindere dalla divisione interna dei poteri, sono tenuti.¹²⁶

Allo stesso modo, la Corte europea ha rigettato difese fondate sulla necessità di proteggere il principio di indipendenza della magistratura e la segretezza delle indagini interne come motivo per giustificare l'impossibilità di adempiere all'obbligo di fornirle i documenti necessari a prendere la propria decisione. Anche in questo caso, essa ha sottolineato come le regole di diritto interno non possono costituire una giustificazione per il mancato adempimento degli obblighi internazionali:

125 Corte europea dei diritti umani, *Shamayev and others v. Georgia and Russia*, cit., par. 498.

126 Ivi, par. 502: "In the Court's opinion, none of the grounds put forward by the Government was such as to release the Russian State, in its capacity as the respondent State, from its duty to cooperate with it in arriving at the truth [...] In addition, it considers that the Government's attempts to rely on the Regional Court's refusals amount to accepting that those refusals obstruct the functioning of the system of collective enforcement established by the Convention. In order to be effective, this system requires, on the contrary, cooperation with the Court by each of the Contracting States".

Nor can the Court accept the Government's plea that the domestic regulations on the secrecy of the investigation constituted a legal barrier to the discharge of their obligation to furnish evidence. As stated above, the respondent Government cannot refuse to comply with the Court's evidential request by relying on their national laws or domestic legal impediments [...]. Indeed, the obligation under Article 38 implies putting in place any such procedures as would be necessary for unhindered communication and exchange of documents with the Court [...]. The Court cannot have several national authorities or courts, or prosecutors at various levels, as interlocutors and it is only the responsibility of the Polish State as such – and not that of a domestic authority or body – that is in issue before it [...]. Consequently, it was incumbent on the respondent Government to ensure that the documents requested by the Court, and those later offered by them, be accordingly prepared by the prosecution authority and submitted either in their entirety or, as directed, at least in a redacted form, within the prescribed time-limit and in the manner indicated by the Court.¹²⁷

Sembra, quindi, che istanze fondate in un modo o nell'altro sulla necessità di conformarsi a principi fondamentali dell'ordinamento interno non trovano accoglimento da parte dei tribunali internazionali.

L'unico caso in cui un tribunale internazionale sembra aver dato rilevanza ai principi costituzionali nell'ambito della valutazione dello stato di necessità è, per quanto a conoscenza di chi scrive, il lodo reso da un tribunale arbitrale investitore-Stato nel caso *Urbaser*, relativo alla crisi economica argentina. La società ricorrente aveva una concessione per la fornitura di acqua potabile alla città di Buenos Aires, rispetto alla quale avevano inciso le misure di emergenza adottate dall'Argentina per fronteggiare la crisi, imponendo delle tariffe massime particolarmente basse. Nel difendersi di fronte al tribunale arbitrale, l'Argentina aveva sottolineato come “the rights of public service users gained constitutional sta-

127 Corte europea dei diritti umani, *Al Nashiri v. Poland*, cit., par. 373.

tus".¹²⁸ Già nel pronunciarsi sull'esistenza di una violazione dell'obbligo di trattamento equo e giusto, il tribunale arbitrale ha riconosciuto che gli interessi essenziali dello Stato, come protetti dalla propria Costituzione, devono essere presi in considerazione nel determinare il contenuto dell'obbligo in questione.¹²⁹ Successivamente, nell'esame relativo all'esistenza di uno stato di necessità ai sensi dell'art. 25 del Progetto di articoli, il tribunale arbitrale ha osservato che

the Government of Argentina and the Executive of the Province were under an obligation, based on Constitutional Law as well as on elementary policy of protecting the population's health, to preserve their access to drinking water.¹³⁰

Sembra, quindi, che il tribunale arbitrale abbia fatto riferimento alla natura costituzionale dell'interesse invocato dallo Stato per giustificarne la qualificazione come essenziale ai sensi della necessità.

5. Conclusioni

Resta da chiedersi se, allo stato attuale di evoluzione del diritto internazionale, sia possibile invocare nell'ambito della causa di esclusione dell'illecito della necessità i principi costituzionali fondamentali come interesse essenziale dello Stato, in grado di giustificare la violazione di un obbligo internazionale.

128 *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic*, cit., parr. 504 s.: "users of goods and services have the right to the protection of their health, safety and economic interests, and the authorities shall provide for the protection of said rights, including the control of quality and efficiency of public utilities. Therefore, the rights of public service users are directly protected by the Argentine Constitution, and profits made by utilities are expected to result from the efficient operation in market conditions, as well as to bear a relation to the economic interests of users".

129 Ivi, par. 622: "The investor may not invoke the protection of its own interests as a prevailing objective, because these interests were part of a legal environment also covering core interests of the host State, as protected by sources of law prevailing over the Contract, based on international or on constitutional law".

130 Ivi, par. 723.

Ora, si può osservare che, da un punto di vista strettamente teorico, nulla sembra escludere tale possibilità. Come dimostrato dal summenzionato caso *Urbaser*, i principi costituzionali verrebbero in tale ambito in rilievo come un *mero fatto*, idoneo a dimostrare il carattere essenziale dell'interesse da essi protetto, in conformità a un consolidato principio di diritto del processo internazionale, sancito dalla Corte permanente di giustizia internazionale nella sentenza del 25 agosto 1925.¹³¹

La natura assolutamente eccezionale della norma sulla necessità, tuttavia, renderebbe particolarmente complesso rispettare le altre condizioni stabilite dall'art. 25 del Progetto di articoli.

Un primo ostacolo consisterebbe nella dimostrazione dell'esistenza di un pericolo grave e imminente rispetto all'interesse essenziale invocato. Tale nozione, per come interpretata nella giurisprudenza sopra esaminata, sembra infatti riferirsi a una minaccia di natura fisica, tangibile: nei rari casi in cui la necessità è stata riconosciuta in relazione alla tutela dei diritti umani si trattava di reagire a minacce che mettevano fisicamente in pericolo la sopravvivenza della popolazione. Nel caso *Urbaser*, ad esempio, l'Argentina sosteneva che la popolazione si trovasse in una situazione di estrema vulnerabilità per ciò che concerne l'accesso all'acqua potabile.¹³² Tuttavia, la limitazione a un pericolo materiale (in quel caso, per la vita umana) è connaturata al *distress* di cui all'art. 24 del Progetto di articoli,¹³³ e nulla sembra escludere che l'art. 25 prenda in considerazione una gamma più ampia di pericoli, qualificati alla luce dell'interesse rilevante. Sempre dal punto di vista teorico, quindi, non sembra doversi escludere che altre tipologie di pericolo vengano in rilievo. Tuttavia, l'assenza di prassi e di giurisprudenza in tal senso rende estremamen-

131 Corte permanente di giustizia internazionale, *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, cit.

132 *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic*, cit., parr. 698 s. Si veda anche il par. 717, in cui la minaccia è stata riferita alla "economic, institutional and social disturbances suffered by the country and its population".

133 Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, cit., art. 24.

te difficile ipotizzare i casi in cui una tale difesa possa avere successo.

In secondo luogo, e anche ove si volesse interpretare in termini ampi la nozione di pericolo, il vero ostacolo consisterebbe nel dimostrare che la violazione dell'obbligo rappresentasse l'unico mezzo disponibile per proteggere l'interesse essenziale invocato. Se si prende come esempio la pronuncia del Tribunale di Firenze, che ha invocato la necessità rispetto al diniego dell'immunità alla Germania, è in astratto possibile ritenere che fossero disponibili altri mezzi, quale ad esempio la riapertura dei negoziati con la Germania, suggerita del resto nella pronuncia della Corte internazionale di giustizia alla cui attuazione l'Italia si è opposta.¹³⁴ Ed infatti, nell'art. 25 del Progetto di articoli "the word way [...] is not limited to unilateral action but may also comprise other forms of conduct available through cooperative action with other States".¹³⁵ O, addirittura, l'Italia avrebbe potuto precedere spontaneamente al pagamento delle riparazioni nei confronti delle vittime dei crimini nazisti,¹³⁶ (come, del resto, ha successivamente fatto), dato che, come già evidenziato, "the plea [of necessity] is excluded if there are other (otherwise lawful) means available, even if they may be more costly or less convenient".¹³⁷ Nel caso del giudizio fiorentino del 2015, ciò sarebbe stato possibile accogliendo la domanda di manleva proposta dalla Germania. È vero anche, tuttavia, che la risposta a tale questione varia a seconda di quale sia l'interesse che si intende proteggere. Se, nel caso qui preso ad esempio, lo scopo è garantire la tutela giurisdizionale della dignità umana (come ritenuto dal giudice fiorentino nelle sentenze gemelle sopra citate), in assenza di rimedi alternativi (negati dalla Germania), allora bisogna anche riconoscere che il mancato riconoscimento dell'immunità era l'unico mezzo disponibile per tutelare

134 Corte internazionale di giustizia, *Jurisdictional Immunities of the State*, cit., par. 104.

135 Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, cit., art. 25, commentario, par. 15.

136 Palchetti 2014: 47.

137 Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, cit., art. 25, commentario, par. 15.

quello specifico interesse essenziale, dello Stato e della comunità internazionale. Se invece l'interesse ultimo è quello delle vittime ad ottenere una riparazione, allora l'Italia aveva disposizione lo strumento alternativo, sebbene più costoso, di procedere essa stessa al pagamento, come è poi deciso di fare tramite l'istituzione del Fondo ristori per i crimini nazisti.

Ulteriori problemi deriverebbero dal requisito posto dalla clausola di salvaguardia, secondo cui lo Stato non deve aver contribuito a causare la situazione di necessità. Esso, infatti, tende ad essere applicato in modo particolarmente restrittivo da parte dei tribunali arbitrali.

Da ultimo, bisogna notare che il bilanciamento richiesto dall'art. 25 del Progetto di articoli sembra, in parte, a senso unico, nel senso per cui la norma propende, in linea di principio, a favore dell'interesse leso dalla condotta necessitata.

Nonostante tali numerose difficoltà, riteniamo, ancora una volta, che nulla escluda in linea di principio la possibilità di invocare i principi costituzionali fondamentali come interesse essenziale dello Stato ai sensi dell'art. 25 del Progetto di articoli. Un possibile banco di prova per tale difesa potrebbe proprio essere la nuova controversia tra Germania e Italia pendente davanti alla Corte internazionale di giustizia. Lo Stato italiano, infatti, potrebbe tentare di giustificare la reiterata violazione dell'immunità giurisdizionale della Germania, così come riconosciuta nella precedente sentenza sulla Corte internazionale di giustizia, sulla base della necessità di proteggere i principi fondamentali supremi che sanciscono il diritto di agire in giudizio al fine di tutelare i diritti fondamentali dell'individuo. L'inquadramento della questione nell'ambito dell'art. 25 richiederebbe alla Corte di realizzare quel bilanciamento che nel caso *Germania c. Italia* ha ritenuto di non poter compiere, avendo forzato la prassi per individuare una regola consuetudinaria asseritamente disciplinante il caso di specie. Nell'ambito della necessità, intesa come causa escludente l'illecito, invece, essa potrebbe realizzare esattamente quella valutazione in concreto tra, da un lato, il diritto sacrificato (l'immunità e il sottostante principio di sovranità) e, dall'altro, l'interesse alla tutela della dignità umana. Con ciò la Corte non starebbe ricavando una norma

non scritta sulla base di principi, in assenza di prassi, posto che l'eventuale

prevalenza dell'interesse essenziale [tutelato dalla condotta necessitata] non esprime [...] la superiorità di una corrispondente fattispecie astratta, risultando, viceversa, decretata in funzione di considerazioni etiche ed equitative, rapportate alle concrete esigenze della collettività.¹³⁸

Il giudizio di bilanciamento di cui all'art. 25, cioè, non produce una nuova regola né modifica la regola consuetudinaria suppostamente esistente. L'art. 25, espressamente, richiede che il giudice "must look at the situation as a whole and determine [...] what interest ought to prevail or, what is the same, what is the lesser of two evils",¹³⁹ prendendo in considerazione la gravità e irreparabilità del pregiudizio che deriva all'uno e all'altro interesse e gli sforzi compiuti dagli Stati per evitare la situazione di necessità. Restando nell'ambito dell'esempio dell'immunità, ci si scontrerebbe con l'importanza che il principio di sovranità riveste, tanto per lo Stato leso, quanto per la comunità internazionale nel suo complesso. Ma il giudizio di proporzionalità che il bilanciamento richiede potrebbe mostrare che sarebbe tanto più grave il pregiudizio reso alla dignità umana rispetto alla negazione dell'immunità, almeno nel caso concreto.

138 Scalese 2008: 117.

139 Paddeu 2018: 417.

CAPITOLO 3

LA RISOLUZIONE DEL CONFLITTO SUL PIANO DEL DIRITTO INTERNAZIONALE TRAMITE IL BILANCIAMENTO

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Le teorie sull'internazionalizzazione del conflitto tra ordinamento internazionale e ordinamenti interni. 3. Il bilanciamento come tecnica di soluzione dei conflitti normativi. 3.1. Origine storica. 3.2. Inquadramento teorico. 4. La distinzione tra prospettiva costituzionalista e prospettiva internazionalista. 4.1. L'approccio costituzionalista fondato sulla tutela di valori meramente interni. 4.2. L'approccio internazionalista volto alla tutela di valori condivisi dalla comunità internazionale. 5. La posizione dei tribunali internazionali. 5.1. Il netto rigetto dell'approccio costituzionalista. 5.2. La tendenziale indifferenza rispetto all'approccio internazionalista. 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Come si è visto, entrambe le strade che tentano di risolvere il problema del conflitto tra obblighi internazionali e principi costituzionali fondamentali o supremi tramite il ricorso a norme secondarie – una specifica clausola di esclusione dell'illecito che sancisca l'invocabilità dei principi costituzionali, o l'inquadramento della questione nell'ambito dell'esimente consuetudinaria della necessità – sembrano, allo stato attuale di evoluzione dell'ordinamento internazionale, sbarrate dall'assenza di prassi sufficiente.

Resta, allora, un unico possibile sentiero che, invece di fondarsi sull'applicazione di una norma secondaria, faccia riferimento alle *n o r m e p r i m a r i e* (di diritto internazionale) che vengono a trovarsi in concreto in contrasto tra loro laddove un tale conflitto emerga. È stato infatti sostenuto che la questione andrebbe risolta per il tramite della tecnica del bilanciamento, che prende in considerazione la sostanza delle rispettive norme e il valore che deve essere loro attribuito nel caso concreto. In particolare, secondo Peters:

conflicts between international law and constitutional law should be resolved by balancing in the concrete case, not on the case of a normative hierarchy or the norms' expression in international law as opposed to

domestic law. Less attention should be paid to the formal sources of law, and more to the substance of the rule in question. The raking and effects if the norms at stake should be assessed in a more subtle manner, according to their substantial weight and significance. Such a non-formalist, substance-oriented perspective implies that on the one hand certain less significant provisions in state constitutions would have to give way to important norms. Inversely, fundamental rights guarantees should prevail over less important norms. [...] Such a flexible approach appears to correspond better with the current state of global legal integration than does the idea of a strict hierarchy, particularly in human rights matters. From this perspective, international law, constitutional law, and other states' constitutional law, too, find themselves in a fluent state of interaction and reciprocal influence, based on a discourse and mutual adaptation, but not in a hierarchical relationship.¹

Se si riesamina la prassi citata sopra alla luce di tale osservazione, può notarsi una continua tensione che emerge nelle pronunce dei giudici interni tra una prospettiva *c o s t i t u z i o n a l i s t a* – che si fonda su una netta distinzione tra ordinamento interno e ordinamento internazionale, e sulla asserita prevalenza, sul piano interno, del diritto costituzionale o quanto meno dei principi costituzionali fondamentali o supremi sul diritto internazionale – e una prospettiva *i n t e r n a z i o n a l i s t a*, che tenti di conciliare principi e valori che, in ultima analisi, sono condivisi e protetti tanto dal diritto internazionale quanto dalle Costituzioni nazionali e provi a fornire degli argomenti sul perché la condotta debba ritenersi accettabile e legittima anche per l'ordinamento internazionale. La prima tende ad esaminare la questione adottando come punto di vista quello di una netta distinzione tra l'ordinamento interno e l'ordinamento internazionale,

1 Peters 2014. Si veda anche Iovane 2012: 615: “domestic courts have applied other hermeneutical devices typical of a constitutional approach, such as balancing or proportionality, to reconcile conflicts between divergent interests equally protected under international law, or to solve conflicts between international and domestic law”.

tale per cui ciascuno prevale nella propria rispettiva sfera.² Come si è visto, però, essa non risulta, almeno allo stato attuale, in grado di scalfire il principio di supremazia del diritto internazionale e la connessa impossibilità di invocare il diritto interno per giustificare violazioni degli obblighi internazionali. Allora, invece che esaminare la questione come conflitto tra ordinamenti, interni e internazionale, è possibile provare a percorrere un'altra strada, nell'ambito della quale il conflitto sia trasposto al piano dell'ordinamento internazionale e risolto alla luce dei principi e valori in esso vigenti.

Nel presente capitolo, dopo aver analizzato le teorie che propongono di esaminare e risolvere il conflitto tra obblighi internazionali e principi costituzionali come conflitto tra interessi e valori propri dello stesso diritto internazionale (paragrafo 2), ed aver ricostruito la tecnica che tali teorie propongono di utilizzare, segnatamente quella del bilanciamento (paragrafo 3), la prassi di cui sopra sarà riesaminata alla luce della distinzione appena tracciata tra prospettiva costituzionalista e prospettiva internazionalista (paragrafo 4). Dopo aver mostrato come per il momento anche tale approccio sembra escluso dalla giurisprudenza dei tribunali internazionali (paragrafo 5), si tenterà di formulare alcune osservazioni in merito ai possibili futuri sviluppi (paragrafo 6).

2. Le teorie sull'internazionalizzazione del conflitto tra ordinamento internazionale e ordinamenti interni

Come si è anticipato, secondo una parte autorevole della dottrina internazionalista la problematica esaminata nella presente opera non dovrebbe essere risolta, come abbiamo tentato di fare nei capitoli precedenti, sostenendo l'esistenza

2 Bufalini 2021: 704: "la prospettiva costituzionalista [...] dei giudici interni tende ad ignorare la dimensione (anche o soprattutto) internazionale del conflitto normativo in atto. La tensione tra l'obbligo di rispettare le regole internazionali in materia di immunità dello Stato e quello di garantire la massima tutela ai diritti fondamentali (e, in particolare, del diritto di accesso al giudice) difficilmente può essere risolta attraverso l'affermazione di una prevalenza gerarchica di un ordinamento sull'altro o sottolineando la pretesa autonomia degli stessi, ma dovrebbe forse trovare in altre tecniche di coordinamento – e in particolare in quella del bilanciamento tra valori e interessi – un proprio punto di equilibrio".

di un'eccezione al divieto di invocare il diritto interno per giustificare la commissione di un illecito internazionale.

Invece che negarlo o aggirarlo, tale dottrina propone di adottare una concezione *sostanziale e funzionale* del principio di supremazia del diritto internazionale,³ tale per cui esso non verrebbe in gioco laddove i principi costituzionali che vengono invocati dallo Stato per non adempiere a un proprio obbligo internazionale coincidano con, o tutelino valori cristallizzati in, norme di diritto internazionale. Ne deriverebbe che “the State must be entitled to favour and follow the formulations of its own law, broadly concordant with its international obligations, without this giving rise to a breach of international law”.⁴ La non conformità della condotta dello Stato all'obbligo internazionale sarebbe ammissibile, nel senso di legittima per il diritto internazionale, quando finalizzata a dare attuazione di un valore che lo stesso ordinamento internazionale ritiene meritevole di tutela. Il principio del primato o della supremazia sarebbe, pertanto, limitato dal contenuto (dalla legittimità, non solo formale ma anche sostanziale) della norma internazionale di volta in volta rilevante. La condotta degli Stati che violi un obbligo internazionale che nel caso concreto contrasta con i valori dell'ordinamento internazionale, invece che concretizzare una minaccia ingiustificata al principio di supremazia del diritto internazionale, sarebbe intesa a preservare la legalità dell'ordinamento tanto interno quanto internazionale. Quando una questione sia ampiamente disciplinata in modo convergente da stru-

3 Nollkaemper 2010: 27: “It is in respect to those domestic values that correspond to international law that, at the domestic level, the supremacy of international law does not need to be understood as blind formalism, but can be construed in substantive terms. It cannot be presumed; it has to be earned on substance. The strength and persuasive power of the principle of supremacy at the domestic level depends on its ability to conform to rule of law requirements and to the values that international law itself proclaims”; Beth Harris 2018: 452: “we have to disentangle the formal aspect of this ideal – international legal supremacy, monism – from its substantive human rights content. Which locus of power – the international or national – ought to prevail, because it is best equipped to serve peace, security, justice and human rights, is not a given. Whether or not the commands issuing from the international realm deserve our states’ allegiance may or must ultimately depend upon what policies and protections they would yield”.

4 Bethlehem 2016.

menti normativi tanto interni quanto internazionali, gli Stati dovrebbero tentare di perseguire una coerenza tra questi, permettendone l'applicazione congiunta. Ciò che rileva è il contenuto delle norme e non la fonte di provenienza dell'obbligo. Dovrebbero quindi escludersi valutazioni meramente formali, relative alla fonte, nazionale o internazionale, dell'obbligo che prevale. Secondo tale approccio sarebbe, infatti, arbitrario che un giudice internazionale condannasse uno Stato per aver violato una norma di diritto internazionale allo scopo di dare applicazione ad una norma interna che, in sostanza, riproduce il contenuto intrinseco di altra norma internazionale.

Secondo Nollkaemper, ad esempio, quando si esamina il tema della possibilità di invocare il diritto interno o costituzionale per giustificare la violazione di un obbligo internazionale, bisogna considerare che “[d]ecisions to refrain from giving effect in domestic legal orders to international law may be based on rules of domestic law that conform to or give effect to another norm of international law”.⁵ Al fine di valutare la legittimità, per il diritto internazionale, della invocazione dei principi costituzionali come giustificazione per la violazione di un obbligo internazionale dovrebbe dunque tracciarsi una distinzione: da un lato vi sarebbero quelle pronunce, che sarebbero accettabili (vedremo poi se ed in che termini) per il diritto internazionale, che invocano principi costituzionali conformi a dei valori protetti dall'ordinamento internazionale e, dall'altro lato, quelle che, invece, invocano altre giustificazioni meramente basate sul diritto interno e su valori e interessi propri di quest'ultimo.⁶ Laddove sia identificabile un “substantive overlap between international law and domestic law and a commonality of constitutional val-

5 Nollkaemper 2010: 76.

6 Nollkaemper 2011: 25 s.: “a distinction should be drawn between attempts to prioritize domestic law that conforms to international obligations and other justifications for non-performance of an obligations. The hard core, and a relatively safe common ground, would seem to exist of international human rights law. Indeed, the cases cited above (Görgülü, IPDRI and Kadi) all revolve around human rights. [...] There thus may be reciprocity between, on the one hand, states' acceptance of domestic supremacy for fundamental human rights and, on the other hand, the acceptance by international law that states may restrict the application of international law where that would violate such fundamental human rights”.

ues at the international and the domestic level”,⁷ la questione non andrebbe esaminata nei termini di un conflitto tra ordinamento interno e internazionale, ma come conflitto tra norme internazionali.⁸

Tale fenomeno di corrispondenza tra principi costituzionali e norme internazionali sarebbe, nel diritto internazionale contemporaneo, sempre più frequente,⁹ in virtù di quello che Tzanakopoulos ha definito un processo di internalizzazione delle norme internazionali e di internazionalizzazione delle norme interne.¹⁰ Si è già detto, infatti, che a partire dal termine della Seconda guerra mondiale l’ordinamento internazionale ha cominciato in misura sempre maggiore a disciplinare materie prima rientranti nel dominio riservato degli Stati tra cui, in particolare, la tutela dei diritti umani. Pertanto, tali norme dovrebbero essere messe in relazione con quelle ‘tradizionali’ del diritto internazionale, poste a tutela della sovranità statale.¹¹ L’attuale relazione tra diritto interno e diritto internazionale assumerebbe, pertanto, una configurazione osmotica, nel senso che ciascuno si arricchisce costantemente di norme e valori dell’altro senza che, in numerosi casi, sia possibile identificare propriamente se la norma applicata appartiene all’uno o all’altro ordinamento. Secondo l’autore sarebbero quindi identificabili delle *norme consustanziali*, ossia norme che esistono con un

7 Nollkaemper 2010: 25.

8 Nollkaemper 2010: 30: “If the reason for non-observance is a rule of domestic law that conforms to an international obligation, the conflict is not between international law and domestic law but between a (possible) international determination of how a conflict between two obligations should be resolved and a domestic determination of how such a conflict should be resolved”.

9 Malenovsky 2017: 292: “Les ordres juridiques international et interne se chevauchent en partie”; Peters 2009: 174 parla di “constitutional convergence” tra ordinamenti interni e internazionale; Beth Harris 2018: 462; Calvano 2016: 17.

10 Tzanakopoulos 2011: 136. Si veda anche Breuer 2019: 9, sulla “internationalisation of domestic values”.

11 Si vedano, tra le tante opinioni al riguardo, Corte internazionale di giustizia, *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, sentenza del 9 aprile 1949, Opinione separata del giudice Alvarez, 40; Corte internazionale di giustizia, *Anglo-Norwegian Fisheries (United Kingdom v. Norway)*, sentenza del 18 dicembre 1951, Opinione separata del giudice Alvarez, 147.

contenuto pressoché identico tanto nell'ordinamento internazionale quanto negli ordinamenti interni:

even pre-existing domestic law may happen to coincide, in substance, with international norms, and thus result in the application of international law domestically in a more or less «unconscious» manner (referred to in this article as «deeply internationalized» or «consubstantial» norms; originally a theological term, «consustantiality» denotes that which is «regarded as identical in substance and essence» with something else, «though different in aspect»). Examples of such «deeply internationalized», or «consustantial» – if still domestic – rules could be constitutional rights that in substance reflect internationally protected rights, or more generally domestic rules that are in substance reflective of an existing international rule [...].¹²

Dunque, sono consustanziali quelle norme che esistono in termini sostanziali (ossia con un contenuto pressoché analogo) tanto nel diritto interno che nel diritto internazionale, come ad esempio le norme in materia di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo.¹³

E allora, tale fenomeno di convergenza tra il contenuto tra il diritto interno e quello del diritto internazionale¹⁴ non potrebbe restare senza conseguenze nel momento in cui si prendano in considerazione i rapporti tra ordinamenti.¹⁵ Si è detto, infatti, che il principio di supremazia del diritto internazionale sul diritto interno risale a un periodo storico in cui gli ordinamenti interni e internazionale erano rigidamente divisi, ciascuno disciplinando settori e questioni che per l'altro erano tendenzialmente irrilevanti.¹⁶ Da tale rigida divisione derivava che le materie rientranti nell'ambito del diritto internazionale fossero strettamente riservate allo stesso, e che

¹² Tzanakopoulos 2011: 143.

¹³ Ryngaert 2018: 1148.

¹⁴ Iovane 2012: 616.

¹⁵ Facchinetti 2018: 8; Beth Harris 2018: 462.

¹⁶ All'epoca effettivamente, come sosteneva Triepel, il diritto interno e il diritto internazionale erano due cerchi che non si incrociavano mai, ma al massimo si toccavano. Sul dualismo triepeliano si veda, più ampiamente, Kirchmair 2016.

di conseguenza quanto prodotto in quell'ordinamento, poiché di sua esclusiva competenza, dovesse imporsi in quanto tale negli ordinamenti interni. Tuttavia, nel momento in cui l'ordinamento internazionale si espande e disciplina materie tradizionalmente riservate agli ordinamenti interni – come, appunto, quella dei diritti fondamentali dell'individuo – e viene a prodursi una sovrapposizione tra i due, la netta distinzione su cui si fonda il principio di supremazia e la connessa impossibilità di invocare il diritto interno per giustificare il mancato adempimento di obblighi internazionali dovrebbe, secondo tale parte della dottrina, venire meno. I due cerchi, diritto interno e diritto internazionale, adesso si intersecano, e all'interno dell'intersezione si situano tutte quelle norme che sono condivise, almeno nella sostanza, tanto dall'ordinamento interno che da quello internazionale, di modo che risulta impossibile determinare quali dei due debba prevalere sulla base di una mera impostazione di tipo gerarchico.

Sempre secondo tale parte della dottrina, laddove si verifici questo fenomeno di sovrapposizione sostanziale tra diritto interno e internazionale, il giudice interno che si trovi a risolvere un conflitto tra un obbligo internazionale e un principio costituzionale che riproduce il contenuto di una norma di diritto internazionale starebbe, in sostanza, risolvendo un conflitto tra due norme di diritto internazionale.¹⁷ Nel far ciò, esso agirebbe, in modo inconscio, come organo della comunità internazionale nel suo complesso.¹⁸ Tale affermazione

17 Facchinetti 2018: 8 s.: "The main consequence of constitutional convergence is that the contrast between domestic and international law is only apparent [...] because both rules at stake [...] belong to international law. Therefore, when domestic courts activate «counter-limits» by invoking internationally shared fundamental principles of law, the apparent contrast between national and international law must be redefined in terms of inconsistencies inherent to the international legal system"; Calvano 2016: 17.

18 Cataldi 2015: 47: "Quando i principi fondamentali dell'ordinamento statale garantiti dal controllo delle Corti supreme nazionali corrispondono anche al «comune sentire» della Comunità internazionale, queste Corti svolgono anche un ruolo al servizio dell'ordinamento internazionale. Sostanzialmente, in questo caso, le Corti nazionali difendono il diritto internazionale da ... sé stesso! Questa è la differenza, in termini di legittimità sul piano internazionale, tra le ipotesi di difesa di valori non generalmente condivisi (pensiamo all'esempio [...] della difesa di principi religiosi nazionali di stampo «fondamentalista») e l'ipotesi che invece ci occupa [...]. Ciò che è decisivo è pertanto la connessione tra valori domestici fondamentali e va-

rinvia alla teoria di Scelle sul *dédoublement fonctionnel*, secondo cui i giudici interni, nel momento in cui interpretano e applicano il diritto internazionale, opererebbero contemporaneamente quali organi del proprio Stato e quali organi giurisdizionali della comunità internazionale nel suo complesso.¹⁹ Questo a condizione che lo si faccia alla luce di una precisazione di Cassese, secondo cui per stabilire se e quando degli organi interni agiscano, da un punto di vista sostanziale e funzionale, come organi della comunità internazionale, non sarebbe sufficiente considerare la natura e sostanza dell'atto compiuto, in quanto

what matters is to enquire into when and why they promote meta-national values or long-term, communal objectives [...] or instead take action for the exclusive purpose of safeguarding national (or short-term, self-centered) interests.²⁰

È quindi possibile individuare un metodo per stabilire i casi in cui il giudice interno opera come organo della comunità internazionale nel suo complesso. A tal fine, sarebbe necessario distinguere, utilizzando una estrema semplificazione della classificazione già proposta da Pedersen, tra giudici interni che adottano un paradigma internista o sovranista (quello che abbiamo definito sopra come approccio costituzionalista) e quelli che adottano invece un paradigma internazionalista pur nell'invocazione di principi costituzionali.²¹ Opererebbero come organi della comunità internazionale nel suo complesso quei giudici interni che non si limitano a tutelare interessi o valori propri del loro ordinamento interno, che ma che ragionano in termini di interessi e valori dell'ordinamento internazionale.

Sarebbe da questa prospettiva che devono essere guardate le strategie di alcuni giudici interni di *reasonable resistance* rispetto a obblighi internazionali che essi ritengono incompatibili con i principi costituzionali fondamentali o su-

lori internazionalmente riconosciuti; se questa «connessione» è presente, la valutazione è legittima anche dal punto di vista del diritto internazionale".

19 Tams 2011.

20 Cassese 1990: 219.

21 Petersen 2012: 228.

premi posti a tutela dei diritti umani fondamentali.²² Qualora i principi costituzionali invocati siano largamente corrispondenti a interessi e valori protetti da norme di diritto internazionale, tali strategie costituirebbero una conferma, e non una negazione, del principio di supremazia del diritto internazionale, in quanto avrebbero lo scopo di risolvere un conflitto che emerge sul piano dello stesso diritto internazionale.²³ In questo caso, il principio di supremazia potrebbe subire un'attenuazione, a condizione che il giudice interno individui chiaramente il principio costituzionale che intenda tutelare e giustifichi in modo coerente perché la soluzione raggiunta debba considerarsi accettabile anche sul piano dello stesso diritto internazionale.²⁴ Ove tali condizioni siano rispettate, sarebbe il diritto internazionale, per garantire la propria coerenza interna, a legittimare (e quindi a considerare lecita) una restrizione nell'applicazione a livello domestico di una propria norma, quando la condotta sia finalizzata a dare attuazione ad altro obbligo previsto nello stesso ordinamento.²⁵ E questo senza formalmente mettere in discus-

- 22 Palombino 2015: 504 e 527: "by identifying some common and strict parameters [...] recourse to counter-limits would be more tolerable also from the standpoint of international law." Si veda anche Breuer 2019: 18, che invoca il concetto di "principled resistance", inteso come opposizione di un giudice interno a una norma internazionale (o a una pronuncia di un tribunale internazionale) in quanto ritenuta erronea "as a matter of principle", dunque per ragioni di giustizia sostanziale e non sulla base della mera (ritenuta) prevalenza gerarchica del diritto interno sul diritto internazionale.
- 23 Beth Harris 2018: 460. L'autrice parla di "civil disobedience that could serve in the end to reinforce an integrated international law. According to this theory of international civil disobedience, a violation of specific international law commands, in service to its own higher law of universal humanitarian values, may be ultimately justifiable from the perspective of a coherent international law itself. We can reframe the core conflict in such cases as one between two international norms, rather than a conflict between international and domestic law. This means that internationally disobedient states, resisting international law in the name of fundamental rights, may also be able to justify themselves in terms of international law".
- 24 Palombino 2019: 211.
- 25 Si vedano, ad esempio, Dzehtsiarou, Fontanelli 2018: 320, secondo cui "[a]lthough the reasons for non-enforcement [of an international judgment] do not matter from the legal point of view, they may add some legitimacy to the State's resistance".

sione in principio di supremazia del diritto internazionale sul diritto interno.²⁶

Ed infatti, laddove sussista un conflitto tra norme, e questo conflitto sia risolto sulla base dei criteri a ciò predisposti, uno Stato non potrebbe essere ritenuto internazionalmente responsabile per aver rispettato, nel caso di specie, l'obbligo ritenuto prevalente, a scapito di quello soccombente. Come affermato da Milanovic:

for a genuine conflict to be truly resolved it is necessary not only for one norm to have priority, but also for the wrongfulness on the part of the state for failing to abide by the displaced norm to be precluded as a matter of state responsibility. It is only if the state bears no legal cost for disregarding one of its commitments in favor of another that a norm conflict has truly been resolved.²⁷

Pertanto, allo scopo di determinare se tale effetto si verifica in concreto, è necessario chiarire quale sia il corretto metodo di risoluzione del conflitto tra norme di diritto internazionale cui si debba fare ricorso nel caso in cui un tale conflitto emerga.

3. Il bilanciamento come tecnica di soluzione dei conflitti normativi

Una volta spostato il conflitto sul piano del diritto internazionale, la questione va esaminata alla luce degli strumenti di soluzione dei conflitti normativi tipici di tale ordinamento. Sarebbe infatti necessario comparare due norme internazionali che entrano in conflitto e determinare quale debba prevalere alla luce delle circostanze del caso di specie. Secondo la dottrina citata, tale operazione andrebbe realizzata prendendo in considerazione gli interessi e valori protetti dalle ri-

26 Breuer 2019: 11: "The advantage of this approach is obvious: by shifting the conflict from the domestic-international relationship to the international level as such, it avoids detracting from the supremacy principle which, as a result, remains intact. In this sense, it is not an «exception» to the supremacy principle".

27 Milanovic 2009: 73 s.

spettive norme, bilanciandoli tra loro per determinare quale debba prevalere nel caso concreto.

Prima di esaminare se e come l'approccio sopra descritto trova riscontro nella prassi, risulta allora utile chiarire le caratteristiche essenziali della tecnica del bilanciamento e il ruolo della stessa nell'ambito del diritto internazionale. In termini estremamente generali, può dirsi che il bilanciamento è una tecnica giudiziaria volta a risolvere conflitti tra due o più valori, interessi giuridici o principi, fondata su un approccio di carattere argomentativo e ponderativo.²⁸ Il giudice, nel risolvere tali conflitti, scompone la questione da decidere in termini di contrasto tra principi o valori e, alla luce delle circostanze del caso concreto, determina il giusto equilibrio che sussiste tra i medesimi.²⁹ Il risultato può essere duplice: in alcuni casi, uno dei principi o valori prevale interamente sull'altro, mentre in altri casi viene determinato un equilibrio che prenda adeguatamente in considerazione i principi o valori contrapposti. Si tratta di un metodo giudiziario che tenta di conferire una giustificazione giuridica a decisioni di carattere fortemente etico-valoriale e che, dunque, ha lo scopo di prevenire l'arbitrio giudiziario.³⁰

La *ratio* della tecnica del bilanciamento riposa, in ultima analisi, sul principio di proporzionalità in senso ampio, secondo cui "a State act must be a rational and reasonable exercise of means towards achieving a permissible goal, without unduly encroaching on protected rights of either the individual or another State"³¹ o della comunità internazionale nel suo complesso. Tale definizione include i principi di ragionevolezza, idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto, i quali, come si vedrà più avanti, influenzano l'ampiezza e l'intensità della revisione giudiziaria realizzata sulla base di tale tecnica.³² In senso più specifico, il bilanciamento costituisce l'ultima fase del giudizio di proporzionalità, volto a mettere in relazione il peso relativo degli interessi contrapposti e a realizzare un'analisi costi-benefici della restrizione dell'uno

28 Pino 2014: 541.

29 De Sena, Acconciamezza 2021: par. 1.

30 Stone Sweet, Mathews 2008: 87 s.

31 Crawford, 2011: par. 1.

32 De Sena, Acconciamezza 2021: par. 2.

o dell'altro.³³ In generale, il bilanciamento costituisce uno strumento appropriato per interpretare e applicare norme dal contenuto ampio, flessibile e indeterminato, nonché assiologico-valoriale, le quali abbiano struttura di principio. Di conseguenza, esso è stato applicato in diversi ambiti caratterizzati da tale tipologia di norme, come il diritto costituzionale di numerosissimi Stati della comunità internazionale, il diritto internazionale dei diritti umani, il diritto del commercio internazionale, il diritto internazionale degli investimenti e il diritto dell'Unione europea.³⁴

Poste tali premesse di carattere generale, dopo aver ricostruito brevemente le origini storiche della tecnica del bilanciamento (paragrafo 3.1), se ne inquadreranno le caratteristiche fondamentali da una prospettiva teorica (paragrafo 3.2).

3.1. Origine storica

In dottrina è piuttosto comune fare riferimento a proporzionalità e bilanciamento come sinonimi. Tuttavia, da una prospettiva storica tali concetti hanno origini diverse. Ne deriva che secondo alcuni essi andrebbero nettamente distinti,³⁵ mentre secondo altri vi sarebbe stato un fenomeno di graduale convergenza al punto che non sarebbe più possibile distinguerli da un punto di vista analitico.³⁶ Si sostiene qui l'idea che, nonostante le diverse origini storiche (europea per la proporzionalità, statunitense per il bilanciamento), sussiste una stretta connessione tra proporzionalità e bilanciamento tanto in teoria generale del diritto quanto nell'applicazione pratica che ne venga fatta da parte dei tribunali, nazionali e internazionali.³⁷ In ogni caso, è opportuno ricostruire brevemente tali diverse origini.

Il giudizio di proporzionalità è stato sviluppato in Prussia come strumento per valutare la legittimità di misure statali che interferiscono con il godimento di diritti individuali. Esso trova la sua prima base normativa nell'art. 10, par. 2, del Codi-

33 Kleinlein 2011: 1149.

34 De Sena, Acconciamezza 2021: par. 3.

35 Bomhoff 2008: 558.

36 Cohen-Eliya, Porat 2010: 270.

37 De Sena, Acconciamezza 2021: par. 5.

ce generale prussiano del 1974 ed è stato applicato originariamente nell'ambito del diritto amministrativo, sostenendo che le autorità di polizia (intese, in senso ampio, come autorità pubbliche), nel perseguimento di scopi di interesse generale e collettivo, erano tenute a scegliere le misure meno restrittive possibili dei diritti individuali. Tale idea trovava il proprio fondamento teorico nel pensiero della Scuola del diritto naturale propria dell'Illuminismo, secondo cui i diritti individuali preesistono allo Stato e possono essere limitati esclusivamente nel perseguimento di interessi pubblici o collettivi. Successivamente, con l'entrata in vigore della Legge fondamentale tedesca del 1949, che ha sancito un catalogo di diritti fondamentali, il giudizio di proporzionalità è stato progressivamente recepito nella giurisprudenza costituzionale della Corte costituzionale federale tedesca, che ha espressamente riconosciuto che esso costituisce un principio generale, e ha fondato l'idea secondo cui le misure statali devono incidere nel minor grado possibile sui diritti individuali, possono farlo solo sulla base di ragioni sufficienti a giustificare la limitazione, e solo laddove il beneficio derivante dalla limitazione sia comparativamente maggiore rispetto alla limitazione stessa.³⁸ A partire dall'esperienza tedesca, in cui esso è considerato un metodo formalistico di applicazione del diritto,³⁹ il giudizio di proporzionalità è stato recepito nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti umani, e da lì incorporata nel diritto amministrativo e costituzionale di numerosi Stati europei; tale esempio è stato poi recepito in Europa centrale e dell'Est, in Asia e nell'America del Sud,⁴⁰ fino a sistemi di *common law* come il Canada, la Nuova Zelanda, il Sudafrica, Israele e il Regno Unito.⁴¹

La tecnica del bilanciamento degli interessi si è invece sviluppata nella giurisprudenza statunitense, originariamente nel diritto privato e poi nel diritto costituzionale, come tecnica antiformalistica di applicazione del diritto,⁴² secondo

38 Stone Sweet, Mathews 2008: 105.

39 Cohen-Eliya, Porat 2010: 274.

40 Barak 2012: 199.

41 Stone Sweet, Mathews 2008: 148 s.

42 Aleinikoff 1987.

cui i giudici devono “eschew the application of formal rules” e, invece, devono bilanciare gli interessi contrapposti, sia delle parti che della società nel suo complesso, e pronunciarsi a favore della parte che abbia l'interesse più rilevante nel caso concreto.⁴³ Il bilanciamento statunitense riposa su una *ratio* differente rispetto alla proporzionalità tedesca: il diritto statunitense prevede una forte base testuale per la protezione dei diritti fondamentali (la Costituzione federale degli Stati Uniti d'America), la quale tuttavia non ammette formalmente la possibilità di limitarli, vista l'assenza nel testo costituzionale di espresse clausole di limitazione. Di conseguenza, allo scopo di evitare che i diritti individuali prevalessero in modo tiranno su qualsiasi interesse contrapposto, pur meritevole di tutela, è stato ritenuto che essi potessero essere limitati alla luce di un bilanciamento.⁴⁴ Si è quindi affermata l'idea secondo cui il ruolo del giudice sarebbe quello di identificare e bilanciare gli interessi che si contrappongono nel caso concreto.⁴⁵ Così, il bilanciamento si è diffuso nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense in materia di diritti fondamentali, a partire da quella relativa alle possibili limitazioni della libertà di espressione ma, successivamente, anche in altri settori, come l'applicazione del principio di uguaglianza di fronte alla legge e del divieto di discriminazione, nonché al di fuori della materia di diritti fondamentali, come ad esempio in relazione alla ripartizione di alcune competenze tra Stati federati e Stato federale.

3.2. Inquadramento teorico

Il ricorso alla tecnica del bilanciamento, come anticipato sopra, si fonda su alcuni assunti teorici di fondo, quali il ruolo del principio di proporzionalità nell'interpretazione e applicazione del diritto e la distinzione, nell'ambito della categoria delle norme, tra regole e principi, aventi natura e struttura diversi tra loro.

Come è stato osservato, il principio di proporzionalità “is applied nearly everywhere where constitutional powers are

43 McFadden 1988: 586.

44 Stone 1936: 10.

45 Pound 1943: 39.

exercised".⁴⁶ Tuttavia, il suo riconoscimento nell'ordinamento internazionale è ancora controverso.⁴⁷ Può però notarsi che esso è espressamente incorporato in diverse norme primarie del diritto internazionale, come nel diritto dell'uso della forza armata, il diritto delle delimitazioni marittime e il diritto internazionale umanitario. Ora, secondo alcuni esso sarebbe un principio generale del diritto internazionale,⁴⁸ o un 'meta-principio' di diritto internazionale.⁴⁹ Sembra infatti potersi sostenere che esso sia tanto un principio generale riconosciuto *in foro domestico*, in quanto accettato nella maggioranza degli ordinamenti giuridici del mondo, quanto un principio generale del diritto internazionale, dedotto dalle norme primarie menzionate sopra.⁵⁰ In ogni caso, esso costituisce una norma secondaria, nel senso hartiano del termine, in quanto contribuisce all'interpretazione di altre norme e alla risoluzione dei conflitti normativi,⁵¹ o un principio strumentale, poiché guida le operazioni di bilanciamento ma non è esso stesso oggetto di bilanciamento. In alcuni casi, tuttavia, le operazioni di bilanciamento sono realizzate alla luce di altri principi, che impongono uno standard meno rigido di revisione. Ad esempio, il principio di ragionevolezza è stato altrettanto definito come un altro "conceptual tool that enables courts to balance values underlying competing teleological choices", ma che impone uno standard meno rigido e più indeterminato,⁵² il quale si limiterebbe a escludere decisioni arbitrarie o manifestamente irrazionali. In ogni caso, in dottrina le nozioni di ragionevolezza e proporzionalità sono spesso utilizzate come sinonimi.⁵³

Se la proporzionalità è ciò che guida le operazioni di bilanciamento, bisogna chiarire quale ne sia l'oggetto. In teoria del diritto, la tecnica del bilanciamento riposa infatti sulla distinzione tra regole e principi come diverse categorie di

46 Alexy 2003b: 463.

47 De Sena, Acconciamezza 2021: par. 15.

48 Cannizzaro 2000.

49 Peters 2016b.

50 De Sena, Acconciamezza 2021: par. 15.

51 Garrido-Muñoz, Palchetti 2016: 173.

52 Garrido-Munoz 2017: 460.

53 Corten, Kolb, 2021, par. 1; Crow 2019: 302.

norme.⁵⁴ I maggiori sostenitori di tale distinzione sono Alexy e Dworkin. Secondo Dworkin, le regole sono applicabili secondo una “all-or-nothing fashion” (tutto o niente), nel senso che o sono applicabili o non lo sono. Esse prescrivono chiaramente e in modo espresso le conseguenze che derivano dalla loro applicazione nel caso in cui le condizioni da esse previste siano rispettate. Al contrario, i principi non avrebbero un contenuto chiaro e predeterminato. Essi indicherebbero delle mere ragioni che propendono verso una data decisione, le quali devono essere messe in relazione con le ragioni che propendono verso la soluzione opposta.⁵⁵ I principi sono, quindi, norme maggiormente astratte, dal campo di applicazione indeterminato e, inoltre, presentano un contenuto tendenzialmente valoriale e assiologico.⁵⁶ Nel caso di contrasto tra due regole, una necessariamente rende invalida l'altra, e solo quella prevalente risulta applicabile; nel caso di contrasto tra due principi è necessario prendere in considerazione il peso relativo degli stessi. Ed infatti, secondo Alexy i principi sono “optimization requirements”, il cui peso in un caso concreto è determinato alla luce delle ragioni che lo giustificano e che “require optimization relative both to what is factually possible and what is legally possible”.⁵⁷ Dato che il conflitto tra principi è risolto sulla base del loro peso, un principio può essere messo da parte dal principio che ha un peso maggiore nel caso concreto.⁵⁸

Nel diritto interno, i diritti fondamentali sanciti nelle Costituzioni nazionali sono generalmente considerati norme aventi struttura di principio, e non di regola.⁵⁹ Questa è la ragione per cui la tecnica del bilanciamento si è principalmente affermata, nei sistemi giuridici interni, nell'ambito dell'applicazione giudiziaria dei diritti fondamentali.⁶⁰

Nel diritto internazionale la distinzione tra regole e principi non è stata ancora compiutamente teorizzata, anche

54 Zagrebelsky 2003.

55 Dworkin 1977: 24 s.

56 MacCormick 2005: 180.

57 Alexy 2014: 52.

58 Alexy 2002.

59 Alexy 2003a: 135.

60 Kumm 2004.

se essa sembra emergere in misura sempre maggiore nel dibattito recente. In particolare, la Commissione del diritto internazionale sembra propensa a riconoscere che i principi sono “norms with a more general and a more fundamental character”.⁶¹ Essa ha affermato che tale distinzione “captures one set of typical relationships, namely those between norms of a lower and higher degree of abstraction”.⁶² In particolare, i principi sono stati definiti come generali “in the sense that their content has a certain degree of abstraction” e fondamentali “in the sense that they underlie specific rules or embody important values”.⁶³ In ogni caso, la distinzione tra regole e principi non deve essere confusa con la distinzione tra fonti del diritto internazionale e, in particolare, tra norme consuetudinarie e principi generali del diritto.⁶⁴ È infatti possibile che norme consuetudinarie o pattizie abbiano natura di ‘principio’, in ragione del loro carattere generale e astratto e contenuto fondamentale e assiologico.⁶⁵ In ragione di tale natura, e a prescindere dalla fonte, esse saranno allora applicabili per il tramite della tecnica del bilanciamento.⁶⁶ In particolare, le norme in materia di diritti umani sono considerate norme di principio, anche laddove sancite in disposizioni pattizie⁶⁷ o quando cristallizzate in norme di diritto internazionale generale.⁶⁸ Anche numerose norme sancite in trattati multilaterali e bilaterali di investimento, come la clausola del trattamento equo e giusto, hanno natura di principio.⁶⁹ Inoltre, laddove delle norme pattizie includano

61 Commissione del diritto internazionale, *First Report on General Principles of Law by M. Vázquez-Bermúdez*, UN Doc. A/CN.4/732 del 5 aprile 2019, par. 152.

62 Commissione del diritto internazionale, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, UN Doc. A/CN.4/L.682 del 13 aprile 2006, par. 28.

63 Commissione del diritto internazionale, *First Report on General Principles of Law by M. Vázquez-Bermúdez*, cit., par. 153.

64 De Sena, Acconciamezza 2021: par. 21.

65 Commissione del diritto internazionale, *Draft Conclusions on the Identification of Customary International Law, with Commentaries*, cit., conclusione n. 1, commentario, par. 3.

66 Dworkin 1977: 82.

67 Kleinlein 2017: 147.

68 Simma, Alston 1988.

69 De Sena, Acconciamezza 2021: par. 22.

clausole generali (ragionevolezza, necessità, equità o proporzionalità) esse operano come dei principi e, quindi, sono applicabili per il tramite della tecnica del bilanciamento.

Da ultimo, quanto alla struttura del ragionamento, è sufficiente ricordare che il bilanciamento costituisce l'ultima fase di quello che Alexy ha teorizzato, sulla base della giurisprudenza della Corte costituzionale federale tedesca, come 'giudizio di proporzionalità'.⁷⁰ Esso consiste nel comparare il beneficio che deriva dalla limitazione di un interesse o valore con l'intensità di tale limitazione, ed è guidato da quella che Alexy definisce "law of balancing", secondo cui il beneficio che deriva dall'adozione di una determinata misura deve essere maggiore rispetto al pregiudizio causato all'interesse o valore contrastante: "the greater the degree of non-satisfaction, or detriment, to one principle, the greater must be the importance of satisfying the other".⁷¹ Tale ragionamento è idealmente diviso in tre fasi, anche se esse non risultano sempre analiticamente distinte nella giurisprudenza dei tribunali tanto interni quanto internazionali. La prima fase consiste nel determinare il grado di interferenza della misura sull'interesse contrapposto, stabilendo se essa sia lieve, media o grave.⁷² La seconda fase richiede di procedere alla determinazione dell'importanza relativa degli interessi o valori contrastanti, la quale si stabilisce in relazione alla loro "importance for the Constitution".⁷³ Tuttavia, l'importanza relativa degli interessi contrastanti sarà tendenzialmente la stessa, in quanto i diritti fondamentali non risultano gerarchicamente ordinati l'uno rispetto all'altro e, per quanto riguarda il diritto internazionale, manca in assoluto una gerarchia normativa nell'ambito di tale ordinamento. Pertanto, la questione deve essere risolta alla luce della terza fase, che consiste nel determinare "the weight of a principle under the circumstances of the case to

70 La prime due fasi consistono nel test di 'adeguatezza', secondo cui una misura che limita un diritto deve essere idonea a perseguire uno scopo legittimo, e nel test di 'necessità', ai sensi del quale la misura deve incidere nel minore grado possibile sull'interesse o valore contrapposto.

71 Alexy 2002: 102.

72 Alexy 2003b: 440.

73 Alexy 2003b: 442; Barak 2012: 484.

be decided”.⁷⁴ Il peso concreto si determina comparando l'intensità dell'interferenza con l'importanza che la tutela di un dato principio riveste alla luce delle circostanze del caso concreto, secondo quella che Alexy definisce “weight formula”.

4. La distinzione tra prospettiva costituzionalista e prospettiva internazionalista

Dunque, secondo le teorie descritte sopra, il ricorso ai controlimiti o ad altre teorie simili sarebbe legittimo per il diritto internazionale, e quindi non implicherebbe la commissione di un illecito e il sorgere della responsabilità internazionale dello Stato, qualora i principi costituzionali fondamentali invocati dallo Stato coincidano con norme di diritto internazionale, e la loro prevalenza sia sancita all'esito di un adeguato bilanciamento tra tali principi e gli interessi o valori protetti dalla norma internazionale in astratto violata.⁷⁵ Il giudice interno si troverebbe a risolvere un conflitto tra due norme di diritto internazionale e, qualora lo faccia in modo adeguato, tale condotta sarebbe legale per l'ordinamento internazionale.

Possiamo pertanto provare a tracciare una distinzione nella prassi tra approcci strettamente costituzionalisti, che si limitano a negare l'attuazione di un obbligo internazionale o che oppongono al diritto internazionale interessi meramente egoistici dello Stato o in ogni caso esclusivamente interni (paragrafo 4.1), e approcci internazionalisti, che oppongono al rispetto di un obbligo internazionale principi costituzionali che tutelano interessi e valori rilevanti anche per il diritto internazionale, laddove la condotta contribuisca a dare attuazione agli obblighi internazionali che li proteggono, sulla base di un adeguato bilanciamento degli interessi contrastanti (paragrafo 4.2).

4.1. L'approccio costituzionalista fondato sulla tutela di valori meramente interni

Sono in primo luogo individuabili una serie di pronunce che non tentano di giustificare la decisione del giudice interno

⁷⁴ Alexy 2003b: 444.

⁷⁵ Facchinetti 2018: 8.

– volta a far prevalere un principio costituzionale fondamentale su un obbligo internazionale – tramite il rinvio a principi e valori propri dell'ordinamento internazionale, chiarendo per quali ragioni risulti ragionevole nel caso concreto dar loro prevalenza rispetto ad altri obblighi internazionali con essi incompatibili.⁷⁶

In questo ambito rientrerebbero, in primo luogo, quelle pronunce di giudici nazionali che oppongono all'attuazione di obblighi internazionali il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento interno, senza neppure argomentare al riguardo. Ad esempio, i giudici francesi, con l'avallo della Corte di cassazione francese, hanno per lungo tempo continuato ad applicare una norma (che limitava il diritto di appello dell'imputato) ritenuta dalla Corte europea dei diritti umani incompatibile con il diritto all'equo processo garantito dall'art. 6 CEDU,⁷⁷ sostenendo, senza specificare altro, che tale applicazione fosse giustificata dai principi generali dell'ordinamento francese in materia di processo penale.⁷⁸ Tale situazione è poi venuta meno solo con una riforma legislativa, cui ha fatto seguito un mutamento della giurisprudenza della Corte di cassazione, che si è conformata alla sentenza della Corte europea.⁷⁹

In secondo luogo, questa categoria comprenderebbe tutte quelle pronunce che si limitano a sancire la prevalenza del diritto interno sul diritto internazionale incompatibile, sulla base di un criterio gerarchico,⁸⁰ e che non si

76 Cassese 2012: 189: ossia quelle pronunce che “resist international rules in the name of their sovereign prerogatives in order to pursue their short-term national interests”; Beth Harris 2018: 449; Martinico 2016: 315, definisce queste come ipotesi di disobbedienza “non funzionale” o “cattiva”.

77 Corte europea dei diritti umani, *Poitrinol v. France*, ricorso n. 14032/88, sentenza del 23 novembre 1993.

78 Corte di cassazione francese, caso n. 97-85694, sentenza del 24 novembre 1999.

79 Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, *Patrimol v. France*, ricorso n. 14032/88, risoluzione del 3 dicembre 2007.

80 Koagne Zouapet 2021: 21 s.: “The difference here with the value argument [...] is that the national judge does not base his/her argument of the values protected and considered essential for the internal legal order to exclude international law, but uses the internal law and the hierarchy of norms to exclude international law without consideration of the importance of the questions dealt with”.

preoccupano di chiarire quali siano le conseguenze sul piano dell'ordinamento internazionale.⁸¹ In termini simili possono considerarsi quelle sentenze che si fondano sulla ritenuta assenza di effetti diretti dell'obbligo internazionale in questione, per escluderne l'attuazione per via giudiziaria. Si pensi alla sentenza della Corte suprema statunitense nel caso *Medellin c. Texas*,⁸² in cui si è negata l'autorità della Corte internazionale di giustizia di obbligare le corti statunitensi alla revisione di condanne a morte pronunciate senza che agli imputati fosse assicurata l'assistenza consolare del proprio Stato di nazionalità al momento dell'arresto.⁸³ Pur avendo ammesso che, ai sensi della Carta delle Nazioni Unite, vi fosse un obbligo internazionale di dare attuazione alla sentenza *Avena* della Corte internazionale di giustizia,⁸⁴ la Corte suprema ha escluso che essa fosse direttamente eseguibile da parte dei giudici nazionali, in mancanza di una specifica legislazione federale:

The *Avena* judgment is not directly enforceable as domestic law in state court. While a treaty may constitute an international commitment, it is not binding domestic law unless Congress has enacted statutes implementing it or the treaty itself conveys an intention that it be «self-executing» and is ratified on that basis. The *Avena* judgment creates an international law obligation on the part of the United States, but

- 81 Non essendo questa la sede per un'analisi approfondita degli ordinamenti che sanciscono la prevalenza gerarchica della Costituzione nazionale sul diritto internazionale incompatibile, si rinvia ai contributi raccolti in Palombino 2019.
- 82 Corte suprema statunitense, caso n. 552 U.S. 491, sentenza del 25 marzo 2008.
- 83 Corte internazionale di giustizia, *Avena and Others Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, sentenza del 31 marzo 2004.
- 84 Corte suprema statunitense, sentenza del 25 marzo 2008, cit., 504: "No one disputes that the *Avena* decision – a decision that flows from the treaties through which the United States submitted to ICJ jurisdiction with respect to Vienna Convention disputes – constitutes an international law obligation on the part of the United States. But not all international law obligations automatically constitute binding federal law enforceable in United States courts. The question we confront here is whether the *Avena* judgment has automatic domestic legal effect such that the judgment of its own force applies in state and federal courts".

it is not automatically binding domestic law because none of the relevant treaty sources – the Optional Protocol, the United Nations Charter, or the ICJ Statute – creates binding federal law in the absence of implementing legislation, and no such legislation has been enacted.⁸⁵

Quanto all'obbligo di dare attuazione alle sentenze della Corte internazionale di giustizia, la Corte suprema statunitense ha interpretato l'espressione "undertakes to comply" di cui all'art. 94 della Carta delle Nazioni Unite come implicante una discrezionalità dello Stato: da esso deriverebbe "simply a commitment by member states to take future action through their political branches", volte a eseguire le sentenze della Corte internazionale di giustizia, ma esso "does not indicate that the Senate, in ratifying the Optional Protocol, intended to vest ICJ decisions with immediate legal effect in domestic courts". Quest'ultimo potrebbe quindi decidere di non adempiere, eventualmente sottoponendosi all'autorità del Consiglio di sicurezza, che ha competenza in merito all'esecuzione delle sentenze della Corte internazionale di giustizia, qualora questo fosse adito.⁸⁶

In terzo luogo, in tale ambito possono farsi rientrare le posizioni dei giudici nazionali che invocano principi e valori meramente *interni* e tendenzialmente *egoistici* dello Stato per opporsi all'attuazione di obblighi internazionali.

Un approccio di questo tipo è stato adottato, ad esempio, dalla Corte costituzionale italiana nella summenzionata pronuncia n. 264 del 28 novembre 2012 resa nel caso delle pensioni svizzere. In essa, la Corte costituzionale ha invocato i principi di uguaglianza e solidarietà nel sistema pensionistico⁸⁷ per difendere, in ultima analisi, interessi legati al bilancio

85 Ivi, 492.

86 Beth Harris 2018: 451: "And since the U.S. can veto any Security Council enforcement measure anyway, it clearly could have had no intention to oblige itself to comply automatically".

87 Corte costituzionale italiana, sentenza n. 264 del 28 novembre 2012, cit., par. 5.3: "gli effetti di detta disposizione ricadono nell'ambito di un sistema previdenziale tendente alla corrispondenza tra le risorse disponibili e le prestazioni erogate, anche in ossequio al vincolo imposto dall'articolo 81, quarto comma, della Costituzione, ed assicura la razionalità complessiva del sistema stesso [...], impedendo alterazioni della disponibilità economica

dello Stato.⁸⁸ Sulla base di tali argomentazioni, la Corte ha rifiutato di dichiarare l'illegittimità costituzionale di una legge di interpretazione autentica che era stata considerata dalla Corte europea dei diritti umani incompatibile con il diritto all'equo processo, di cui all'art. 6 CEDU, in quanto costituente una illegittima interferenza del potere legislativo nell'esito di un procedimento giudiziario pendente.⁸⁹ Nonostante anche tale pronuncia sia stata vista come un'applicazione della teoria dei controlimiti,⁹⁰ intesa in senso ampio, è evidente come in questo caso siano stati invocati interessi meramente interni dello Stato.

O si pensi ancora alla già citata sentenza della Corte costituzionale federale tedesca del 15 dicembre 2015. In quel caso i principi invocati per giustificare (sul piano interno) l'adozione di una legge incompatibile con un trattato, precedentemente concluso e debitamente ratificato, erano quelli della democrazia e della sovranità parlamentare, intesi come potere di ogni Parlamento democraticamente eletto di legiferare senza essere costretto e limitato dalle scelte delle precedenti legislature.⁹¹ Si tratta, come è facile osservare, di "valeurs qui sont propres à l'État et au droit allemands, mais qui ne sont pas universelles".⁹² In generale, come chiarito

a svantaggio di alcuni contribuenti ed a vantaggio di altri, e così garantendo il rispetto dei principi di uguaglianza e di solidarietà, che, per il loro carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali. È ispirata, invero, ai principi di uguaglianza e di proporzionalità una legge che tenga conto della circostanza che i contributi versati in Svizzera siano quattro volte inferiori a quelli versati in Italia e operi, quindi, una riparametrazione diretta a rendere i contributi proporzionati alle prestazioni, a livellare i trattamenti, per evitare sperequazioni e a rendere sostenibile l'equilibrio del sistema previdenziale a garanzia di coloro che usufruiscono delle sue prestazioni".

88 Facchinetti 2018: 9: "The real interest at stake was, in that case, the need to respect State's budget requirements".

89 Corte europea dei diritti umani, *Maggio e altri c. Italia*, ricorsi n. 46286/09 e altri, sentenza del 31 gennaio 2011.

90 Conforti 2013: 527.

91 Corte costituzionale federale tedesca, sentenza del 25 dicembre 2015, cit., par. 50.

92 Malenovsky 2017: 312: "la CCF, pour justifier la primauté de la loi postérieure sur les accords internationaux antérieurs, se réfère à des valeurs qui sont propres à l'État et au droit allemands, mais que ne sont pas universelles et ne sont, partant, pas protégées ou presque par le droit international général, pour le moins. Il semble que, aux yeux de la CCF, le droit international

dalla stessa Corte costituzionale federale, il mancato rispetto di obblighi pattizi bilaterali può essere giustificato dalla mera volontà del Parlamento tedesco di adottare norme successive che siano incompatibili con un trattato, che tuttavia prevalgono in virtù del criterio della *lex temporis*, senza che sia necessario che lo scopo sia quello di proteggere i dei principi fondamentali. Anche in questo caso, alcun principio o interesse riferibile anche all'ordinamento internazionale può essere individuato.⁹³

In tale categoria rientrerebbero senza dubbio anche le strategie di resistenza della Corte costituzionale russa rispetto all'attuazione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani. Nella pronuncia del 14 luglio 2015, infatti, la Corte costituzionale ha affermato che la ratifica di un trattato, nel caso di specie la CEDU, non implica una rinuncia alla sovranità russa, alla supremazia della Costituzione, e all'indipendenza e autonomia dello Stato, che quindi possono essere opposte rispetto all'attuazione di obblighi internazionali.⁹⁴ Nella successiva sentenza del 16 aprile 2016 la stessa Corte ha affermato di poter dichiarare non eseguibili le pronunce della Corte europea "to protect the interests of Russia".⁹⁵ Quando poi si è opposta all'attuazione della sentenza resa nel caso *Yukos*, la Corte costituzionale ha ritenuto di essere (internamente e internazionalmente) giustificata, in quanto la mancata esecuzione è stata ritenuta necessaria a tutelare i principi costituzionali di equità e uguaglianza in tema di imposizione fiscale, poiché funzionali a consentire allo Stato di adempiere ai propri obblighi previdenziali e assistenziali nei confronti dei cittadini.⁹⁶ Anche in questo caso si tratta di interessi totalmente interni allo Stato, peraltro invocati in

n'apparaît pas comme un droit équivalent face au droit allemand, et que sa validité ainsi que son applicabilité en Allemagne peuvent donc être soumises au control de chaque législateur successif".

93 Petersen 2019: 104: "the Federal Constitutional Court clearly fails to give effect to an international norm is the decision in the case regarding the effect of double taxation treaties. The issue at stake here was not a norm conflict on the international level, but a conflict between the sovereignty of parliament and the respect of international obligations".

94 Corte costituzionale russa, sentenza del 14 luglio 2015, cit., par. 2.2.

95 Corte costituzionale russa, sentenza del 16 aprile 2016, cit., par. 3.

96 Corte costituzionale russa, sentenza del 19 gennaio 2017, cit., 6.

un'ottica di netta chiusura rispetto all'ordinamento internazionale, tramite il richiamo, a sostegno della propria tesi, del principio della sovranità statale e del divieto di ingerenza negli affari interni, che sono stati impropriamente elevati al rango di norme di *ius cogens*.⁹⁷ Inoltre, nonostante il riferimento all'eguaglianza tra contribuenti e alla necessità di fondi per adempiere alle obbligazioni dello Stato nei confronti della popolazione, tali interessi sono prettamente statali e non riconducibili alla tutela dei diritti fondamentali o, in ogni caso, a interessi protetti anche dal diritto internazionale.⁹⁸ di fatto, non si è trattato che di proteggere gli interessi economici dello Stato.⁹⁹ Non a caso, a fronte delle strategie di 'ragionevole resistenza' descritte sopra e che saranno più ampiamente esaminate nel prossimo paragrafo, le pronunce della Corte costituzionale russa sono state descritte in dottrina come una forma di *unprincipled disobedience*, intesa come una istanza di disobbedienza rispetto a un obbligo internazionale, in materia di attuazione di una sentenza internazionale,

97 Marchuk 2017b: 11 ha definito tale affermazione come "a misreading of fundamental principles and values, upon which international law is erected".

98 Si veda, sul punto, Commissione europea per la democrazia tramite il diritto (Commissione di Venezia), *On the Draft Amendments to the Constitution (As Signed by the president of the Russian Federation on 14 March 2020) Related to the Execution in the Russian Federation of Decisions by the European Court of Human Rights*, opinione n. 981 del 18 giugno 2020, par. 59: "The Commission reiterates its position that, if it is admissible that the question of the compatibility with the Constitution of an execution measure of general character be brought before the Constitutional Court, the same cannot be said for individual measures such as orders to pay just satisfaction, even if they may admittedly touch upon important interests of the State".

99 Consiglio d'Europa, Commissione per la democrazia tramite il diritto (Commissione di Venezia), *Russian Federation, Opinion on the Draft Amendments to the Constitution (As Signed by the President of the Russian Federation on 14 March 2020) Related to the Execution in the Russian Federation of Decisions by the European Court of Human Rights*, cit., par. 59: "the Venice Commission notes with great concern that the Constitutional Court of the Russian Federation has reached the conclusion that a judgment concerning exclusively the question of payment of sums of money as just satisfaction was non executable. The Commission reiterates its position that, if it is admissible that the question of the compatibility with the Constitution of an execution measure of general character be brought before the Constitutional Court, the same cannot be said for individual measures such as orders to pay just satisfaction, even if they may admittedly touch upon important interests of the State".

“dictated by convenience rather than principled reasons”,¹⁰⁰ in ultima analisi implicante una mera chiusura dell’ordinamento interno rispetto all’ordinamento internazionale, nel nome della tutela della sovranità e dell’identità nazionale,¹⁰¹ che non viene neppure limitata formalmente all’esistenza di circostanze di carattere assolutamente straordinario.¹⁰²

Un esempio, se possibile, ancora più manifesto di tale approccio di chiusura è poi costituito dalle sentenze rese il 24 novembre 2021 e il 10 marzo 2022 dalla Corte costituzionale polacca, che ha rifiutato di dare attuazione a una serie di pronunce rese dalla Corte europea dei diritti umani in materia di indipendenza dei giudici e attuazione del principio del ‘tribunale stabilito dalla legge’, di cui all’art. 6 CEDU. Nella prima, la Corte costituzionale ha invocato la difesa della sovranità polacca e dell’identità nazionale come motivi che impedivano l’esecuzione della sentenza *Xero Flor*:

In fulfilling its role, the [Constitutional] Tribunal is obliged to uphold the sovereignty of the Republic of Poland and cannot allow the ECtHR, using its jurisdiction in the field of international human rights, to interfere with the legal system of Polish constitutional bodies. Poland, by ratifying the Convention, did not consent to the jurisdiction of the ECtHR in this regard. The Tribunal’s obligation is to defend the Polish constitutional identity. It does so by means of reviewing whether the standard with the content shaped in the ECtHR case-law fits into the Polish constitutional sys-

100 Dzehtsiarou, Fontanelli 2018. Si veda anche Górski 2017: 155, che osserva come “it is hard to accept that even a very significant amount of compensation may make the case «exceptional»”.

101 Koagne Zouapet 2021: 24.

102 Consiglio d’Europa, Commissione per la democrazia tramite il diritto (Commissione di Venezia), *Russian Federation, Opinion on the Draft Amendments to the Constitution (As Signed by the President of the Russian Federation on 14 March 2020) Related to the Execution in the Russian Federation of Decisions by the European Court of Human Rights*, cit., par. 57: “A case in which an international judgment may not be executed because its execution would collide with the Constitution cannot be but truly exceptional. Instead, the Russian Constitutional Court is empowered to declare that the judgment is non-executable as such in all cases where an issue of compatibility with the Constitution arises”.

tem from the perspective of the principle of supremacy of the Constitution, expressed in its Article 8(1).¹⁰³

A detta della Corte costituzionale polacca, secondo la Costituzione nazionale solo il Parlamento avrebbe competenza in materia di nomina dei giudici della stessa,¹⁰⁴ con ciò rendendo incostituzionale una sentenza della Corte europea che si pronunci su tale questione. Anche nella successiva pronuncia, la Corte costituzionale ha considerato di dover proteggere l'ordinamento interno da un'interferenza, da parte della Corte europea, "with [the] state's sovereignty and the will of a democratic society manifested through the action of the parliament",¹⁰⁵ nonché nell'identità nazionale polacca.¹⁰⁶ Ha quindi ritenuto che solo la legge, e non un'interpretazione resa dalla Corte europea dell'art. 6 CEDU, potesse pronunciarsi su questioni relative alla organizzazione del sistema giudiziario, in quanto strettamente connesse alla sovranità nazionale:

Since the court system and competence of courts, which are decisive to the shape of the judiciary, belong to elements defining the function of the state, and the administration of justice is one of the express of the state's sovereignty, then also the exclusivity of statutory regulation must in this case be dealt with in strict terms, as that qualified exclusivity of statute. The statute confers legitimacy on the provisions by enact-

103 Corte costituzionale polacca, sentenza del 24 novembre 2021, cit., par. 3.2.1.

104 Ivi, par. 5: "the basic principle of the system of the Republic of Poland, arising from Article 2 of the Constitution – the principle of democracy – is given effect. In light of the Constitution, the power to judge on behalf of the Republic of Poland requires democratic legitimacy and solid justification in the will of the sovereign".

105 Corte costituzionale polacca, sentenza del 10 marzo 2022, cit., par. 3.6.

106 Ivi, par. 5.2.5: "That is a matter belonging to the competence of the state and arising from its functions. It constitutes an element of the constitutional identity and is an expression of the sovereignty of the state. The test in this regard is Article 176(2) of the Constitution, specifying the exclusivity of statutory regulation in matters of the court system, competence of courts and procedure before them. And if domestic law establishes the principle of exclusivity of the statute in the regulation of the court system, evaluations made in the context of Article 6(1) of the Convention must take this fact into account".

ing them through the act of a democratically enacted legislature.¹⁰⁷

Anche nelle spiegazioni rese dal Governo polacco alla richiesta di informazioni formulata dal Segretario generale del Consiglio d'Europa, esso ha specificato che la Corte costituzionale avrebbe protetto il principio secondo cui “the legislator provided for the monopoly of parliament in electing the judges of the Constitutional Court”,¹⁰⁸ e come questo principio non potesse che prevalere in quanto la Costituzione nazionale è sovraordinata, nell'ordinamento interno, rispetto a norme incompatibili della CEDU.¹⁰⁹ Anche nel caso polacco, quindi, sono individuabili argomentazioni che rinviano alla tutela della sovranità e degli interessi nazionali,¹¹⁰ senza che si tenti di giustificare la condotta alla luce di valori condivisi dalla comunità internazionale nel suo complesso o di invocare norme di diritto internazionale.

Diversi esempi di tale tipologia di ragionamento di stampo prettamente costituzionalista e internista sono rinvenibili anche al di fuori del contesto regionale europeo.

Si considerino, ad esempio, le argomentazioni con cui il Governo peruviano ha difeso la posizione del proprio Consi-

107 Ibid.

108 Segretario generale del Consiglio d'Europa, *Report by the Secretary General under Article 52 of the European Convention on Human Rights on the consequences of decisions K 6/21 and K 7/21 of the Constitutional Court of the Republic of Poland*, cit., par. 16.

109 Ivi, par. 18: “The government explained that the Constitutional Court considered at length the relationship between international law and internal law, including the relation between international agreements and the national constitution, as well as the status of the European Court's judgments. In doing so, the Constitutional Court highlighted the supremacy of the constitution vis-à-vis international law in general and the Convention in particular: the Convention, as an international agreement ratified by Poland, takes precedence over statutes but is lower than the constitution in the hierarchy of the sources of law. The Constitutional Court therefore considered that it was vested with the competence to verify the Convention's compatibility with the constitution”.

110 Corte costituzionale polacca, sentenza del 10 marzo 2022, cit., par. 6: “The guardian of the Constitution is the Constitutional Court, which cannot allow Conventional norms conflicting with the Constitution, derived by way of adjudication and entering the domestic system without the ratification procedure, to have any effect on Poland, whether in international or in domestic law. That would violate the Constitution and therewith the sovereignty of the Polish state”.

glio superiore di giustizia miliare, che aveva dichiarato non eseguibile la sentenza resa dalla Corte interamericana dei diritti umani nel caso *Castillo Peruzzi*. In particolare, nell'ambito della procedura di monitoraggio sull'attuazione della sentenza il Governo ha sostenuto che “the judgment of the Court seeks to invalidate and to order the modification of the constitutional and legal norm, which is beyond its jurisdiction”, che “the Court cannot order Peru to modify its norms” e che tale richiesta “affects the sovereignty of the State, since this «order» requires the legislators to vote in a certain manner”.¹¹¹

Lo stesso può dirsi della giurisprudenza della Sezione costituzionale della Corte suprema di giustizia del Venezuela che, ai sensi della propria dottrina del ‘constitutional green light’ ha affermato di avere la competenza a negare la possibilità di dare esecuzione sentenze della Corte interamericana qualora ciò sia necessario a proteggere quelli che ha definito i diritti essenziali dello Stato alla propria indipendenza e sovranità.¹¹² Tale approccio è stato chiarito nella pronuncia resa dalla Corte suprema il 18 dicembre 2008, la quale ha dichiarato non eseguibile una sentenza resa dalla Corte interamericana che aveva ordinato al Venezuela di reintegrare nelle funzioni dei giudici che erano stati licenziati sulla base di una procedura ritenuta incompatibile con i principi di indipendenza e imparzialità. La Corte suprema ha iniziato il proprio ragionamento ribadendo che la CADU “complements the Constitution that, in the case of our country, is the supreme law and the basis of the legal system”.¹¹³ Alla luce di ciò, ha ritenuto che le sentenze di tribunali internazionali e i rapporti degli organi di monitoraggio istituiti dai trattati in materia di diritti umani possono essere eseguiti in Venezuela solo se non contrastano con la Costituzione, rispettano la sovranità

111 Corte interamericana dei diritti umani, *Castillo Peruzzi et al v. Peru*, ordinanza sul monitoraggio dell'esecuzione, cit., par. 3.

112 Sezione costituzionale della Corte suprema di giustizia del Venezuela, sentenza del 15 luglio 2003, cit.: “The result of the foregoing is that, in principle, execution of the decisions of supranational courts cannot undermine the sovereignty of the country or the basic rights of the Republic”.

113 Sezione costituzionale della Corte suprema di giustizia del Venezuela, sentenza del 18 dicembre 2008, cit., par. 163.

nazionale e non incidono su diritti fondamentali dello Stato. Nel caso concreto, la Corte suprema ha considerato che la Corte interamericana si fosse pronunciata su questioni che non rientravano nella propria competenza, così violando la sovranità del Venezuela nell'organizzazione dei propri pubblici poteri.¹¹⁴ Inoltre, quanto alla misura riparatoria ordinata dalla Corte interamericana (la revocazione di un sentenza interna passata in giudicato), la Corte suprema ha considerato che essa fosse in contrasto con il principio fondamentale della *res iudicata*.¹¹⁵ Pertanto, ha concluso che la pronuncia era incompatibile con i valori fondamentali dell'ordinamento costituzionale ed era, pertanto, inattuabile:

The execution of the judgment of the Inter-American Court [...] would affect essential principles and values of the constitutional order of the Bolivarian Republic of Venezuela and could result in institutional chaos within the system of justice, by attempting to modify the autonomy of the Judiciary established by the Constitution and the disciplinary system establishes by law; moreover, it also aspires to obtain the reinstatement of the, today, former justices of the First Administrative Court.¹¹⁶

A conferma del fatto che, in quel caso, la Corte suprema ha ragionato in un'ottica di netta chiusura dell'ordinamento interno, volto alla protezione dei valori nazionali rispetto alle istanze che provengono dall'ordinamento internazionale, occorre sottolineare che essa ha concluso la propria argomentazione invitando espressamente il Governo venezuelano a

114 Ivi, par. 165: "the supposed verification by [the Inter-American] Court of the violation of the rights and freedoms protected by the Convention, it issued measures of a compulsory nature regarding the regulation and administration of the Judiciary that are the exclusive competence of the Supreme Court of Justice and established directives for the Legislature with regard to the judicial career and the responsibilities of the judges, violating the sovereignty of the Venezuelan State in the organization of the public powers and in the selection of its officials, which is inadmissible".

115 Ivi, par. 174: "The contested judgment attempts to disregard the definitive nature of administrative and judicial decisions that have acquired the status of *res iudicata* by ordering the reinstatement of the judges who were removed".

116 Ivi, par. 176.

denunciare la CADU.¹¹⁷ Come è noto, il 10 settembre 2012 il Venezuela ha effettivamente denunciato la Convenzione interamericana. Tale approccio di chiusura è ulteriormente dimostrato dalla notifica della denuncia all'Organizzazione degli Stati americani, la quale contiene una analitica enunciazione dei motivi che hanno portato a tale atto. In particolare, sulla base di un rinvio all'opinione della propria Corte suprema, secondo cui la Corte interamericana avrebbe più volte violato la sovranità del Venezuela,¹¹⁸ il Governo venezuelano ha richiamato il principio di supremazia della Costituzione sul diritto internazionale,¹¹⁹ e ha sostenuto di essere obbligato a denunciare la CADU per proteggere la propria sovranità:

In view of the foregoing, given that repeated decisions of the Inter-American Court of Human Rights are inconsistent with the precepts and principles of our Constitution and even with the American Convention on Human Rights itself, the Bolivarian Republic of Venezuela considers it important to end the incompatibility between our internal legislation and our sovereign rights, distancing ourselves from the perverted practices of the competent organs of the inter-American human rights system, consisting of the Inter-American Commission on Human Rights and the InterAmerican Court of Human Rights.¹²⁰

117 Ivi, par. 177. La Corte suprema ha invitato il Governo "based on the same principle and pursuant to the provisions of Article 78 of the American Convention on Human Rights, to [...] proceed to denounce this Convention, in view of the evident usurpation of functions in which the Inter-American Court has incurred [...] with the judgment that is the subject of this decision".

118 Ministero degli affari esteri del Venezuela, lettera di denuncia della Convenzione interamericana dei diritti umani del 6 settembre 2012, p. 5 "The Inter-American Court cannot seek to exclude, ignore, or replace the constitutional order of states parties, since the international protection that stems from it contributes to or complements that afforded under domestic law in the states of the Hemisphere. However, repeated decisions of the Commission and the Court have dealt blows to the precepts and principles of the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela, as stated by the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice of our country in its Decision 1572 of 2008".

119 Ivi, p. 36.

120 Ivi, p. 42.

È da ultimo opportuno ricordare che tale chiusura del Venezuela rispetto all'ordinamento internazionale, in generale, e alla CADU, in particolare, è venuta meno. In particolare, il 31 luglio 2019 il Venezuela ha nuovamente ratificato la CADU, espressamente dichiarando che la ratifica dovesse intendersi retroagire al 10 settembre 2013, data in cui la denuncia aveva prodotto i propri effetti, con ciò invalidandola.

Ancora in un'ottica di chiusura può essere vista la sentenza del 14 febbraio 2017 della Corte suprema argentina, che ha rifiutato di dare attuazione alla pronuncia *Fontevecchia* e *D'Amico* della Corte interamericana, la quale aveva ordinato di revocare gli effetti di una sentenza di condanna adottata nei confronti di due giornalisti in violazione della libertà di espressione. In essa, la Corte suprema ha affermato che la possibilità di dare esecuzione a una sentenza internazionale deve intendersi limitata dalla struttura politica dello Stato e dal principio costituzionale di separazione dei poteri, i quali impedivano di revocare una sentenza interna.¹²¹ All'udienza davanti alla Corte interamericana in merito al monitoraggio sull'attuazione della sentenza, il Governo argentino ha nuovamente invocato il principio di separazione dei poteri per affermare che, avendo la Corte suprema competenza esclusiva a interpretare la Costituzione argentina, il Governo non avrebbe potuto interferire sulla posizione adottata dalla stessa.¹²² A detta del Governo, non si trattava di mancanza di volontà politica di dare esecuzione alla sentenza della Corte interamericana, ma di impossibilità giuridica, posto che non avrebbe potuto in alcun modo sostituirsi alla Corte suprema nello svolgimento di funzioni giudiziarie. È interessante notare che solo quando, in una propria ordinanza, la Corte interamericana ha chiarito che l'attuazione della sentenza precedentemente resa non richiedeva necessariamente la revoca della sentenza adottata sul piano interno, essendo possibile limitarsi a farne cessare gli effetti, la Corte suprema argentina ha proceduto in tal senso.¹²³

121 Contesse 2019: 221.

122 Corte interamericana dei diritti umani, *Fontevecchia and D'Amico v. Argentina*, ordinanza sul monitoraggio dell'esecuzione, cit., par. 8.

123 Più ampiamente, Contesse 2019: 223.

Da ultimo, anche nel contesto africano sono rinvenibili pronunce che oppongono valori ritenuti essenziali sul piano interno per opporsi all'adempimento di obblighi internazionali. Ad esempio, la Corte suprema dello Zimbabwe ha affermato che l'adesione dello Stato a trattati internazionali sui diritti umani che sanciscono l'uguaglianza di genere e vietano la discriminazione nei confronti delle donne non può avere l'effetto di invalidare l'antica consuetudine locale secondo cui le donne non partecipano alla successione ereditaria del padre nel caso in cui vi siano eredi maschi.¹²⁴ Tale conclusione è stata giustificata sulla base della clausola costituzionale secondo cui lo Stato si impegna a proteggere la cultura e i valori africani.¹²⁵

Infine, e pur non trattandosi di prassi giudiziaria, si è già notato come diversi Stati della comunità internazionale hanno utilizzato i principi fondamentali e le prassi dell'ordinamento interno per giustificare delle riserve interne alla Convenzione per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, volte a perpetrare forme di discriminazione delle donne nell'ambito dei rapporti di coniugio.¹²⁶

Come è evidente, tali pronunce sono accumulate da una triplice circostanza. In primo luogo, esse ragionano in meramente in termini di diritto interno, e non internazionale, senza tentare di fornire argomenti in merito al perché le conclusioni raggiunte (la prevalenza, nel caso di specie, di un dato principio o interesse costituzionale rispetto all'adempimento di un obbligo internazionale) sarebbero accettabili anche per l'ordinamento internazionale. In secondo luogo, gli interessi o valori che finiscono per prevalere nel caso di specie sono di carattere meramente egoistico (come la tutela degli interessi finanziari dello Stato) o, in ogni caso, interno (come il principio di sovranità parlamentare, l'indipendenza dello Stato o l'autorità della cosa giudicata), e non sono in quanto tali tra-

124 Corte suprema dello Zimbabwe, caso n. SC 210/98, sentenza del 16 febbraio 1999.

125 Koagne Zouapet 2021: 27.

126 Comitato sull'eliminazione della discriminazione nei confronti delle donne, *General Recommendation on Article 16 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. Economic Consequences of Marriage, Family Relations and Their Dissolution*, cit., parr. 2 s.

sponibili al piano dell'ordinamento internazionale o tutelati da norme di diritto internazionale. Da ultimo, la prevalenza di tali interessi o valori interni viene o data come assioma, senza fornire ulteriori giustificazioni, o fondata sulla base di un'argomentazione di carattere meramente gerarchico sulla base del richiamo al principio di supremazia della Costituzione nazionale. Non è riscontrabile, infatti, alcun tentativo di bilanciare gli interessi invocati con i valori protetti dall'obbligo internazionale alla cui attuazione si oppongono, né si argomenta sul perché le conclusioni raggiunte costituiscono l'esito di un tale bilanciamento.

4.2. L'approccio internazionalista volto alla tutela di valori condivisi dalla comunità internazionale

Al contrario, e sempre secondo le teorie su cui si fonda l'ipotesi esaminata nel presente capitolo, non sarebbero illeciti per il diritto internazionale quei casi di invocazione di principi costituzionali interni che corrispondono a principi e valori *condivisi* dall'ordinamento internazionale, protetti da norme di diritto internazionale, e che realizzano un adeguato bilanciamento tra gli interessi contrastanti.¹²⁷ Rientrerebbero in questa categoria le pronunce in cui i giudici interni, pur invocando dei principi costituzionali, si premurano di sottolineare la sostanziale sovrapposizione degli stessi con principi o regole di diritto internazionale e, più ampiamente, interessi e valori condivisi dalla comunità internazionale nel suo com-

¹²⁷ Facchinetti 2018: 10: "when domestic (or regional) judiciaries react against international institutions in the name of widespread constitutional principles, they are not challenging international law in itself. On the contrary, they reassert values, such as the right of access to justice as well as procedural rights, which are fundamental not only for their domestic legal order, but also for the United Nations system meant as a global constitutional framework and, in more general terms, for the international community as a whole. It could even be said that, defending internationally shared values, national courts protect international law against itself, contributing to the international rule of law"; Cataldi 2015; Beth Harris 2018: 462: "It is the presence of this potential substantive overlap between national and international fundamental rights that ultimately enables us to distinguish *Kadi* and Judgment 238 of 2014 from *Medellín*. It is this potential in grounding an appeal to the universal humanitarian values that international law exists to serve, that could distinguish the Italian and European acts of international disobedience from U.S. dualistic Westphalianism after all".

plesso o rispetto ai quali, in ogni caso, sia individuabile tale sovrapposizione.

Un primo esempio è costituito dalle summenzionate pronunce rese dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nell'ambito della vicenda *Kadi*. È vero che, come da più parti sottolineato, la Corte di giustizia sembra aver adottato una prospettiva strettamente dualistica e di chiusura, che ha sancito la prevalenza di valori meramente interni all'ordinamento dell'Unione europea – la tutela dei diritti fondamentali – rispetto agli obblighi di dare attuazione alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza, che perseguono il valore universale del mantenimento della pace e della sicurezza internazionali.¹²⁸ Tuttavia, è stato anche messo in evidenza come, in realtà, “the international dimension of the constitutional principles that were invoked lurked in the background”.¹²⁹ Così, fin dalla pronuncia *Kadi I* è stato sostenuto che la Corte di giustizia avrebbe in realtà realizzato un bilanciamento tra valori propri dello stesso ordinamento internazionale: da un lato, l'obbligo di attuazione delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza, in quanto finalizzate al mantenimento della pace e della sicurezza internazionali, e, dall'altro lato, l'esigenza di garantire il rispetto dei diritti umani fondamentali, tutelati da norme di diritto internazionale, peraltro interne allo stesso sistema delle Nazioni Unite, mediante l'esercizio del diritto a una revisione giurisdizionale effettiva di misure che limitano tali diritti.¹³⁰ Tale lettura è stata poi espressamente confermata

128 Weiler 2009: 896. Si veda anche De Búrca 2010: 7, secondo cui la pronuncia “emphasizing the separateness, autonomy, and constitutional priority of the EC legal order [...] offers potential encouragement and support to other states and polities to assert the primacy of their autochthonous values over the common goals of the international community”.

129 Nollkaemper 2010: 78. Si veda anche Tzanakopoulos 2011: 133, che ha osservato come, nonostante la sentenza sia “made on domestic law grounds”, in realtà “the constitutional or fundamental right sought to be protected, namely that to a fair trial, is deeply internationalized, having found expression both in widely ratified international treaties, and in customary international law”.

130 De Sena, Vitucci 2009: 223: “The findings reached in its judgment can, ultimately, be regarded as the outcome of a *direct* balancing of the EC principles on fundamental rights with the values of cooperation of the EU States with the UN in the fight against terrorism. More precisely, the Court was prompted to reaffirm its power to review the lawfulness of Community acts not so much by its «dualistic» attitude but, *rather*, by the need to guaran-

dalla stessa Corte di giustizia,¹³¹ che nella sentenza *Kadi II* ha chiarito quanto segue:

[u]n siffatto controllo giurisdizionale risulta indispensabile per garantire il giusto equilibrio tra la preservazione della pace e della sicurezza internazionali e la tutela della libertà e dei diritti fondamentali della persona interessata, che costituiscono valori comuni all'ONU e all'Unione.¹³²

I valori che la Corte di giustizia ha inteso proteggere non sarebbero, quindi, meramente interni all'ordinamento dell'Unione europea e la conclusione raggiunta costituirebbe l'esito di un bilanciamento tra valori che sono condivisi con l'ordinamento internazionale e il sistema delle Nazioni Unite.

Al riguardo, non può non notarsi che il diritto di difesa e il diritto a un rimedio giurisdizionale effettivo¹³³ sono protetti anche da norme esistenti nell'ordinamento internazionale. A partire dall'art. 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, tali diritti sono stati successivamente sanciti, in modo esplicito (quanto al diritto di difesa) e in modo implicito (quanto al diritto di accesso al giudice), nell'art. 6, par. 1,

tee the right of an effective judicial remedy, as this right is framed in the EC law – to the individuals and entities concerned, in the light of the absence of such a remedy in the UN legal order. In other words, this outcome can be deemed the consequence of the ECJ's will not to overestimate the value of cooperation with the UN in the fight against terrorism, in comparison with the need to safeguard human rights in the EC law". Si vedano anche, nello stesso senso, Kokott, Sobotta 2012: 1018; Facchinetti 2018: 12; Beth Harris 2018: 453.

131 Corte di giustizia dell'Unione europea, *Criminal Proceedings against E and F*, caso n. C-550/09, sentenza del 29 giugno 2010, par. 67.

132 Corte di giustizia dell'Unione europea, *European Commission and Others v Yassin Abdullah Kadi*, cit., par. 131.

133 Per una definizione, si vedano Atteritano 2008: 442, secondo cui si tratta del "diritto dell'individuo ad avere un giusto processo, che si svolga al cospetto di un organo giurisdizionale, terzo, imparziale e indipendente, nel rispetto del contraddittorio", e Francioni 2007: 3: "In a general manner, it is employed to signify the possibility for an individual to bring a claim before a court and have a court adjudicate it. In a more qualified meaning access to justice is used to signify the right of an individual not only to enter a court of law, but to have his or her case heard and adjudicated in accordance with substantive standards of fairness and justice. [...] Finally, in a narrower sense access to justice can be used to describe the legal aid for the needy".

CEDU, nell'art. 14 PIDCP, nell'art. 8 CADU, nell'art. 7 della Carta africana dei diritti umani e dei popoli (CADUP), nell'art. 13 della Carta araba dei diritti umani,¹³⁴ nonché nell'art. 64 dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale e, da ultimo, nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Inoltre, in caso di violazione dei diritti umani, il diritto di accesso alla giustizia si lega strettamente al diritto a un rimedio effettivo, garantito dall'art. 2, par. 3, PIDCP e dall'art. 13 CEDU.¹³⁵ Secondo numerosi autori, inoltre, il diritto di accesso alla giustizia avrebbe acquisito lo status di norma di diritto internazionale consuetudinario,¹³⁶ in ragione dell'ampia partecipazione degli Stati ai trattati ora citati, del fatto che tale diritto è stato sancito nelle Costituzioni di numerosi Stati della comunità internazionale,¹³⁷ e del riconoscimento dello stesso in risoluzioni, pur non vincolanti, di organizzazioni internazionali.¹³⁸ Secondo alcuni giudici na-

134 Sull'accesso alla giustizia come "diritto inerente" rispetto all'equo processo, si vedano Comitato dei diritti umani, *General Comment No. 32, Article 14, Right to Equality Before Courts and Tribunals and to a Fair Trial*, UN Doc. CCPR/C/GC/32 del 23 agosto 2007, par. 9; Corte europea dei diritti umani, *Golder v. the United Kingdom* [Plenary], ricorso n. 4451/70, sentenza del 21 febbraio 1975, par. 36.

135 Ma si vedano anche l'art. 6 della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, l'art. 14 della Convenzione contro la tortura o altri trattamenti o pene inumani o degradanti, l'art. 36 della Convenzione sui diritti del fanciullo, e gli artt. 68 e 75 dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale.

136 In dottrina, si vedano Fassbender 2006: 437; Tzanakopoulos 2011: 165; Pisillo Mazzeschi 2015: 316; Schmitt 2017: 100. Secondo Conforti 2014: 279, si tratterebbe di un principio generale riconosciuto dalle nazioni civili. Nella giurisprudenza, si veda ad esempio Tribunale speciale per il Libano, *Prosecutor v. El Sayed*, caso n. CH/PRES/2010/01, ordine che assegna il caso a un giudice preliminare del 15 aprile 2010, par. 20, che cita numerose fonti che giustificano il riconoscimento della natura consuetudinaria della norma che sancisce il diritto di accesso alla giustizia.

137 Peraltro, alcuni giudici nazionali ne hanno riconosciuto espressamente la natura consuetudinaria. Si veda, ad esempio, la sentenza resa nel caso sul genocidio di Srebrenica da Corte d'appello dell'Aja, caso n. 200.022/151/01, sentenza del 30 marzo 2010, par. 5.1: "the right to a fair trial and the right to access to a court of law it entails is a matter of customary international law, which can be invoked independently of the preceding provisions [art. 6 ECHR and art. 14 ICCPR]".

138 Assemblea generale, *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, UN Doc. A/RES/60/147 del 21 marzo 2006, par. 1.

zionali¹³⁹ e internazionali¹⁴⁰ si tratterebbe addirittura di una norma di *ius cogens*. Tale affermazione, tuttavia, oltre a non essere stata condivisa dalla Commissione del diritto internazionale,¹⁴¹ non sembra trovare conferme nel resto della prassi disponibile.¹⁴² Inoltre, e nonostante questo non sia determinante, il diritto di accesso alla giustizia non è menzionato tra le norme ritenute inderogabili dalle clausole di deroga dei trattati in materia di diritti umani. E ancora, ai sensi della giurisprudenza dei tribunali e degli organi di monitoraggio dei trattati internazionali sui diritti umani, il diritto di accesso alla giustizia può subire limitazioni che derivino dalla necessità di perseguire scopi legittimi degli Stati e che siano proporzionate a tal fine.¹⁴³ Come è stato osservato, la possibilità di derogare o limitare tale diritto escluderebbe, allora, la natura

139 Si vedano, ad esempio, le pronunce della Corte suprema argentina citate da Schmitt 2017: 105.

140 Si vedano, ad esempio, Corte interamericana dei diritti umani, *Goiburú et al v. Paraguay*, sentenza del 22 settembre 2006, par. 131; Corte interamericana dei diritti umani, *La Cantuta v. Perù*, sentenza del 29 novembre 2006, par. 160; Tribunale speciale per il Libano, *Prosecutor v. El Sayed*, cit.

141 Commissione del diritto internazionale, *Fourth Report on the Identification and Consequences of Peremptory Norms of General International Law by D. Tladi*, UN Doc. A/CN.4/727 del 31 gennaio 2019. Nella lista, pur non esaustiva, di norme perentorie del diritto internazionale, il diritto di accesso alla giustizia non viene menzionato. La Commissione del diritto internazionale si è limitata ad affermare come vi sia “some support” nella prassi a sostegno di tale affermazione, ma non ha preso posizione al riguardo.

142 Corte europea dei diritti umani, *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], ricorso n. 35763/97, § 54, sentenza del 21 novembre 2001; Corte europea dei diritti umani, *Jones and Others v. the United Kingdom*, ricorsi n. 34356/06 e 40528/06, sentenza del 14 gennaio 2014; Corte europea dei diritti umani, *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v. the Netherlands* [GC], ricorso n. 65542/12, decisione del 27 giugno 2013.

143 Comitato dei diritti umani, *General Comment No. 32, Article 14, Right to Equality Before Courts and Tribunals and to a Fair Trial*, cit., par. 18: “The failure of a State party to establish a competent tribunal to determine such rights and obligations or to allow access to such a tribunal in specific cases would amount to a violation of article 14 if such limitations are not based on domestic legislation, are not necessary to pursue legitimate aims such as the proper administration of justice, or are based on exceptions from jurisdiction deriving from international law such, for example, as immunities, or if the access left to an individual would be limited to an extent that that would undermine the very essence of the right”; Corte europea dei diritti umani, *Baka v. Hungary* [GC], ricorso n. 20261/12, sentenza del 23 giugno 2016.

cogente della norma in cui esso è sancito.¹⁴⁴ Da ultimo, bisogna notare che neppure la nozione di 'consequential *ius cogens*',¹⁴⁵ secondo cui il diritto di accesso alla giustizia acquisirebbe natura cogente quando esercitato per tutelare un diritto a sua volta protetto da una norma imperativa di diritto internazionale,¹⁴⁶ è stata riconosciuta nella prassi internazionale al momento disponibile.¹⁴⁷

A prescindere dalla natura cogente o meno del diritto di accesso al giudice, resta il fatto che, nel realizzare un bilanciamento tra l'interesse al mantenimento della pace e della sicurezza e la tutela del diritto di accesso alla giustizia, la Corte di giustizia dell'Unione europea non ha tutelato un valore meramente protetto dall'ordinamento dell'Unione, ma che invece risulta condiviso con l'ordinamento internazionale e specificamente protetto da norme pattizie e consuetudinarie. Il diritto di accesso alla giustizia rientrerebbe, allora, tra quelle norme che abbiamo sopra definito consustanziali, ossia che esistono con un contenuto sostanziale pressoché identico tanto negli ordinamenti interni quanto nell'ordinamento internazionale, come riconosciuto sia in dottrina¹⁴⁸ che nella prassi.¹⁴⁹

Sempre alla tutela del diritto di accesso alla giustizia, peraltro in relazione a gravissime violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario,¹⁵⁰ è riconducibile la sentenza n. 238

144 Tridimas, Gutierrez-Fons 2008: 695.

145 A tale teoria può accostarsi l'opinione di chi ritiene che una norma perentoria di carattere sostanziale implicherebbe automaticamente una norma perentoria di carattere procedurale, finalizzata a garantire la tutela giurisdizionale della prima (Kolb 2015: 110).

146 Pisillo Mazzeschi 2015: 315. Si veda anche Tzanakopoulos 2010: 264.

147 Anzi, essa è stata fortemente criticata in quanto, pretendendo di attribuire allo *ius cogens* effetti ulteriori rispetto a quelli previsti dal diritto internazionale (nullità dei trattati contrastanti e responsabilità internazionale aggravata), renderebbe tale nozione incerta e indurrebbe gli Stati ad opporsi alla stessa (Kolb 2015: 112).

148 Tzanakopoulos 2011: 165; Nollkaemper 2009.

149 Corte di cassazione francese, caso n. 04-41012, sentenza del 25 gennaio 2005; Corte federale canadese, caso n. FC 580, sentenza del 4 giugno 2009, 20.

150 Su cui si veda Assemblea generale, *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, cit., par. 12: "A victim of gross violation of international

del 2014 della Corte costituzionale italiana. È vero che anche quest'ultima è stata criticata in quanto manifesterebbe un impianto marcatamente dualista e nazionalista, il quale avrebbe ritenuto di far prevalere i valori interni rispetto a quelli internazionali,¹⁵¹ postulando una netta separazione tra i due ordinamenti.¹⁵² La Corte costituzionale ha infatti dichiarato che le norme di diritto internazionale consuetudinario costituiscono un complesso normativo esterno, che occorre attuare nell'ordinamento interno secondo la ricostruzione, vincolante, che ne venga fatta dalla Corte internazionale

human rights law or of a serious violation of international humanitarian law shall have equal access to an effective judicial remedy as provided for under international law".

151 Weiler 2009: 896. Secondo De Bùrca 2010: 7, la pronuncia "emphasizing the separateness, autonomy, and constitutional priority of the EC legal order [...] offers potential encouragement and support to other states and polities to assert the primacy of their autochthonous values over the common goals of the international community"; per Peters 2014: la Corte avrebbe dato "priority to one (state's) national outlook about what constitutes a proper legal order over the universal standard pronounced by an international court. Concededly, the ICJ standard is unsatisfactory and seems to be biased in favor of the inter-state system. On the other hand it still has the merit of being universal". Secondo l'autrice, ciò rischierebbe di "reinforcing the perception that international law is only soft law or even no law at all". Fontanelli 2014, descrive la sentenza come "a call for identitarian exceptionalism"; Beth Harris 2018: 458: "The Court had a rhetorical choice, to appeal to a national or to an international public. It limited itself, regrettably, to the former"; Focarelli 2021: 42: "Judgment No. 238 completely failed to consider the global system wherein Italy exists, which guarantees also the country's national security"; 54: "judgement No. 238 is underlain by an «internalist» theoretical-pragmatist approach to international law, which not only lacks any theoretical foundation (since it does not explain why international law exists and, *qua* «international», what it is for), but which also tends, notwithstanding its intentions, to justify currently popular «sovereignist» positions based on the (doubtful) premise that national law might be «more enlightened» than international law is"; Breuer 2019: 11.

152 Tomuschat 2014: 190; Peters 2014; Boggero 2016. Secondo Cannizzaro 2015, la prospettiva della Corte costituzionale sarebbe criticabile sotto almeno due punti di vista: (1) da un punto di vista strettamente teorico, in quanto si fonda una netta scissione tra il diritto internazionale, considerato come sfera degli interessi interstatali, e l'ordinamento costituzionale, ove i diritti umani avrebbero un ruolo prioritario; (2) da un punto di vista di politica giudiziaria, in quanto tale scissione renderebbe impossibile o comunque più difficoltoso alla Corte costituzionale adempiere quel ruolo di motore nello sviluppo del diritto internazionale consuetudinario verso un sistema maggiormente attento alla protezione dei diritti umani.

di giustizia.¹⁵³ Alla Corte costituzionale spetterebbe, invece, solo pronunciarsi sulla compatibilità di tali norme, per come esistenti nell'ordinamento internazionale, con i principi fondamentali dell'ordinamento interno. Non si è così mancato di notare come la Corte costituzionale avesse, almeno apparentemente, “evitato ogni riferimento allo schema del bilanciamento”,¹⁵⁴ finendo per chiudere l'ordinamento italiano rispetto a quello internazionale, per proteggere i propri principi costituzionali supremi, ritenuti prevalenti. La stessa Corte di cassazione italiana, del resto, aveva ritenuto che la pronuncia della Corte costituzionale non fosse fondata sulla logica del bilanciamento, bensì sulla prevalenza del diritto di accesso al giudice, essendo di conseguenza irrilevante la questione dell'eventuale esistenza di un rimedio alternativo rispetto alla tutela giurisdizionale.¹⁵⁵

Tuttavia, a una più attenta analisi, condivisa da larga parte della dottrina,¹⁵⁶ la Corte costituzionale sembra in re-

153 Corte Costituzionale italiana, sentenza del 22 ottobre 2014, cit., par. 3.1.

154 Greco 2023: 278. Caroli 2023. Così, nella pronuncia manca ogni riferimento all'interrogativo sul se la tutela giurisdizionale, con contestuale riconoscimento dell'immunità, avrebbe potuto essere sostituita da altri rimedi, anche di carattere non strettamente giudiziale (si vedano, al riguardo, De Sena 2014a; Palchetti 2015: 60).

155 Corte di cassazione italiana, Sezione I penale, sentenza del 29 ottobre 2015, cit., par. 5.1.4: “la sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014 non ha affatto posto la condizione che per affermare la giurisdizione nei confronti degli Stati per i crimini di guerra occorra che non via sia nessun'altra possibilità per i danneggiati di fare valere le proprie pretese risarcitorie. Di una tale condizione non vi è traccia nel dispositivo della pronuncia del giudice delle leggi e in motivazione non vi è alcuna considerazione giuridica a sostegno di una tale interpretazione, la *ratio* della decisione essendo esclusivamente la soccombenza del principio di immunità degli Stati dalla giurisdizione per gli atti compiuti *iure imperii* rispetto al diritto di agire in giudizio – da intendersi nei confronti di tutti i responsabili – per la difesa dei diritti inviolabili dell'uomo; mentre, i passi della motivazione in cui si fa riferimento alla totale scopertura di protezione giurisdizionale, che, nei casi dalla Corte costituzionale esaminati, si sarebbe verificata per le persone danneggiate, paiono avere solo uno scopo rafforzativo”.

156 Guazzarotti 2014: 4: “Come a suo tempo sostenuto per la sentenza della Corte di Giustizia UE nel noto caso *Kadi* [...], la Corte Costituzionale ha esercitato una forma di «disobbedienza civile» all'ordinamento delle NU che impone il rispetto delle sentenza della CIC: senza limitarsi a porre dinanzi l'interesse egoistico di far prevalere il proprio ordinamento su quello internazionale, la Corte ha consapevolmente violato una determinata regola dell'ordinamento delle NU al fine (altruistico) di sostenere un principio più ampio (quello della tutela dei diritti inviolabili della persona),

altà aver dato attuazione a principi e valori, quelli relativi alla tutela dei diritti umani fondamentali, che sono riconosciuti anche dall'ordinamento internazionale.¹⁵⁷ Ed infatti, se è innegabile che la Corte costituzionale ha invocato la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali come principio fondamentale della Costituzione nazionale, in virtù degli artt. 2 e 24 Cost.,¹⁵⁸ essa non ha mancato di osservare come si tratti

connotante anch'esso l'ordinamento delle NU e quello internazionale *tout court*"; Palombino 2015: 514: "The Constitutional Court did not limit itself to resorting to counter-limits, but clearly expounded why it was both (a) necessary and (b) reasonable to do so"; Salerno 2015: 33; De Sena 2014: 31; Gradoni 2014; Conforti 2015; Beth Harris 2018: 453; Facchinetti 2018: 9: "if, for instance, the immunity rule as interpreted by the International Court of Justice is found to be incompatible with the right of access to justice by the Italian Constitutional Court, it is not because this latter applies a standard of protection of human rights which is completely different from the international one. Rather, such discrepancies depend on the relative weight attributed by the competent judicial body to the distinction between substance and procedure, which can be used to advance States' interest to the prejudice of the justiciability of individual rights"; De Sena, Starita 2023: 408.

157 Cataldi 2015: 47: "Quando i principi fondamentali dell'ordinamento statale garantiti dal controllo delle Corti supreme nazionali corrispondono anche al «comune sentire» della Comunità internazionale, queste Corti svolgono anche un ruolo al servizio dell'ordinamento internazionale. Sostanzialmente, in questo caso, le Corti nazionali difendono il diritto internazionale da... sé stesso! Questa è la differenza, in termini di legittimità sul piano internazionale, tra le ipotesi di difesa di valori non generalmente condivisi (pensiamo all'esempio [...] della difesa di principi religiosi nazionali di stampo «fondamentalista») e l'ipotesi che invece ci occupa, nella quale la Corte costituzionale [italiana] si è fatta garante di un valore sicuramente proprio della Comunità internazionale, e cioè il diritto di accesso a un giudice per far valere il diritto al risarcimento del danno conseguente al compimento di crimini di guerra accertati. [...] Ciò che è decisivo è pertanto la connessione tra valori domestici fondamentali e valori internazionalmente riconosciuti; se questa «connessione» è presente, la valutazione è legittima anche dal punto di vista del diritto internazionale"; Salerno 2015: 52.

158 Si vedano, ad esempio, Corte costituzionale italiana, sentenza n. 98 del 27 dicembre 1965, par. 2, che ha statuito per la prima volta che il diritto di accesso al giudice "è tra quelli inviolabili dell'uomo, che la Costituzione garantisce all'art. 2, come si arguisce anche dalla considerazione che se ne è fatta nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo". O ancora, Corte costituzionale italiana, sentenza n. 18 del 2 febbraio 1982, par. 4, che ha per la prima volta ritenuto di ascrivere il diritto alla tutela giurisdizionale "tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio", sia pur solo con riferimento al suo "nucleo ristretto ed essenziale", inteso come "diritto di agire e resistere".

anche di uno dei “grandi principi di civiltà giuridica in ogni sistema democratico del nostro tempo”,¹⁵⁹ con ciò facendo emergere la considerazione dello stesso come un principio anche dell’ordinamento internazionale.¹⁶⁰

Quanto alla modalità con cui è giunta alla propria conclusione, a noi sembra che la Corte costituzionale abbia realizzato, sia pur implicitamente, un bilanciamento tra gli interessi in gioco.¹⁶¹ Ed infatti, essa ha ritenuto che il riconoscimento dell’immunità nei confronti della Germania, nel caso concreto, avrebbe reso “del tutto sproporzionato il sacrificio di due principi supremi consegnati nella Costituzione rispetto all’obiettivo di non incidere sull’esercizio della potestà di governo dello Stato” (tedesco).¹⁶² Dunque, la pronuncia della Corte costituzionale italiana “can be understood as a legitimate attempt to balance the demands of two legal orders, each with their own rule of law logic and values”.¹⁶³ Ma se si considera, come detto sopra, che i principi e valori invocati sono condivisi anche dall’ordinamento internazionale, essa avrebbe realizzato un bilanciamento tra interessi in ultima analisi protetti da quest’ultimo, finendo per far prevalere la tutela dei diritti umani sulla protezione della sovranità statale. In questo senso, allora, può effettivamente sostenersi che la pronuncia ha rafforzato un certo “trend towards a stronger respect of human rights, achieved through domestic courts against the international legal order”,¹⁶⁴ ma senza negare, ed anzi contribuendo a proteggere, interessi e valori propri anche di tale ordinamento.

Inoltre, il ricorso a un approccio che non si fondi sulla distinzione formale e sullo scontro tra ordinamenti (interno e internazionale), ma sul bilanciamento di interessi e valori che risultano in ultima analisi protetti dall’ordinamento internazionale, è ancora più evidente nelle pronunce che hanno preceduto la sentenza n. 238 del 2014. Si consideri, in particolare,

159 Corte costituzionale, sentenza 238/2014, cit., par. 3.4.

160 De Sena 2014: 29.

161 Acconciamezza 2023: 646; De Sena 2014a.

162 Corte costituzionale, sentenza n. 238 del 2014, cit., par. 3.4.

163 Gradoni 2014c. Si vedano anche Pisillo Mazzeschi 2015: 34; Salerno 2015: 50; Palombella 2016: 607; Papa 2015: 19.

164 Lando 2015: 1038.

la sentenza *Ferrini*. Si ritiene generalmente che in quel caso la Corte di cassazione italiana abbia adottato una prospettiva meramente gerarchica, volta a sancire la prevalenza delle norme di *ius cogens* (che vietano la commissione di crimini internazionali) sul diritto internazionale generale (in materia di immunità).¹⁶⁵ Tuttavia, vi è anche chi vi ha correttamente rilevato un approccio fondato sul bilanciamento tra i valori (propri dello stesso ordinamento internazionale) in materia di tutela della sovranità statale, da un lato, e tutela della dignità umana e dei diritti umani fondamentali, dall'altro.¹⁶⁶ O si consideri, ancora, l'ordinanza *Mantelli*, ove la Corte di cassazione ha affermato che "l'innegabile «antinomia» tra i riferiti principi [...] non può altrimenti risolversi [...] che «sul piano sistematico» dando prevalenza alle norme di rango più elevato", individuate in quelle che garantiscono "il rispetto dei diritti inviolabili della persona", che hanno assunto "anche nell'ordinamento internazionale, il ruolo di principio fondamentale, per il suo contenuto assiologico di metavalore",¹⁶⁷ in tal modo realizzando, ancora una volta, un bilanciamento.¹⁶⁸

Ci sembra, quindi, che la giurisprudenza italiana in materia di immunità presenti delle caratteristiche nettamente differenti rispetto agli approcci che abbiamo analizzato nel paragrafo precedente. Se in quei casi i giudici interni si limitavano a sancire la prevalenza della Costituzione nazionale sul diritto internazionale incompatibile, allo scopo di proteggere la sovranità statale e i diritti (definiti essenziali) del proprio Stato, la prassi italiana presenta una situazione capovolta. Di fronte ad obblighi internazionali posti a tutela della sovranità statale, si fanno prevalere principi costituzionali supremi che, in ultima analisi proteggono valori condivisi anche dall'ordi-

165 Corte di cassazione italiana, Sezioni unite civili, sentenza dell'11 marzo 2004, cit.

166 De Sena, De Vittor 2005: 89; Gradoni, Tanzi 2012: 206.

167 Corte di cassazione italiana, Sezioni unite civili, ordinanza n. 14201 29 maggio 2008.

168 De Vittor 2008: 145: "la Corte, pur invocando la superiorità gerarchica delle norme poste a tutela dei diritti umani, perviene ad affermare la giurisdizione del giudice italiano nei confronti della Germania, non tanto sulla base della prevalenza formale del diritto cogente, ma, piuttosto, procedendo ad un'interpretazione sistematica dell'ordinamento internazionale, alla luce dei valori fondamentali che lo caratterizzano sul piano sostanziale".

namento internazionale, in materia di diritti fondamentali degli individui, e non dello Stato.

Peraltro, gli stessi sviluppi successivi alla sentenza n. 238 del 2014 dimostrano come lo Stato italiano abbia operato nell'ottica della tutela di interessi generali e condivisi dalla comunità internazionale, e non meramente egoistici.¹⁶⁹ Infatti, subito dopo l'introduzione, da parte della Germania, di un nuovo giudizio contro l'Italia dinanzi alla Corte internazionale di giustizia, il Governo italiano ha adottato l'art. 43, comma 3, del decreto-legge n. 23 del 20 aprile 2022, convertito con legge n. 79 del 29 giugno 2022. Ai sensi di tale disposizione, le procedure esecutive fondate su titoli aventi ad oggetto l'accertamento e la liquidazione dei "danni subiti dalle vittime dei crimini di guerra e contro l'umanità per la lesione dei diritti inviolabili della persona" commessi dal Terzo Reich nel periodo tra il 1 settembre 1939 e l'8 maggio 1945 o derivanti da sentenze straniere (riconosciute in Italia) di condanna della Germania per il risarcimento dei danni provocati nello stesso periodo, non possono essere iniziate o proseguite, e i giudizi instaurati sono estinti. A fronte di tale preclusione dell'accesso al giudizio esecutivo, il comma 1 della disposizione ha istituito presso il Ministero dell'economia e delle finanze della Repubblica italiana un Fondo volto al 'ristoro' dei danni menzionati, cui possono accedere coloro che "hanno ottenuto un titolo costituito da sentenza passata in giudicato avente ad oggetto l'accertamento e la liquidazione dei danni in oggetto, commessi nel territorio italiano o ai danni di cittadini italiani". In sostanza, a fronte del diniego dell'immunità della Germania dalla giurisdizione di cognizione italiana, che in numerosi procedimenti ha portato alla condanna della stessa per i crimini commessi nel corso del secondo conflitto mondiale, lo Stato italiano si è accollato il pagamento del risarcimento (ristoro) dei danni liquidati in tali sentenze, precludendo azioni esecutive nei confronti dei beni della Germania presenti sul territorio italiano. Tale norma, in ragione del meccanismo alternativo rispetto alla

169 Si veda, ad esempio, la pronuncia del Tribunale di Firenze n. 2468 del 6 luglio 2015, che ha parlato di sovranità dei valori fondamentali condivisi internazionalmente, che dovrebbero prevalere nel contrasto con gli interessi sovrani protetti dalla norma sull'immunità.

tutela giurisdizionale esecutiva da essa istituito, è stata ritenuta costituzionalmente legittima dalla Corte costituzionale italiana proprio in quanto ha realizzato un adeguato bilanciamento tra, da un lato, il diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali delle vittime, il quale include l'accesso alla tutela esecutiva, e, dall'altro lato, l'interesse dell'Italia al rispetto dei propri obblighi internazionali nei confronti della Germania.¹⁷⁰

È evidente, quindi, come lo scopo ultimo perseguito dai giudici italiani nel negare l'immunità giurisdizionale alla Germania non possa essere considerato di carattere egoistico e meramente interno, in quanto in tal modo essi hanno contribuito a dare attuazione al diritto a un rimedio effettivo avverso gravi violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario, tutelato anche dall'ordinamento internazionale, accollandosi peraltro i costi.

In tale filone si inseriscono anche quelle pronunce che, sul modello italiano, hanno rifiutato di applicare la norma sull'immunità giurisdizionale degli Stati rispetto a gravi violazioni dei diritti umani.

In particolare, la summenzionata decisione della Corte distrettuale di Seoul si presta a letture diverse.¹⁷¹ Secondo una lettura, essa avrebbe utilizzato argomenti costituzionalisti e prettamente gerarchici per affermare che la Costituzione coreana prevale nell'ordinamento interno e impedisce l'operatività di norme consuetudinarie contrastanti.¹⁷² Tuttavia, in tale pronuncia è possibile riscontrare anche argomenti fondati sul diritto internazionale e sui valori su cui l'ordinamento internazionale si regge, al punto che è stato osservato come "this ruling may also be read as the outcome of an interpretative balance drawn by the Court between the international law principles of sovereign equality of States and human

170 Corte costituzionale italiana, sentenza n. 150 del 21 luglio 2023, par. 13.

171 Bufalini 2021: 701 s.: "il ragionamento della Corte distrettuale sembra oscillare tra una impostazione internazionalista – che cerca di riflettere sulla natura dinamica e in costante evoluzione delle norme internazionali in materia di immunità dello Stato – e un approccio costituzionalista – che sembra invece fare leva su alcuni principi fondamentali della Costituzione, che non potrebbero essere sacrificati dall'applicazione del diritto internazionale generale".

172 Gervasi 2022: 171.

rights protection".¹⁷³ Essa, in particolare, avrebbe ritenuto che la commissione di crimini internazionali non risulta coperta dalla norma di diritto internazionale consuetudinario che riconosce l'immunità degli Stati dalla giurisdizione straniera e, posta l'esistenza di una tale lacuna, avrebbe proceduto a bilanciare i principi rilevanti nel caso di specie, segnatamente il principio di eguaglianza sovrana e il principio di dignità umana. In ragione della gravità delle violazioni commesse e dell'assenza di rimedi alternativi in favore delle vittime, la Corte distrettuale avrebbe concluso che riconoscere l'immunità al Giappone avrebbe realizzato un bilanciamento irragionevole tra tali principi. E allora, la Corte avrebbe posto l'accento "sulla ragionevolezza od opportunità di un'eccezione alla regola sull'immunità, senza richiamare gli argomenti della superiorità del diritto cogente e del contrasto con la Costituzione".¹⁷⁴ In questo senso, ancora una volta, la questione sarebbe stata impostata non come conflitto tra ordinamenti (interno e internazionale), ma tra principi propri dell'ordinamento internazionale, e sarebbe stata risolta sulla base di un bilanciamento tra gli stessi.

Infine, per uscire dall'ambito dell'immunità, è stato notato che la logica che ha ispirato la sentenza n. 238 del 2014 sembra rinvenibile anche nella citata pronuncia *Görgülü* della Corte costituzionale federale tedesca.¹⁷⁵ In particolare, il ricorrente era un padre che aveva tentato dinanzi ai giudici tedeschi, senza successo, di ottenere il riconoscimento di un diritto di visita nei confronti di suo figlio che, a sua insaputa, era stato dato in adozione dalla madre. La Corte europea dei diritti umani aveva considerato il diniego di riconoscimento di tale diritto come una violazione del diritto al rispetto della vita familiare, garantito dall'art. 8 CEDU. Quando il giudice di merito tedesco si è rifiutato di modificare la propria posizione al riguardo, disattendendo la pronuncia della Corte europea, il caso è stato portato dinanzi alla Corte costituzionale federale. Quest'ultima, come già evidenziato, ha ritenuto che i giudici tedeschi non abbiano un obbligo assoluto di dare attuazione alle pronunce della Corte europea, potendo disat-

173 Pavoni 2022: 34.

174 Gervasi 2022 173.

175 Malenovsky 2017: 321.

tenderle sulla base di 'reasonable grounds' come, in questo caso, il diritto della controparte nel giudizio (la madre) ad essere sentita, qualora non fosse stato preso sufficientemente in considerazione dalla Corte europea. Il giudice interno tenuto a dare attuazione alla pronuncia internazionale deve, allora, realizzare un adeguato bilanciamento tra gli interessi contrastanti.¹⁷⁶ Deviazioni da un obbligo internazionale sono state quindi giustificate da circostanze eccezionali, quando "they have to serve the protection of constitutional rights or other constitutional provisions" in materia di diritti fondamentali dell'individuo.¹⁷⁷

Ora, non può non notarsi che le pronunce esaminate sono accumulate dal contenuto degli interessi invocati e dal tipo di argomentazione utilizzata. Dal primo punto di vista, esse si caratterizzano per la sostanziale corrispondenza tra i principi costituzionali fondamentali invocati per opporsi all'adempimento di un obbligo internazionale e interessi e valori che sono protetti anche dall'ordinamento internazionale. Dal secondo punto di vista, le sentenze in questione si fondano sulla logica del bilanciamento, volta ad argomentare per quale motivo le conclusioni raggiunte debbano considerarsi l'esito di un ragionevole compromesso tra gli interessi in gioco.

5. La posizione dei tribunali internazionali

Resta da vedere se la distinzione ora tracciata tra prospettiva meramente 'costituzionalista' e prospettiva 'internazionalista' dei giudici interni, e le diverse conseguenze che pretendiamo di farne derivare sul piano dell'ordinamento internazionale, abbia ad oggi trovato un qualche riscontro nel diritto internazionale. Lo ripetiamo: secondo l'ipotesi qui esaminata, il diritto internazionale riterrebbe sicuramente illecite le ipotesi di inadempimento di un obbligo interna-

176 Corte costituzionale federale tedesca, sentenza del 14 ottobre 2004, cit., par. 57: "In taking into account decisions of the ECHR, the state bodies must include the effects on the national legal system of their application of the law. This applies in particular with regard to a partial system of domestic law whose legal consequences are balanced and that is intended to achieve an equilibrium between differing fundamental rights".

177 Petersen 2019: 100.

zionale fondate sulla invocazione di interessi o valori meramente egoistici dello Stato o in ogni caso interni; al contrario, esso ammetterebbe come legittime quelle istanze di tutela di principi costituzionali fondamentali che corrispondono a interessi e valori condivisi dalla comunità internazionale nel suo complesso e che lo facciano all'esito di un adeguato bilanciamento tra gli interessi in gioco.¹⁷⁸

Tale ipotesi, tuttavia, sembra essere parzialmente smentita dalla giurisprudenza dei tribunali internazionali che, in un modo o nell'altro, hanno avuto modo di pronunciarsi sulla questione. Parzialmente in quanto la giurisprudenza disponibile, da un lato, conferma l'assoluta illiceità per il diritto internazionale di quello che abbiamo definito approccio costituzionalista (paragrafo 5.1); dall'altro lato, tuttavia mostra come i tribunali internazionali si siano mostrati piuttosto indifferenti rispetto alle istanze avanzate dall'approccio internazionalista il quale, più che avallato, tende ad essere (almeno implicitamente) contraddetto o, in ogni caso, ignorato (paragrafo 5.2).

5.1. Il netto rigetto dell'approccio costituzionalista

Ciò che la giurisprudenza dei tribunali internazionali conferma è l'assoluta inaccettabilità, e dunque illiceità, per il diritto internazionale, di quello che abbiamo definito approccio costituzionalista, volto a invocare interessi egoistici o meramente interni dello Stato. Ed infatti, in tutte le ipotesi in cui i tribunali internazionali si sono pronunciati su tale questione, hanno ribadito con forza l'operatività del principio di supremazia del diritto internazionale e la connessa impossibilità di invocare il diritto interno, anche costituzionale, per giustificare la violazione degli obblighi internazionali dello Stato.¹⁷⁹

178 Risolvendo un conflitto normativo tra norme di diritto internazionale, lo Stato in questione non sarebbe responsabile per la violazione della norma contrastante (Milanovic 2009: 73).

179 Saccucci 2018: 260: «sino ad oggi, la tesi dell'invocabilità *ad excusandum* dei principi fondamentali del diritto interno non ha mai trovato alcun esplicito riscontro da parte degli organi di protezione dei diritti umani (né – a quanto consta – da parte di altre istanze internazionali di risoluzione delle controversie), i quali continuano ad «esigere» l'adempimento «integrale» degli obblighi rimediali anche nel caso in cui ciò comporti la «rinuncia»

In primo luogo, i tribunali internazionali hanno costantemente rigettato le difese degli Stati volte a sostenere che la mancata attuazione di un obbligo internazionale fosse dovuta alla necessità di conformarsi a un principio costituzionale fondamentale.

Ad esempio, nell'ambito dei summenzionati casi in materia di indipendenza del potere giudiziario, la Corte europea dei diritti umani ha dovuto pronunciarsi su una difesa formulata dal Governo polacco secondo cui la necessità di difendere i valori costituzionali interni, per come sancita in una sentenza della Corte costituzionale polacca, avrebbe implicato il venir meno del carattere vincolante degli obblighi internazionali con essi incompatibili e, dunque, escluso la commissione di un illecito internazionale.¹⁸⁰ A detta del Governo polacco, spetterebbe alla propria Corte costituzionale stabilire i limiti del consenso prestato tramite la ratifica di un trattato internazionale, i quali sono sanciti dalla Costituzione tanto in senso formale (con riferimento alle procedure che devono essere rispettate per assumere validamente un obbligo internazionale), quanto in senso sostanziale (relativo alla compatibilità dell'obbligo assunto con la Costituzione). Di conseguenza, qualora una sentenza costituzionale sancisca

a determinati principi costituzionali interni ritenuti di importanza fondamentale”.

180 Corte europea dei diritti umani, *Wałęsa v. Poland*, cit., parr. 136 s.: “the Government said that the limitation resulting from the Constitutional Court’s judgment could not be perceived as a violation by Poland of the international law that was binding upon the State because it did not affect the very content of the provision of the Convention that Poland had accepted when ratifying it. It constituted a boundary in the dynamics of the Court’s law-making autonomy and should be treated as the State’s opposition to an attempt to shape an international obligation with a new content and impose it on Poland *per facta concludentia*, outside the treaty amendment procedure. They further said that in that judgment the Constitutional Court had emphasised that international law was consensual and derived solely from the will of the States. Poland had made concessions in terms of its sovereignty and had conferred on the Court the Convention powers of authority of a judicial and interpretative nature. However, this consent was not unlimited in content. Its substantive framework (i.e. the content of the norms) and procedural framework (i.e. the procedure to become bound by an instrument) were provided by the Constitution of the Republic of Poland, with the Constitutional Court as its guardian. Consequently, the Court could exercise its authority as long as Poland did not oppose it on the grounds of the Constitution, e.g., by way of a Constitutional Court ruling”.

l'incompatibilità di un obbligo internazionale, segnatamente di una sentenza della Corte europea, con la Costituzione, tale ipotesi dovrebbe essere considerata "an emanation of the constitutionally justified objection against the [European] Court's authority of a judicial and interpretative nature".¹⁸¹ In sostanza, il Governo riteneva che la Costituzione polacca giustificasse un'eccezione all'obbligatorietà dell'interpretazione resa dalla Corte europea dell'art. 6 CEDU e all'obbligo di dare attuazione alle sentenze dove tale interpretazione fosse stata resa. In risposta a tale argomento, dopo aver richiamato espressamente il principio di supremazia del diritto internazionale e la connessa impossibilità di invocare il diritto interno, anche costituzionale, per giustificare l'inadempimento di obblighi pattizi,¹⁸² la Corte europea ha sancito che una sentenza di una corte costituzionale non produce alcun effetto in merito all'efficacia giuridicamente vincolante delle proprie sentenze.¹⁸³ La Corte europea ha quindi ritenuto che quello della Polonia fosse un semplice tentativo mascherato di sottrarsi 'selettivamente' all'adempimento degli obblighi derivanti dalla CEDU e alla propria giurisdizione, in violazione degli obblighi internazionali assunti tramite la ratifica del trattato:

In that regard, the Court would emphasise that the acceptance of the State's obligations under the Convention may not be selective and that the Contracting State – including its highest courts – cannot, at their will, exclude the operation and application of the

181 Ivi, par. 138.

182 Ivi, par. 142: "All Contracting Parties should abide by the rule of law standards and respect their obligations under international law, including those voluntarily undertaken when they ratified the Convention. The principle that States must abide by their international obligations has long been entrenched in international law; in particular, «a State cannot adduce as against another State its own Constitution with a view to evading obligations incumbent upon it under international law or treaties in force» [...]. The Court emphasises that, under the Vienna Convention on the Law of Treaties, a State cannot invoke its domestic law, including the constitution, as justification for its failure to respect its international law commitments (see Article 27 of the Vienna Convention [...]). Si vedano anche Corte europea dei diritti umani, *Juszczyszyn v. Poland*, cit., par. 208; Corte europea dei diritti umani, *Grzęda v. Poland*, cit., par. 340.

183 Corte europea dei diritti umani, *Wałęsa v. Poland*, cit., par. 143.

Convention provisions by, as the Government seem to suggest in the present case, «removing» them, together with the Court's final and binding judgments, from the legal system [...] Ratifying the Convention, the States take upon themselves, as stated in the Preamble to the Convention «the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in [the] Convention». While the Preamble recognises the State's margin of appreciation in discharging that responsibility, that margin is subject to the Court's supervisory jurisdiction. As a consequence, the States must respect the Court's treaty-given power under Article 32 of the Convention to rule on all matters concerning the interpretation and application of the Convention. [...] Seen from this perspective, the Constitutional Court's judgment cannot be considered anything other than an attempt to restrict the Court's jurisdiction under Articles 19 and 32 of the Convention, undermining the rule of law standards.¹⁸⁴

Ne deriva che, secondo la Corte europea, uno Stato non può invocare la necessità di proteggere i principi essenziali della propria Costituzione come giustificazione per il mancato adempimento dei propri obblighi internazionali.

Anche la Corte interamericana dei diritti umani si è nettamente opposta ai tentativi degli Stati di far prevalere i propri interessi e la difesa della sovranità statale rispetto all'attuazione degli obblighi assunti per il tramite della ratifica della CADU. In particolare, nell'ambito del monitoraggio sull'esecuzione della sentenza *Castillo Peruzzi* essa ha affermato che l'obbligo di dare attuazione alle proprie sentenze, sancito dall'art. 68, par. 1, CADU

corresponds to a basic principle of the law of international state responsibility, supported by international jurisprudence, according to which States must fulfill their conventional international obligations in good faith (*pacta sunt servanda*) and, as the Court has already stated, cannot for reasons of domestic law fail to assume already established international respon-

184 Ivi, par. 144.

sibility. [...] in this respect, Article 27 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties codifies a basic principle of general international law [...].¹⁸⁵

Nell'ordinanza sul controllo dell'esecuzione della sentenza *Aptiz Barbera* essa ha inoltre statuito che "the State cannot invoke a decision of a domestic court to justify its non-compliance, even when that court is the highest in the domestic legal order".¹⁸⁶ A detta della Corte interamericana, questo sarebbe incompatibile con i principi basilari del diritto internazionale, su cui l'obbligo di attuazione della CADU e delle pronunce rese dalla Corte stessa si regge.¹⁸⁷ O ancora, quanto al rifiuto della Corte suprema argentina di dare attuazione all'obbligo sancito nella sentenza resa nel caso *Fonvecchia e D'Amico*, la Corte interamericana ha ribadito che gli Stati non possono invocare il diritto costituzionale per giustificare la mancata attuazione dei propri obblighi pattizi.¹⁸⁸ È interessante notare come diverse corti supreme di Stati latino-americani, che pure in passato si erano opposte all'attuazione di

185 Corte interamericana dei diritti umani, *Castillo Peruzzi et al v. Peru*, ordinanza sul monitoraggio dell'esecuzione, cit., par. 4.

186 Corte interamericana dei diritti umani, *Aptiz Barbera v. Venezuela*, ordinanza sul monitoraggio dell'esecuzione, cit., par. 39.

187 Ibid.: "The manifest non-compliance expressed by the judgment of the Supreme Court of Justice prevents the Convention from having practical effects and its application in the specific case by its ultimate interpreter. Similarly, it fails to recognize the principle of international *res judicata* with regard to a matter that has already been decided and annuls and renders illusory the right of access to inter-American justice for the victims of human rights violations, which perpetuates the human rights violations that were found in the judgment. Therefore, pursuant to the international law that has been democratically and sovereignly accepted by the Venezuelan State, it is unacceptable that, when the Inter-American Court has delivered a judgment, domestic law or the State's authorities attempt to make it ineffective".

188 Corte interamericana dei diritti umani, *Fonvecchia and D'Amico v. Argentina*, ordinanza sul monitoraggio dell'esecuzione, cit. par. 14. Si veda anche Corte interamericana dei diritti umani, *Case of the Yean and Bosico Children and Case of Expelled Dominicans and Haitians v. Dominican Republic*, ordinanza sul monitoraggio dell'esecuzione del 12 marzo 2019, par. 22: "En lo concerniente al cumplimiento de las sentencias de la Corte, los Estados Partes en la Convención no pueden invocar disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento de las obligaciones contenidas en dicho tratado. No se trata de resolver el problema de la supremacía del derecho internacional sobre el nacional en el orden interno, sino únicamente de hacer cumplir aquello a lo que los Estados soberanamente se comprometieron".

sentenze della Corte, si sono adeguate a tale interpretazione.¹⁸⁹

A conferma del rigetto, da parte dei tribunali internazionali, dell'invocazione di principi meramente interni per giustificare la violazione di un obbligo internazionale, si consideri anche l'irrelevanza che gli stessi attribuiscono alla divisione interna delle competenze tra autorità statali e alla separazione dei poteri ai fini della valutazione del rispetto degli obblighi internazionali dello Stato nel suo complesso. Al riguardo, il Comitato ONU dei diritti umani ha espressamente affermato quanto segue:

The executive branch that usually represents the State Party internationally, including before the Committee, may not point to the fact that an action incompatible with the provisions of the Covenant was carried out by another branch of government as a means of seeking to relieve the State Party from responsibility for the action and consequent incompatibility. This understanding flows directly from the principle contained in Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, according to which a State Party «may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty».¹⁹⁰

189 Consiglio supremo di giustizia militare del Perù, sentenza del 4 giugno 2001, cit., 145: "Peru is a party to Vienna Convention on the Law of Treaties, which established by its twenty-seventh Article that '[a] party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty', in the spirit of which, the *Consejo Supremo de Justicia Militar*, as an integral part of the Peruvian State, must comply with the international ruling in accordance with its terms and in such a manner as to implement the decision it contains in its entirety, vesting it with full effect and eliminating any obstacle presented by substantive or procedural internal law that might stand in the way of its due execution and full performance"; Corte costituzionale peruviana, caso n. 679-2005- PA/TC, sentenza del 2 marzo 2007, che ha fatto riferimento al "basic principle of law on the international responsibility of the State that a State has to comply with its international treaty obligations in good faith (*pacta sunt servanda*) and, as established in Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties [...], a party could not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty".

190 Comitato dei diritti umani, *General Comment No. 31, The Nature and the General Legal Obligation Imposed on State Parties to the Covenant*, cit., par. 4.

Inoltre, la Corte europea dei diritti umani ha chiarito che “for the purposes of the Convention, the sole issue of relevance is the State’s international responsibility, irrespective of the national authority to which the breach of the Convention in the domestic system is imputable”.¹⁹¹ Per tale motivo, lo Stato non può invocare inadempimenti o mancanze attribuibili ad organi subordinati per giustificare il mancato rispetto dei propri obblighi internazionali,¹⁹² e neppure l’espresso rifiuto da parte di altri organi dello Stato di dare attuazione a specifici obblighi internazionali.¹⁹³ Inoltre, la Corte europea ha chiarito che la separazione dei poteri costituisce un principio di natura interna, che gli Stati sono liberi di invocare per giustificare il mancato rispetto di un proprio obbligo internazionale, ma senza poter prendere che ne derivino le conseguenze sul piano della loro responsabilità internazionale, che sorge in ogni caso.¹⁹⁴

191 Corte europea dei diritti umani, *Assanidze v. Georgia*, cit., par. 146.

192 Ibid.: “Even though it is not inconceivable that States will encounter difficulties in securing compliance with the rights guaranteed by the Convention in all parts of their territory, each State Party to the Convention nonetheless remains responsible for events occurring anywhere within its national territory. Further, the Convention does not merely oblige the higher authorities of the Contracting States themselves to respect the rights and freedoms it embodies; it also has the consequence that, in order to secure the enjoyment of those rights and freedoms, those authorities must prevent or remedy any breach at subordinate levels [...]. The higher authorities of the State are under a duty to require their subordinates to comply with the Convention and cannot shelter behind their inability to ensure that it is respected”.

193 Corte europea dei diritti umani, *Shamayev and Others v. Georgia and Russia*, cit., par. 498: “the Court wishes to reiterate, as clearly as possible, that it cannot have several national authorities or courts as interlocutors, and that it is only the liability of the Russian State as such – and not that of a domestic authority or body – that is in issue before it [...]. It is not therefore for the Court to assess the merits of the Stavropol Regional Court’s refusals, on which the Russian Government seek to rely. Its examination is limited to the arguments presented before it by the Representative of the Russian Federation and the question of whether that State, a High Contracting Party to the Convention, has discharged its obligations under the provisions of that treaty”.

194 Corte europea dei diritti umani, *Willems and Gorjon v. Belgium*, cit., par. 57 s.: “Quant à la déclaration unilatérale du Gouvernement, la Cour de cassation a considéré que «le principe de la séparation des pouvoirs implique que le pouvoir judiciaire n’est lié ni par l’interprétation que l’administration donne de la Convention ni par son affirmation suivant laquelle un juge aurait méconnu celle-ci» [...]. Même si la notion de séparation des

Da ultimo, è interessante notare come la Corte interamericana dei diritti umani abbia ritenuto una riserva tendente a far prevalere la Costituzione nazionale sulla CADU incompatibile con l'oggetto e lo scopo di quest'ultima. In particolare, si ricordi che Trinidad e Tobago, al momento dell'accettazione della giurisdizione della Corte interamericana, aveva formulato una riserva secondo cui tale accettazione era da ritenersi formulata nei limiti della compatibilità con la propria Costituzione.¹⁹⁵ Secondo lo Stato, questo implicherebbe il potere di decidere, caso per caso, quando la sottoposizione alla giurisdizione della Corte interamericana debba ritenersi compatibile con la propria Costituzione.¹⁹⁶ La Corte interamericana ha invece sancito che una riserva che subordina l'applicazione della CADU al diritto interno degli Stati membri, per come determinato dai propri giudici nazionali, è incompatibile con l'oggetto e lo scopo del trattato.¹⁹⁷ In particolare, ha ritenuto che questo sarebbe stato in contrasto con il principio della supremazia della CADU rispetto al diritto interno:

accepting the said declaration in the manner proposed by the State would lead to a situation in which the Court would have the State's Constitution as its

pouvoirs exécutif et judiciaire a pris une importance particulière dans la jurisprudence de la Cour [...], il s'agit en l'espèce d'un principe général de droit interne belge auquel la Cour de cassation se réfère. La détermination du contenu exact de ce principe relève de la marge d'appréciation dont disposent les États contractants [...]. Il n'appartient pas à la Cour de s'immiscer dans cette question de droit interne [...]. Elle ne peut que prendre acte de la position adoptée par la Cour de cassation et en tirer les conséquences qui s'imposent sous l'angle de la Convention".

195 La riserva sanciva che "[a]s regards Article 62 of the Convention, the Government of the Republic of Trinidad and Tobago, recognizes the compulsory jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights, as stated in the said article, only to such extent that recognition is consistent with the relevant sections of the Constitution of the Republic of Trinidad and Tobago; and provided that Judgment of the Court does not infringe, create or abolish any existing rights or duties of any private citizen".

196 Corte interamericana dei diritti umani, *Benjamin et al v. Trinidad and Tobago*, cit., par. 45.

197 Ivi, par. 79: "the instrument of acceptance of the Court's compulsory jurisdiction on the part of Trinidad and Tobago [...] is general in scope, which completely subordinates the application of the American Convention to the internal legislation of Trinidad and Tobago as decided by its courts. This implies that the instrument of acceptance is manifestly incompatible with the object and purpose of the Convention".

first point of reference, and the American Convention only as a subsidiary parameter, a situation which would cause a fragmentation of the international legal order for the protection of human rights, and which would render illusory the object and purpose of the Convention.¹⁹⁸

Alla luce di quanto sopra, può dirsi che, di fronte a Stati che invocano principi costituzionali posti a tutela degli interessi nazionali e della sovranità come motivo di giustificazione dell'inadempimento di un obbligo internazionale, i tribunali internazionali riaffermano con forza il principio di supremazia del diritto internazionale sul diritto interno e non attribuiscono alcuna rilevanza, sul piano del sorgere della responsabilità internazionale dello Stato, al carattere pur fondamentale o supremo dei principi costituzionali invocati.

5.2. La tendenziale indifferenza rispetto all'approccio internazionalista

Più complesso risultare accertare la posizione dei tribunali internazionali rispetto a quello che abbiamo definito approccio internazionalista, fondato sulla risoluzione del conflitto tra norme internazionali sulla base del bilanciamento, posto che esso non è mai stato in quanto tale sottoposto all'attenzione degli stessi o, quando in qualche modo sollevato, è stato tendenzialmente ignorato. Ciò ci induce a ritenere che i tribunali internazionali siano piuttosto indifferenti rispetto agli argomenti sviluppati dai tribunali interni che abbiamo sopra esaminato.

Si può cominciare notando che, laddove è stata sottolineata in qualche modo la necessità di rispettare un obbligo internazionale, sostanzialmente coincidente con una norma presente nell'ordinamento costituzionale interno, per giustificare l'inadempimento di un altro obbligo internazionale, la Corte internazionale di giustizia ha sbrigativamente rigettato l'argomento. In particolare, nel caso sull'*Obbligo di perseguire o estradare* il Senegal ha sostenuto che il ritardo

198 Ivi, par. 84. Si veda anche Corte interamericana dei diritti umani, *Hilaire et al v. Trinidad and Tobago*, cit., par. 93.

nell'attuazione dell'obbligo di perseguire un responsabile del crimine internazionale di tortura presente sul proprio territorio, previsto dall'art. 7 della Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti inumani o degradanti del 10 dicembre 1984, era in parte dovuto alla necessità di dare attuazione a un altro obbligo internazionale. Questo in quanto il Senegal aveva tardivamente adottato le norme interne volte permettere la persecuzione del reato di tortura, in adempimento dei propri obblighi previsti dalla Convenzione contro la tortura.¹⁹⁹ Pertanto, in una sentenza della Corte di giustizia dell'ECOWAS si era osservato come l'applicazione di tali modifiche legislative al possibile processo nei confronti di Habré, ex Presidente del Ciad responsabile di crimini internazionali commessi durante il proprio mandato, avrebbe creato problemi sotto il profilo del principio di non retroattività in materia penale.²⁰⁰ Rispetto a tale argomento, la Corte internazionale di giustizia si è limitata a replicare che "Senegal's duty to comply with its obligations under the Convention [Against Torture] cannot be affected by the decision of the ECOWAS Court of Justice".²⁰¹

Ma i casi in cui argomenti riconducibili a quello che abbiamo definito approccio internazionalista sono stati espressamente rigettati dalla Corte internazionale di giustizia sono senza dubbio quelli in materia di immunità giurisdizionali degli organi statali e degli Stati, in cui essa ha rifiutato di ricorrere alla tecnica del bilanciamento per risolvere un conflitto analogo a quello che abbiamo visto presentarsi dinnanzi a diversi giudici interni.²⁰²

199 Corte internazionale di giustizia, *Obligation to Prosecute or Extradite*, cit., par. 108. Il Belgio ha replicato che "if Senegal is now confronted with a situation of conflict between international obligations as a result of that decision, that is the result of its own failings in implementing the Convention against torture".

200 Ivi, par. 110: "While bearing in mind its duty to comply with its conventional obligation, it contends that it is nonetheless subject to the authority of that court".

201 Ivi, par. 111.

202 Si veda De Sena 2016: 1016, per cui i casi sono emblematici del "cost of non-proportionality"; it refers to the negative effects in terms of protection of human rights of not making use of the proportionality principle by courts called upon to decide precisely disputes which, in one way or another, affect human rights".

Nel caso sul *Mandato d'arresto* la Repubblica Democratica Congo (RDC) chiedeva alla Corte internazionale di giustizia di accertare e dichiarare che il Belgio aveva violato la regola di diritto consuetudinario sull'inviolabilità personale e sull'immunità dalla giurisdizione penale dei Ministri degli affari esteri in carica, per aver emesso un mandato d'arresto per crimini internazionali nei confronti del Ministro degli esteri della RDC. La Corte ha ritenuto che l'immunità dei Capi di Stato, Capi di Governo e Ministri degli affari esteri è chiaramente riconosciuta nel diritto internazionale consuetudinario.²⁰³ Come è stato rilevato, il caso sollevava in sostanza il problema, che abbiamo visto emergere spesso dinanzi ai giudici interni, del conflitto tra due interessi entrambi protetti dall'ordinamento internazionale. A detta del giudice van der Wyngaert, si tratterebbe proprio di un caso in cui i giudici interni, facendosi agenti della comunità internazionale nel suo complesso, si erano fatti promotori della tutela dei valori su cui l'ordinamento internazionale si fonda:

In technical terms, the dispute was about an arrest warrant against an incumbent Foreign Minister. The warrant was, however, based on charges of war crimes and crimes against humanity [...]. In a more principled way, the case was about how far States can or must go when implementing modern international criminal law. It was about the question of what international law requires or allows States to do as «agents» of the international community when they are confronted with complaints of victims of such crimes, given the fact that international criminal courts will not be able to judge *all* international crimes. It was about balancing two divergent interests in modern international (criminal) law: the need of international accountability for such crimes as torture, terrorism, war crimes and crimes against humanity and the principle of sovereign equality of States, which presupposes a system of immunities.²⁰⁴

203 Corte internazionale di giustizia, *Arrest Warrant of 11 April 2000*, cit., par. 51.

204 Corte internazionale di giustizia, *Arrest Warrant of 11 April 2000*, Opinione dissenziente del giudice van der Wyngaert, par. 5. Secondo il giudice dissenziente, la maggioranza avrebbe omissso di dare sufficiente rilievo al

Si tratta dell'approccio che abbiamo sopra descritto di giudici interni che, nel perseguimento di interessi propri dell'ordinamento internazionale, pongono in essere condotte in violazione di altri obblighi internazionali, come quelli in materia di immunità. Tuttavia, la Corte internazionale di giustizia ha rifiutato di seguire tale approccio. Essa non ha considerato che la condotta delle autorità giudiziarie del Belgio, pur ipoteticamente in contrasto con la norma che riconosce l'immunità ai Ministri degli esteri in carica, risultasse lecita in quanto volta a tutelare un interesse – quello alla repressione dei crimini internazionali – riconosciuto e protetto dall'ordinamento internazionale. La maggioranza della Corte, invece, si è limitata ad asserire l'esistenza di una norma consuetudinaria che riconosce l'immunità ai Ministri degli affari esteri,²⁰⁵ e a constatare l'assenza di una eccezione a tale norma anche nel caso di commissione di crimini internazionali,²⁰⁶ così concludendo che la condotta belga era illecita ai sensi del diritto internazionale. Nonostante tale approccio sia stato criticato da alcuni giudici della minoranza,²⁰⁷ la pronuncia dimostra che la Corte internazionale di giustizia non attribuisce rilievo, al fine di pronunciarsi sulla legalità di una condotta ai sensi del diritto internazionale, al bilanciamento tra i valori e gli in-

"principle of international accountability" per la commissione di crimini internazionali, nel bilanciamento dello stesso con l'interesse al mantenimento delle relazioni amichevoli tra gli Stati, che sottende alla norma sull'immunità.

205 Corte internazionale di giustizia, *Arrest Warrant of 11 April 2000*, cit., par. 55.

206 Ivi, par. 61.

207 Corte internazionale di giustizia, *Arrest Warrant of 11 April 2000*, Opinione dissenziente del giudice Al-Kasawneh, par. 7: "The effective combating of grave crimes has arguably assumed a *jus cogens* character reflecting recognition by the international community of the vital community interests and values it seeks to protect and enhance. Therefore, when this hierarchically higher norm comes into conflict with the rules on immunity, it should prevail. Even if we are to speak in terms of reconciliation of the two sets of rules, this would suggest to me a much more restrictive interpretation of the immunities"; Corte internazionale di giustizia, *Arrest Warrant of 11 April 2000*, Opinione separata dei giudici Higgins, Kooijmans e Buergenthal, par. 75: "On the one scale, we find the interest of the community of mankind to prevent and stop impunity for perpetrators of grave crimes against its members; on the other hand, there is the interest of the community of States to allow them to act freely on the inter-State level without unwarranted interference. A balance therefore must be struck between two sets of functions which are both valued by the international community".

teressi che sottendono alle rispettive norme in conflitto tra loro.

Ad una conclusione simile porta l'analisi della sentenza resa dalla Corte nell'ambito della summenzionata controversia tra Germania e Italia sulle *Immunità giurisdizionali dello Stato*. In quel caso, infatti, l'Italia non si è difesa invocando la prevalenza dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione italiana rispetto ad obblighi internazionali incompatibili. Sul modello di quello che abbiamo sopra definito approccio internazionalista, essa ha sostenuto che sarebbe stato necessario realizzare un bilanciamento tra gli interessi e i valori che si contrapponevano nel caso di specie:

Italy is convinced, and asks the Court to say, that the application *in concreto* of State jurisdictional immunity must be balanced in terms of the need to avoid such application leading to the sanctioning of an irreparable breach of the principle of international law, itself fundamental and, moreover, non-derogable, regarding the obligation to offer effective reparation to the victims of war crimes and crimes against humanity.²⁰⁸

Il Governo italiano ha sostenuto che l'immunità, nel caso specifico, non potesse essere applicata in quanto (1) gli atti commessi dalla Germania costituivano crimini di guerra e contro l'umanità; (2) le regole violate avevano rango di *jus cogens* e (3) alle vittime non restava alcun rimedio alternativo per ottenere un risarcimento dei danni subiti.²⁰⁹ La Corte internazionale di giustizia ha iniziato il proprio ragionamento chiarendo che, anche nel diritto internazionale contem-

208 Corte internazionale di giustizia, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)*, sentenza del 3 febbraio 2012, contro-memoria dell'Italia del 22 dicembre 2009, par. 1.10. Si vedano anche i parr. 6.25 s.

209 Ivi, par. 4.101: "The restriction of immunity in cases of individuals bringing lawsuits to obtain redress for a grave breach of the most fundamental principles of human dignity granted by *jus cogens* rules seems to be a reasonably balanced solution"; par. 4.103: "When the victims of violations of fundamental rules of the international legal order, deprived on any other means redress, resort to national courts, the procedural bars of State immunity cannot bring the effect of depriving such victims of the only available remedy".

poraneo, l'immunità costituisce la regola e la giurisdizione dello Stato del foro l'eccezione,²¹⁰ omettendo di accordare qualsiasi rilievo a un terzo interesse pur rilevante nel caso di specie, la dignità umana.²¹¹ Allo stesso tempo, è partita dal presupposto per cui la regola sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione esiste, e copre qualsiasi atto *iure imperii*, mentre eventuali eccezioni devono essere dimostrate sulla base della prassi. Dopo aver escluso l'esistenza della cd. *territorial tort exception*, la Corte non ha esaminato l'argomento dell'Italia fondato sul bilanciamento globale delle circostanze del caso, ma ha rigettato singolarmente gli argomenti sollevati nell'ambito dello stesso verificando se, per ciascuno, si fosse consolidata un'eccezione consuetudinaria alla regola sull'immunità. Quanto, infine, alla combinazione di tali argomenti, che avrebbe implicato la necessità di realizzare bilanciamento,²¹² la Corte si è limitata ad escludere che considerazioni sostanziali (segnatamente, la natura degli obblighi violati e l'importanza fondamentale dei valori da essi tutelati, nonché l'impossibilità per le vittime di ottenere una riparazione tramite canali alternativi) possano incidere sull'applicabilità della regola sull'immunità, che costituisce una questione procedurale e quindi, preliminare:

In so far as the argument based on the combined effect of the circumstances is to be understood as

210 Corte internazionale di giustizia, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)*, sentenza del 3 febbraio 2012, par. 57: "The Court considers that the rule of State immunity occupies an important place in international law and international relations. It derives from the principle of sovereign equality of State, which [...] is one of the fundamental principles of the international legal order. This principle has to be viewed together with the principle that each State possesses sovereignty over its own territory and that there flows from that sovereignty the jurisdiction of the State over events and persons within that territory. Exceptions to the immunity of the State represent a departure from the principle of sovereign equality. Immunity may represent a departure from the principle of territorial sovereignty and the jurisdiction which flows from it".

211 Per una critica a tale omissioni si vedano, tra gli altri, Gradoni, Tanzi 2012: 211: "Nella panoramica dei principi tracciata dalla Corte non compaiono cenni [...] all'esigenza di tutelare i diritti fondamentali, come se la disputa sull'immunità nel diritto internazionale contemporaneo fosse risolvibile semplicemente mettendo a duello uguaglianza sovrana e sovranità territoriale".

212 Liu 2022: 661; Gradoni, Tanzi 2012: 224.

meaning that the national court should balance the different factors, assessing the weight, on the one hand, of the various circumstances that might justify the exercise of its jurisdiction, and, on the other hand, of the interests attaching to the protection of immunity, such an approach would disregard the very nature of State immunity. As explained [...], according to international law, State immunity, where it exists, is a right of the foreign State. In addition, [...] national courts have to determine the questions of immunity at the outset of the proceedings, before consideration of the merits. Immunity cannot, therefore, be made dependent upon the outcome of a balancing exercise of the specific circumstance of each case to be conducted by the national court before which immunity is claimed.²¹³

Così facendo, la Corte sembra aver proceduto a ‘sovradeterminare’ il campo di applicazione della regola sull’immunità, la cui prassi in realtà non sembra coprire la commissione di crimini internazionali.²¹⁴ Asserire l’esistenza della regola sull’immunità le ha consentito di escludere l’esistenza di una lacuna normativa sulla questione controversa e, di conseguenza, la necessità di procedere a rilevare la regola risolutiva sulla base di un bilanciamento.²¹⁵ Sul punto, il giudice Yusuf ha invece riscontrato come il diritto non fosse chiaro e consolidato e, in ogni caso, rischiasse di entrare in contrasto con i principi fondamentali in tema di protezione dei diritti umani,²¹⁶ richiedendo pertanto proprio di operare un bilanciamento:

213 Corte internazionale di giustizia, *Jurisdictional Immunities of the State*, cit., par. 106.

214 De Sena 2016: 1020; Gradoni 2012: 706.

215 Gradoni, Tanzi 2012: 224 s.: “la regola da essa rilevata e applicata in realtà non sussiste e [...] pertanto, si imponeva il ricorso a un’operazione di bilanciamento che tenesse conto di tutti i principi di diritto internazionale rilevanti così come di tutti gli aspetti salienti del caso”.

216 Corte internazionale di giustizia, *Jurisdictional Immunities of the State*, Opinione dissenziente del giudice Yusuf, par. 28. E ancora: “When jurisdictional immunities come into conflict with fundamental rights consecrated under human rights or humanitarian law, for which a forum State has an obligation to secure and enforce in its territory, and

The assessment of whether, in the present case, immunity should have been granted or could have been denied under international law by the Italian courts cannot exclude, in my view, the application of the general principles underlying human rights and humanitarian law and embodying basic rights such as the right to an effective remedy the right to compensation for damages suffered as a result of breaches of humanitarian law, and the right to protection from denial of justice [...]. Nor can the law of State immunity [...] be interpreted in a way which conflicts with the realization of those rights in the context of contemporary international law. Even more importantly, recourse should be had to those principles and to an assessment of the proportionality and legitimacy of purpose of granting immunity, when the rules on State immunity or the exceptions to it are either fragmentary or unsettled, such as in the case of human rights or humanitarian law violations for which appropriate reparation would have not been made.²¹⁷

Alla luce del bilanciamento tra i principi rilevanti, Yusuf ha concluso che qualora alle vittime non resti alternativa per ottenere una riparazione delle gravissime violazioni subite, il mancato riconoscimento dell'immunità allo Stato autore delle violazioni sarebbe legittimo.²¹⁸ A una conclusione analoga, ma sulla base di un ragionamento gerarchico fondato sull'asserita prevalenza della dignità umana rispetto ai diritti statali, è giunto il giudice Cançado Trindade.²¹⁹ Il giudice

whose realization reflects basic values of the international community, it is much more appropriate to have regard to the manner in which, under contemporary international law, '[a] balance [...] must be struck between two sets of functions which are both valued by the international community' [...]. In today's world, the use of State immunity to obstruct the right of access to justice and the right to an effective remedy may be seen as a misuse of such immunity".

217 Ivi, par. 30.

218 Ivi, par. 59: "The assertion of jurisdiction by domestic courts in those exceptional circumstances [...] does not, in my view, upset the harmonious relations between States, but contributes to a better observance of international human rights and humanitarian law".

219 Corte internazionale di giustizia, *Jurisdictional Immunities of the State*, Opinione dissenziente del giudice Cançado Trindade, par. 214.

Bennouna, invece, pur criticando il mancato ricorso alla tecnica del bilanciamento da parte della maggioranza, imposto dall'assenza di una chiara regola consuetudinaria,²²⁰ è giunto alle medesime conclusioni di quest'ultima. Ha ritenuto, in particolare, che nel caso di specie un rimedio ultimo in favore delle vittime (la possibilità per l'Italia di insistere per la risoluzione della questione in via diplomatica e ottenere in tal modo una riparazione in favore delle vittime) poteva dirsi ancora possibile.²²¹ È noto, però, che tale opzione non ha portato ad oggi ad alcun risultato e che pende al momento davanti alla Corte una nuova controversia tra i due Stati sulla questione.²²²

Dunque, l'approccio dei giudici nazionali che abbiamo sopra descritto, tendente a far prevalere l'interesse alla tutela dei diritti umani su norme di diritto internazionale incompatibile con esso, non trova, allo stato attuale, accoglimento nella giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia. Sulla base della giurisprudenza disponibile, infatti, sembra difficile,

220 Corte internazionale di giustizia, *Jurisdictional Immunities of the State*, Opinione separata del giudice Bennouna, par. 18: "One would have expected the [ICJ] to follow that approach, which [...] has enabled the legal régime governing jurisdictional immunities to evolve in a way which strikes an equal balance between State sovereignties and the considerations of justice and equity operating within such sovereignties. The Westfalian concept of sovereignty is thus gradually receding, as the individual takes centre stage in the international legal system".

221 Ivi, par. 23: "if Germany were to close all doors to such settlement [...] then the question of lifting its immunity before foreign courts in respect of those same wrongful acts could legitimately be raised again".

222 Corte internazionale di giustizia, *Questions of Jurisdictional Immunities of the State and Measures of Constraint Against State-Owned Property*, ricorso presentato dalla Germania il 29 aprile 2022, con annessa richiesta di misure provvisorie. La Germania si lamenta, in particolare, del fatto che in virtù della pronuncia della Corte costituzionale italiana (sentenza del 23 ottobre 2014, n. 238), i giudici di merito italiani hanno continuato a negare l'immunità dalla giurisdizione della Germania, condannandola e, successivamente, istituendo delle procedure esecutive contro beni dello Stato tedesco presenti sul territorio italiano. Per ovviare a tale seconda questione, il Governo italiano ha istituito un fondo che si accollerà le richieste di indennizzo presentate da coloro che hanno ottenuto in passato, o sulla base di giudizi istituiti entro una determinata data, una sentenza di condanna della Germania al risarcimento dei danni. Se questo ha portato la Germania a revocare la richiesta di adozione provvisoria a tutela dei propri beni, la questione dell'asserita violazione dell'immunità dalla giurisdizione è tutt'altro che risolta, posto che è proprio su essa che si fonda la possibilità di richiedere l'indennizzo al fondo istituito dallo Stato italiano.

se non impossibile, sostenere che uno Stato che faccia prevalere i propri principi costituzionali supremi, corrispondenti a norme di diritto internazionale in materia di diritti umani, su obblighi internazionali incompatibili non commetta, per tale ragione, un atto illecito. Alcuno spazio per il bilanciamento tra gli interessi contrastanti sembra esservi, almeno fino a questo momento, nell'approccio della Corte volto a valutare la legalità di una condotta ai sensi del diritto internazionale.

Ciò che stupisce è che il medesimo approccio è stato adottato anche dalla Corte europea dei diritti umani, nei casi in cui ha dovuto pronunciarsi sul rapporto tra le norme in materia di immunità degli Stati, degli organi statali e delle organizzazioni internazionali, da un lato, e il diritto di accesso alla giustizia, garantito dall'art. 6 CEDU, dall'altro lato. Si è già detto che, pur in assenza di una clausola di limitazione, la Corte ritiene che si tratti di un diritto soggetto a limitazioni implicite, a condizione esse non inficino l'essenza stessa del diritto, siano previste per legge, nel perseguimento di uno scopo legittimo e sussista un ragionevole rapporto di proporzionalità tra mezzi utilizzati e scopo perseguito.²²³ In numerosi casi, tali limitazioni derivano dal diritto internazionale generale e, quindi, dal bilanciamento tra il diritto in questione e principi e valori esterni rispetto alla Convenzione e volti tipicamente a tutelare diritti e interessi statali o di altre organizzazioni internazionali. Tuttavia, se rispetto alle seconde la Corte realizza un genuino bilanciamento, rispetto ai diritti degli Stati e alle Nazioni Unite essa invoca tale tipologia di ragionamento in modo solo meramente formale, finendo invece per far prevalere in assoluto le norme sull'immunità.

Ed infatti, quando si trattava di immunità delle organizzazioni internazionali (diverse dalle Nazioni Unite), il bilanciamento tra immunità e diritto di accesso alla giustizia è stato propriamente realizzato. Nei casi *Waite e Kennedy* e *Beer e Regan*, in tema di immunità dell'Agenzia spaziale europea per le controversie di lavoro, la Corte ha affermato che una restrizione del diritto di accesso alla giustizia è ammissibile a condizione che risulti proporzionata rispetto allo scopo perseguito dalla norma di diritto internazionale che produce la

223 Corte europea dei diritti umani, *Osman v. the United Kingdom* [GC], ricorso n. 23452/4, sentenza del 28 ottobre 1998, par. 147.

limitazione.²²⁴ E affinché la restrizione sia proporzionata, è necessario che gli individui dispongano di “reasonable alternative means to protect effectively their rights under the Convention”.²²⁵ Dunque, la soluzione che comporta un adeguato bilanciamento non è quella che impone di escludere in ogni caso l'immunità dell'organizzazione,²²⁶ laddove quest'ultima contenga al proprio interno un organo para-giurisdizionale o altro rimedio competente in materia di controversie di lavoro.²²⁷ La Corte europea è giunta alle stesse conclusioni è giunta in materia di immunità della NATO.²²⁸

Diverso è l'approccio della Corte di Strasburgo quando si tratti di immunità degli Stati, degli organi statali e delle Nazioni Unite. Pur invocando formalmente il principio di proporzionalità e la necessità di non nullificare l'essenza del diritto, in quei casi la Corte ha ritenuto giustificata una limitazione totale del diritto di accesso alla giustizia, senza verificare l'esistenza di rimedi alternativi. La questione si è posta per la prima volta nel caso *McElhinney*, ove, però, la Corte ha osservato che il ricorrente avrebbe avuto un rimedio alternativo,²²⁹ anche se la concreta utilità ed esperibilità dello stesso è stata contestata dai giudici dissenzienti Caflish, Cabral Bar-

224 Corte europea dei diritti umani, *Beer and Regan v. Germany* [GC], ricorso n. 28934/95, sentenza del 18 febbraio 1999, par. 53: “the attribution of privileges and immunities to international organizations is an essential means of securing the proper functioning of such organizations free from unilateral interference by individual governments. The immunity from jurisdiction commonly accorded by States to international organizations' constituent instruments or supplementary agreements is a long-standing practice established in the interest of the good working of these organisations”; Corte europea dei diritti umani, *Waite and Kennedy v. Germany* [GC], ricorso n. 26083/94, sentenza del 18 febbraio 1999, par. 63.

225 Corte europea dei diritti umani, *Beer and Regan v. Germany* [GC], cit., par. 59; Corte europea dei diritti umani, *Waite and Kennedy v. Germany* [GC], cit., par. 68.

226 Corte europea dei diritti umani, *Beer and Regan v. Germany* [GC], cit., par. 62; Corte europea dei diritti umani, *Waite and Kennedy v. Germany* [GC], cit., par. 72.

227 Corte europea dei diritti umani, *Beer and Regan v. Germany*, cit., par. 63; Corte europea dei diritti umani, *Waite and Kennedy v. Germany* [GC], par. 74.

228 Corte europea dei diritti umani, *Chapman v. Belgium*, ricorso n. 39610/06, decisione del 5 marzo 2013.

229 Corte europea dei diritti umani, *McElhinney v. Ireland* [GC], ricorso n. 31253/96, sentenza del 21 novembre 2001, par. 39.

reto e Vajić. Il principio di proporzionalità è stato invece completamente messo da parte nel caso *Al-Adsani*, in materia di immunità degli Stati e degli organi statali in procedimenti civili volti a ottenere il risarcimento dei danni subiti a causa di atti di tortura, riconosciuta dai giudici inglesi. Per la Corte, infatti, la norma sull'immunità persegue uno scopo legittimo.²³⁰ Nel valutare successivamente "whether the restriction was proportionate to the aim pursued",²³¹ essa ha affermato che, dovendo l'art. 6 CEDU interpretarsi alla luce della norma sull'immunità in virtù dell'art. 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati,

measures taken by a High Contracting Party which reflect generally recognised ruled of international law on State immunity cannot in principle be regarded as imposing a disproportionate restriction on the right to access to a court [...]. Some restrictions in access may likewise be regarded as inherent, an example being those limitations generally accepted by the community of nations as part of the doctrine of State immunity.²³²

Nel far ciò, la Corte europea non ha realizzato un bilanciamento – il quale avrebbe implicato, quanto meno, verificare l'esistenza di mezzi alternativi per la tutela dei diritti del ricorrente – limitandosi a sostenere che la limitazione del diritto di accesso al giudice è per definizione proporzionata quando volta ad applicare le norme in materia di immunità, considerate prevalenti a prescindere da qualsiasi circostanza. Il giudice Loucaides ha invece sottolineato l'esigenza che vi sia sempre un bilanciamento tra gli interessi che sottendono al riconoscimento dell'immunità e quelli che propendono per

230 Corte europea dei diritti umani, *Al-Adsani v. the United Kingdom*, cit., par. 54: "sovereign immunity is a concept of international law, developed out of the principle *par in parem non habet imperium*, by virtue of which States shall not be subject to the jurisdiction of another State. The Court considers that the grant of sovereign immunity to a State in civil proceedings pursues the legitimate aim of complying with international law to promote comity and good relations between States through the respect of another State's sovereignty".

231 Ivi, par. 54.

232 Ivi, par. 56.

l'accesso al giudice come, nel caso di specie, il fatto che ad essere violata fosse una norma di *ius cogens*.²³³ Ciononostante, tale approccio è stato dalla Corte europea è stato confermato in casi in materia di immunità degli Stati dalla giurisdizione straniera,²³⁴ di immunità dell'Organizzazione delle Nazioni Unite²³⁵ e di immunità degli organi statali dalla giurisdizione penale.²³⁶ La stessa posizione è stata recentemente ribadita nel caso *Hussein*, in cui la Corte europea ha ritenuto che la chiusura del procedimento penale a carico di asseriti autori di crimini internazionali nella Guerra del Golfo, sulla base della modifica del criterio del criterio della giurisdizione universale (a seguito della sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso sul *Mandato di arresto*), fosse compatibile con l'art. 6 CEDU, anche in ragione del fatto che limitazioni di tale diritto in base alle norme sull'immunità sono 'proporzionate'.²³⁷

233 Corte europea dei diritti umani, *Al-Adsani v. the United Kingdom*, ricorso n. 35763/97, sentenza del 21 novembre 2001, Opinione dissenziente del giudice Loucaides: "Any form of blanket immunity, whether based on international law or national law, which is applied by a court in order to block completely the judicial determination of a civil right without balancing the competing interests, namely those connected with the particular immunity and those relating to the specific claim which is the subject matter of the relevant proceedings, is a disproportionate limitation of Article 6, para. 1 [...]. The courts should be in a position to weigh the competing interests in favour of upholding an immunity or allowing a judicial determination of a civil right [...]. It is true that in the present case the absurd and unjust results of applying immunity without regard to any considerations connected with the specific proceedings are more evident because the immunity prevented accountability for a grave violation of an international peremptory norm, namely the prohibition of torture. However, this does not mean that the relevant immunities can only be found incompatible with Article 6, para. 1 in a case like the present one. In my opinion, they are incompatible with Article 6, para. 1 in those cases where their application is automatic without a balancing of the competing interests".

234 Corte europea dei diritti umani, *Kalogeropoulou and others v. Greece and Germany*, ricorso n. 59021/00, decisione del 12 dicembre 2002.

235 Corte europea dei diritti umani, *Stitching Mothers of Srebrenica and others v. the Netherlands*, cit.

236 Corte europea dei diritti umani, *Jones and others v. the United Kingdom*, cit., par. 189. Si veda anche, più di recente, Corte europea dei diritti umani, *Association des familles des victimes du Joola v. France*, ricorso n. 21119/19, decisione del 27 gennaio 2022, par. 28.

237 Corte europea dei diritti umani, *Hussein and others v. Belgium*, ricorso n. 45187/12, sentenza del 16 marzo 2021.

Una posizione intermedia, tra quella adottata rispetto alle organizzazioni internazionali e quella relativa agli Stati, è stata seguita dalla Corte europea con riferimento all'immunità della Santa Sede. Nel caso *J.C. e altri* un gruppo di ricorrenti aveva portato dinanzi ai giudici belgi delle richieste di risarcimento del danno nei confronti della Santa Sede, della Chiesa cattolica e di alcuni membri del clero, in ragione dei danni subiti in quanto asserite vittime di violenze sessuali. La Corte europea, presupponendo che la Santa Sede sia un ente sovrano o che quanto meno goda ai sensi del diritto internazionale degli stessi diritti e delle stesse facoltà, ha seguito l'approccio sviluppato in relazione all'immunità degli Stati, affermando che una limitazione del diritto di accesso al giudice determinata dall'applicazione del diritto internazionale generale in materia di immunità è proporzionata anche laddove non esistano mezzi alternativi di ricorso in capo alle vittime,²³⁸ e che pertanto nel caso di specie alcuna violazione dell'art. 6 CEDU si era realizzata.²³⁹ Tuttavia, ha anche sottolineato che nel caso specifico le vittime avevano a disposizione dei mezzi alternativi.²⁴⁰

Nonostante tale ultima pronuncia sembra suggerire la possibilità di un lento sviluppo verso un approccio fondato su un vero e adeguato bilanciamento dei valori contrastanti,²⁴¹ resta il fatto che, ad oggi, la stessa Corte europea non

238 Corte europea dei diritti umani, *J.C. and others v. Belgium*, ricorso n. 11625/17, sentenza del 12 ottobre 2021, par. 71: “[l]a Cour rappelle à cet égard que la compatibilité de l’octroi de l’immunité de juridiction de l’État avec l’article 6, par. 1 de la Convention ne dépend pas de l’existence d’alternatives raisonnables pour la résolution du litige”; sul punto si veda anche Corte europea dei diritti umani, *Ndayegamiye-Mporamazina v. Switzerland*, ricorso n. 16874/12, sentenza del 5 febbraio 2019, par. 64.

239 Corte europea dei diritti umani, *J.C. and others v. Belgium*, cit., par. 75: “la Cour estime que le rejet par les tribunaux belges de leur juridiction pour connaître de l’action en responsabilité introduite par les requérants contre le Saint-Siège ne s’est pas écarté des principes de droit international généralement reconnus en matière d’immunité des États et que l’on ne serait dès lors considérer la restriction au droit d’accès à un tribunal comme disproportionnée par rapport aux buts légitimes poursuivis”.

240 Ivi, par. 71: “la Cour est également conscience du fait que les intérêts en jeu pour les requérants sont très sérieux [...] et que l’existence d’une alternative est pour le moins souhaitable. Or, à cet égard et à titre surabondant, la Cour note que les requérants ne se sont pas trouvés dans une situation d’absence de tout recours”.

241 Si veda, più ampiamente, Acconciamesa 2023.

sembra avallare il bilanciamento realizzato dai giudici interni con riferimento al rapporto tra obblighi in materia di tutela dei diritti umani e obblighi internazionali che tutelano le prerogative statali.

Per cambiare settore materiale dell'ordinamento, bisogna rilevare che anche alcuni tribunali arbitrali investitore-Stato tendono ad escludere che le norme costituzionali (e internazionali) sulla tutela dei diritti umani possano prevalere sulla base di un bilanciamento sugli obblighi internazionali derivanti dai trattati bilaterali di investimento, ricorrendo a volte ad interpretazioni artificiose per escludere l'esistenza di un conflitto. Nel caso *CSM c. Argentina*, ad esempio, il tribunale arbitrale ha pretestuosamente ritenuto che, posto che la Costituzione argentina tutela il diritto di proprietà, non sussiste un contrasto tra la Costituzione e il trattato bilaterale di investimento, in quanto tutelano, appunto, gli stessi interessi.²⁴²

6. Conclusioni

Ci sembra, quindi, che anche tale ultima strada porti ancora a imboccare un vicolo cieco. Al riguardo, bisogna notare come, a fronte dei diversi tentativi degli Stati di giustificare sul piano internazionale la violazione di obblighi internazionali fondata sulla necessità di tutelare dei principi costituzionali fondamentali, i tribunali internazionali riaffermano con forza il principio di supremazia del diritto internazionale. Quest'ultimo viene ancora considerato come un principio fondamentale del diritto internazionale, a prescindere dalle strategie argomentative utilizzate dai giudici interni, siano esse meramente volte a tutelare interessi di natura interna o fondate su un bilanciamento degli interessi protetti dallo stesso diritto internazionale.

In primo luogo, si è visto come le istanze nazionali volte a far prevalere interessi egoistici dello Stato – come la difesa della propria sovranità ritenuta lesa da obblighi internazionali sanciti in sentenze di tribunali internazionali – sono sistematicamente rigettate da questi ultimi. E questo proprio sulla base del principio di supremazia del diritto internazionale

242 *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, cit., par. 121.

e della connessa impossibilità di invocare il diritto interno per giustificare l'inadempimento di un obbligo internazionale.

In secondo luogo, la scarsa giurisprudenza disponibile sembra escludere che la legalità della condotta di uno Stato che oppone il rispetto dei propri principi costituzionali fondamentali al rispetto di obblighi internazionali possa essere valutata alla luce delle ragioni che ispirano tale condotta. Anche laddove il conflitto venga spostato sul piano dell'ordinamento internazionale, la giurisprudenza dei tribunali internazionali non sembra avallare il bilanciamento proposto dai giudici nazionali, almeno per quanto riguarda il conflitto tra immunità e tutela dei diritti umani, che costituisce allo stato attuale l'unica questione che si è posta dinanzi ai giudici sia nazionali che internazionali. Nonostante alcuni spunti possano individuarsi in alcune opinioni dei giudici della minoranza – si pensi, ad esempio, all'opinione dei giudici Higgins, Kooijmans e Buergenthal nel caso sul *Mandato d'arresto*,²⁴³ nonché, nel caso sulle *Immunità giurisdizionali dello Stato*, dei giudici Bennouna²⁴⁴ e Yusuf²⁴⁵ – ci sembra che l'approccio

243 Corte internazionale di giustizia, *Arrest Warrant of 11 April 2000*, cit., Opinione separata congiunta dei giudici Higgins, Kooijmans e Buergenthal, par. 74 s.: "The increasing recognition of the importance of ensuring that the perpetrators of serious international crimes do not unpunished [...] reflects a balancing of interests. On the one scale, we have the interest of the community of mankind to prevent and stop impunity for perpetrators of grave crimes against its members; on the other, there is the interest of the community of States to allow them to act freely on the inter-State level without unwarranted interference. A balance therefore must be struck between two sets of functions which are both valued by the international community. [...] The weighs on the two scales are not set for all perpetuity".

244 Corte internazionale di giustizia, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece [intervening])*, cit., Opinione separata del giudice Bennouna, par. 18: "One would have expected the International Court of Justice to follow that approach, which in recent decades has enabled the legal régime governing jurisdictional immunity to evolve in a way which strikes an equal balance between State sovereignties and the considerations of justice and equity operating within such sovereignties. The Westphalian system is thus gradually receding, as the individual take center stage in the international legal system".

245 Corte internazionale di giustizia, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece [intervening])*, cit., Opinione separata del giudice Yusuf, par. 28: "When jurisdictional immunities come into conflict with fundamental rights consecrated under human rights or humanitarian law, for which the forum State has an obligation to secure and enforce in its territory, and whose realization reflects basic values of the international

attualmente consolidato consista nel far prevalere la norma internazionale violata, a prescindere da quali siano le ragioni che ispirano la commissione di un illecito internazionale. Nella stessa materia la Corte europea dei diritti umani ha rinunciato a compiere essa stessa un bilanciamento, adeguandosi a quello che ritiene imposto dal diritto internazionale in materia di immunità.²⁴⁶

community, it is much more appropriate to have regard to the manner in which, under contemporary international law, «[a] balance must be struck between two sets of functions which are both valued by the international community»”.

- 246 Corte europea dei diritti umani, *Al-Adsani v. the United Kingdom*, cit., par. 56; Corte europea dei diritti umani, *Jones and others v. the United Kingdom*, cit., par. 195; Corte europea dei diritti umani, *Hussein and others v. Belgium*, cit., par. 73; Corte europea dei diritti umani, *J.C. and others v. Belgium*, cit., par. 73.

CONCLUSIONI

Alla luce dell'analisi realizzata, ci sembra che le possibili strade argomentative che possono essere in ipotesi percorse per tentare di aggirare l'ostacolo alla impossibilità di invocare i principi costituzionali supremi come causa di giustificazione di un atto internazionalmente illecito – segnatamente, il principio di supremazia del diritto internazionale sul diritto interno – conducono, allo stato attuale, a dei vicoli ciechi.

Quanto alla prima ipotesi, si è visto che non risulta ad oggi possibile sostenere che si sia formata una norma consuetudinaria che sancisca un'eccezione al principio di supremazia, fondata sulla tutela dei principi costituzionali fondamentali o supremi.¹ Questo in quanto la prassi risulta ancora troppo scarsa, oltre che fortemente contestata nella maggior parte dei casi esaminati, mentre l'*opinio* che la sorregge è ancora poco chiara, e non sempre tendente ad affermare la giustificabilità (ai sensi del diritto internazionale) di un atto illecito posto in essere per proteggere un principio fondamentale della Costituzione nazionale.² Allo stesso tempo, si è visto che sussistono ancora di recente pronunce che vanno nella direzione opposta, anteponendo l'attuazione di obblighi internazionali dello Stato rispetto ai principi fondamentali dell'ordinamento interno.³ Questo non toglie che un certo orientamento sia senza dubbio riscontrabile e che, se consolidato nella prassi, esso possa dar luogo alla formazione di una tale norma consuetudinaria.

In relazione alla seconda ipotesi, ci sembra che nulla escluda da un punto di vista puramente teorico di invocare la causa di esclusione dell'illecito della necessità, sancita dall'art. 25 del Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato per atti internazionalmente illeciti, per giustificare la violazione di un obbligo internazionale che sia volta a proteggere un interesse essenziale dello Stato, cristallizzato in un principio fondamentale della propria Costituzione. Tuttavia,

1 Palombino 2019: 405; Saccucci 2018: 259.

2 Saccucci 2018: 249.

3 Si veda, ad esempio, Bufalini 2021: 703.

la totale assenza di prassi al riguardo⁴ impedisce di ritenere tale ipotesi come provata. Peraltro, anche laddove invocata in tal senso, la necessità è soggetta a condizioni talmente rigorose che difficilmente un tale argomento potrebbe avere successo.

Da ultimo, la strada della risoluzione del conflitto tra ordinamenti interno e internazionale sul piano dell'ordinamento internazionale sembra la più ragionevole. Essa propone di considerare che uno Stato non possa essere ritenuto internazionalmente responsabile per la violazione di un obbligo internazionale qualora la condotta posta in essere per proteggere un proprio principio costituzionale fondamentale contribuisca, allo stesso tempo, a dare attuazione ad un altro interesse ritenuto meritevole di tutela dall'ordinamento internazionale. Per quanto tale proposta sembri ragionevole, tuttavia, ci sembra che allo stato attuale essa non trovi accoglimento nella giurisprudenza dei tribunali internazionali, i quali continuano a richiedere l'adempimento degli obblighi internazionali dello Stato indipendentemente dalle ragioni, più o meno 'nobili', su cui l'inadempimento si fonda.

Questo non significa che l'invocazione dei principi costituzionali fondamentali o supremi allo scopo di giustificare l'inadempimento di un obbligo internazionale resti un atto totalmente indifferente per l'ordinamento internazionale. È vero che, allo stato attuale, una tale condotta sembra ancora implicare il sorgere della responsabilità internazionale dello Stato che agisca in tal senso. È vero anche, però, che essa potrebbe essere idonea a produrre, e in alcuni casi ha prodotto, delle conseguenze sul piano dell'ordinamento internazionale. La prassi esaminata, infatti, produce almeno tre effetti su tale piano.

In primo luogo, essa è idonea a i n d u r r e u l t e r i o r e p r a s s i. Nei vari casi in cui i giudici interni invocano i principi costituzionali fondamentali come causa di giustificazione di un atto internazionalmente illecito, essi richiamano precedenti decisioni di altri giudici nazionali.⁵ Quanto più tale fe-

4 Se si esclude il già citato caso *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic*, cit., parr. 698-702.

5 Tzanakapoulus, Tams 2013: 538.

nomeno si intensifichi, tanto più probabile diventa la possibilità che si formi una specifica causa di esclusione dell'illecito.⁶

In secondo luogo, la prassi esaminata è in grado di modificare le norme primarie violate, in modo più o meno diretto. Quanto all'incidenza diretta, si è visto come la prassi di giudici interni che si sono opposti all'attuazione incondizionata delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza in materia di sanzioni individuali adottate ai fini della lotta al terrorismo ha indotto il Consiglio ad adottare diverse riforme interne. Tali riforme sono andate nella direzione di garantire maggiormente il diritto di difesa e a un rimedio effettivo dei destinatari delle misure, così contribuendo a rendere il sistema maggiormente compatibile con le norme internazionali in materia di tutela dei diritti umani. Quanto all'incidenza indiretta, si è notato come la prassi nazionale in materia di immunità, tendente a negarne l'applicazione nei casi di gravi violazioni dei diritti umani, è idonea, qualora dovesse consolidarsi, a produrre un'eccezione consuetudinaria all'immunità. In tal senso, laddove ragionevolmente argomentate, le istanze dei giudici nazionali di opposizione all'attuazione di obblighi internazionali ritenuti incompatibili con la tutela dei diritti umani sono idonee a contribuire all'evoluzione del diritto internazionale verso un sistema maggiormente attento alla protezione di tali diritti.

In terzo luogo, le istanze dei giudici nazionali fondate sulla protezione dei principi costituzionali fondamentali sono idonee a instaurare un dialogo tra ordinamento interno e internazionale, e tra i rispettivi attori, volto a individuare una soluzione che sia accettabile per entrambi, secondo una logica di *mutual accomodation*.⁷ Ad esempio, quando la Corte suprema argentina si è rifiutata di revocare una sentenza passata in giudicato ritenuta dalla Corte interamericana incompatibile con il diritto alla libertà di espressione, quest'ultima ha chiarito che, ai fini dell'attuazione dell'obbligo internazionale in questione, l'Argentina avrebbe potuto limitarsi a far cessare gli effetti di detta sentenza, pur senza revocarla formalmente. Tale soluzione è stata ritenuta accettabile dalla Corte suprema argentina, che ha dunque proceduto in

6 De Sena 2014a; De Sena 2014b: 31; Pisillo Mazzeschi 2015: 28.

7 Nollkaemper 2011.

tal senso.⁸ Ovviamente, tale possibilità presuppone che le istanze del giudice nazionale siano ragionevoli, e non impediscano in assoluto l'attuazione dell'obbligo internazionale in questione.

Possiamo quindi concludere che, allo stato attuale di evoluzione del diritto internazionale, gli Stati non possono ancora aspettarsi di rimanere esenti da responsabilità internazionale qualora oppongano il rispetto dei propri principi costituzionali supremi o fondamentali rispetto all'attuazione di obblighi internazionali. Non sembra, infatti, che si sia formata una specifica eccezione al principio di supremazia del diritto internazionale e alla connessa impossibilità di invocare il diritto interno per giustificare l'inadempimento di un obbligo internazionale.

Questo non significa che tali istanze siano totalmente irrilevanti per il diritto internazionale, o da evitare. Specialmente laddove fondate sulla necessità di proteggere valori o interessi ritenuti meritevoli di tutela anche dall'ordinamento internazionale, tali pretese sono idonee a produrre dei mutamenti del diritto internazionale e, in ultima analisi, un'evoluzione dello stesso verso un sistema maggiormente attento alla tutela di valori condivisi dalla comunità internazionale nel suo complesso come, in particolare, la tutela dei diritti umani. In questa ottica, sono certamente da condannare quei casi in cui i giudici interni oppongono interessi meramente interni o egoistici dello Stato rispetto all'attuazione di obblighi internazionali, in quanto idonee a mettere in discussione la stessa idea della vincolatività del diritto internazionale. Laddove, invece, sufficientemente argomentate sulla base della necessità di proteggere valori comuni, le strategie di 'ragionevole resistenza' dei giudici interni rispetto ad obblighi internazionali incompatibili con i principi costituzionali fondamentali in materia di tutela dei diritti umani possono, nel lungo periodo, produrre effetti benefici per l'ordinamento internazionale.

ABSTRACT IN ENGLISH

The supremacy of international law over domestic law constitutes one of the greatest and fundamental principles of the international legal order. Its main and most important corollary is that States cannot invoke the provisions of their domestic law, including constitutional law, to justify the breach of an international obligation, irrespective of its source. This principle, which has customary nature, has been codified in Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Articles 3 and 32 of the Draft Articles of the International Law Commission on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.

However, the recent practice of States reveals an increasing tendency to invoke the need to abide with the fundamental or supreme principles of national constitutions as a justification for the failure to perform an international obligation. In particular, more and more often domestic courts, especially supreme and constitutional courts, have argued that an international norm or an international judgment could not be implemented in the domestic legal order as this would have entailed a violation of some fundamental principle enshrined in the national constitution. In so doing, they oppose their fundamental constitutional principles as 'counter-limits' which prevent the entrance within the domestic legal system of norms which are incompatible with them.

The present book aims at assessing this practice from the standpoint of the international legal order. In theory, on the basis of the principle of supremacy, the invocation of fundamental constitutional principles does not deprive an act of its wrongful character under international law. Accordingly, such a conduct entails the commission of an internationally wrongful act and the international responsibility of the State concerned. However, it may be argued that international law nowadays recognises the legitimacy of such a conduct and stipulates that, when grounded on the need to conform to some constitutional principles of a fundamental importance, the breach of an international obligation would not

entail the international responsibility of the State concerned. The book presents three different argumentative strategies which, in theory, can be advocated in order to justify such an assumption.

Chapter I deals with the hypothesis that the abovementioned State practice has given rise to a new international customary norm, which would constitute an exception to the principle of supremacy of international law. According to such a hypothetical custom, the breach of an international obligation would be justified if committed on the basis of the need to conform with a constitutional principle of fundamental importance. The Chapter examines the method for the identification of customary international law and the relevance that, in this regard, is to be attributed to decisions of domestic courts. Having examined the relevant State practice and the reactions to the latter, the analysis shows that, although the practice in this sense is increasing, it is still insufficient in order to justify the formation and identification of a new customary norm which would prevent the wrongfulness of such a conduct.

Chapter II proposes to qualify the fundamental or supreme principles of national constitutions as 'essential interests' of the State, within the meaning of the circumstance precluding wrongfulness codified in Article 25 of the Draft Articles of the International Law Commission on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, notably the state of necessity. It will be argued that, on the basis of such norm, a State would be entitled to demonstrate that the breach of an international obligation constituted the only mean to prevent an irreparable harm to one of its fundamental constitutional principles. The Chapter examines the conditions established under Article 25 to invoke the state of necessity, and the (scarce) State practice and international case-law in this regard. It concludes that, due to the absence of relevant State practice, this hypothesis, although theoretically sound, appears to be practically unfeasible.

Chapter III concerns the different approach consisting in transposing the conflict between international law and fundamental constitutional principles to the international plane. It observes that the fundamental principles of domestic con-

stitutions may happen to coincide, from a substantial point of view, with international norms or with values and interests protected by the international legal order. Accordingly, the conflict between those constitutional principles and international norms might be examined as a conflict between international norms. Such conflicts might be solved through the balancing technique. The Chapter examines the relevant State practice through the lenses of such approach and tries to assess whether it can be considered acceptable by international courts. The analysis shows that international tribunals are still reluctant to admit that a breach of an international obligation might be justified when aimed at protecting fundamental constitutional principles, even when they coincide with values and interests protected under international law.

The book concludes that, at the current stage of development of international law, States cannot claim not to commit an international wrongful act when they oppose their fundamental constitutional principles against their international obligations. It appears, in particular, that it is not possible to identify any exception to the principle of the supremacy of international law over domestic law. Accordingly, States cannot invoke domestic law in order to justify the breach of their international legal obligations. However, the State' practice which has been examined is not entirely deprived of relevance. When States invoke fundamental constitutional principles which coincide with values and interests protected by the same international legal order, their practice is capable of pushing towards a development of international law towards a system which is more compatible with the protection of those values and interests such as, in particular, the protection of the individual's fundamental rights.

BIBLIOGRAFIA

- Acconciamesa 2022: Acconciamesa L., *L'invocabilità dei principi costituzionali supremi come causa di esclusione dell'illecito internazionale: una questione ancora aperta*, in Quad. SIDIBlog 2021 8, 2022, 347-368.
- Acconciamesa 2023: Acconciamesa L., *Il rimedio alternativo come criterio della legittimità delle limitazioni del diritto di accesso al giudice: sul bilanciamento realizzato dalla Corte costituzionale nella sentenza 159/2023 sul "Fondo ristori" per i crimini nazisti*, in Dir. Um. Dir. Int. 17, 2023, 627-654.
- Acconciamesa 2024: Acconciamesa L., *Nessuna "eccezione costituzionalmente giustificata" alla CEDU: controlli v. supremazia del diritto internazionale in Wałęsa c. Polonia*, in SIDIBlog, 8 marzo 2024.
- Akehurst 1975: Akehurst M., *Custom as a Source of International Law*, in Brit. Yb. Int.l Law 47, 1975, 1-53.
- Agius 2006: Agius M., *The Invocation of Necessity In International Law*, Neth. Int.l Law Rev. 56, 2006, 95-135.
- Aleinikoff 1987: Aleinikoff T.A., *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in Yale Law J. 96, 1987, 943-1005.
- Alexy 2002: Alexy R., *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford 2002.
- Alexy 2003a: Alexy R., *Constitutional Rights, Balancing and Rationality*, in Ratio Jur. 16, 2003, 131-140.
- Alexy 2003b: Alexy R., *On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison*, in Ratio Jur. 16, 2003, 433-449.
- Alexy 2014: Alexy R., *Constitutional Rights and Proportionality*, in J. Const. Th. Ph. Of Law 22, 2014, 51-65.
- Alland 2017: Alland D., *Qu'est que l'exécution d'une décision juridictionnelle internationale et qui l'assume?*, in Rev. Gén. Dr. Int.l Pub. 21, 863-873.
- Allot 1988: Allott P., *State Responsibility and the Unmaking of International Law*, Harv. Int.l Law J., 1988, 3-26.

- Amoroso 2019: Amoroso D., *Italy*, in Palombino F.M. (ed.), *Duelling for Supremacy. International Law vs. National Fundamental Principles*, Cambridge 2019, 184-209.
- Anzilotti 1955: Anzilotti D., *Corso di diritto internazionale*, Padova 1955.
- Apostolaki, Tzanakopoulos 2019: Apostolaki M., Tzanakopoulos A., *Greece*, in Palombino F.M. (a cura di), *Duelling for Supremacy. International Law vs. National Fundamental Principles*, Cambridge 2019, 106-126.
- Atteritano 2008: Atteritano A., *Targeted Sanctions e tutela giurisdizionale*, in Francioni F. et al (a cura di), *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione Europea*, Milano 2008, 423-459.
- Barak 2012: Barak A., *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge 2012.
- Bartolini 2014: Bartolini G., *A Universal Approach to International Law in Contemporary Constitutions: Does It Exist?*, in *Camb. J. Int.l Comp. Law* 3, 2014, 1287-1320.
- Benvenisti 1993: Benvenisti E., *Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: an Analysis of the Attitude of National Courts*, in *Eur. J. Int.l Law* 4, 1993, 159-183.
- Beth Harris 2018: Beth Harris P., *Civil disobedience to international law: national fundamental rights resistance and the power of international constitutionalism*, in *Rev. Bras. Est. Pol.* 116, 2018, 443-466.
- Bethlehem 2016: Bethlehem D., *The Supremacy of International Law? Part Two*, in *EJIL Talk!*, 3 giugno 2016.
- Bingham 2005: Bingham T.H., *Foreword*, in Fatima S., *Using International Law in Domestic Courts*, Oxford 2005, 1-10.
- Boggero 2016: Boggero G., *The Legal Implications of Sentenza No.238/2014 by Italy's Constitutional Court for Italian Municipal Judges: Is Overcoming the "Triepelian Approach" Possible?*, in *Heid. J. Int.l Law* 76, 2016, 203-224.
- Bomhoff 2008: Bomhoff J., *Balancing the Global and the Local: Judicial Balancing as a Problematic Topic in Comparative (Constitutional) Law*, in *Hast. Int.l Comp. Law Rev* 31, 2008, 555-586.

- Bonafé, Palchetti 2016: Bonafé B.I., Palchetti P., *Relying on General Principles of International Law*, in Brölmann C., Rasy Y. (a cura di), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, Cheltenham-Northampton 2016, 160-186.
- Bourgeois, Wouters 2018: Bourgeois H., Wouters J., *Methods of Identification of International Custom: A New Role for Opinio Juris?*, in Pisillo Mazzeschi R., De Sena P. (a cura di), *Global Justice, Human Rights and the Modernization of International Law*, Berlin 2018, 69-111.
- Branca 2021: Branca E., "Yet, It Moves": *The Dynamic Evolution of State Immunity in the "Comfort Women" Case*, in EJIL Talk!, 7 aprile 2021.
- Branca 2022: Branca E., *Immunità degli Stati e violazioni dei diritti umani. Riflessioni a margine della sentenza "Changri-la" del Supremo tribunal federal brasiliano*, in SIDIBlog, 24 gennaio 2022.
- Breuer 2019: Breuer M., "Principles Resistance" to ECtHR Judgments: *Dogmatic Framework and Conceptual Meaning*, in Breuer M., *Principled Resistance to ECtHR Judgments – A New Paradigm?*, Berlin 2019, 4-34.
- Bufalini 2021: Bufalini A., *Immunità degli Stati dalla giurisdizione e negoziazioni fra Stati: sulla vicenda delle comfort women coreane*, in Dir. Um. Dir. Int. 15, 2021, 699-708.
- Burke-White, Slaughter 2006: Burke-White W.W., Slaughter A.M., *The Future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law)*, in Harv. Int'l Law J 47, 2006, 327-352.
- Cannizzaro 2000: Cannizzaro E., *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano 2000.
- Cannizzaro 2015: Cannizzaro E., *Jurisdictional Immunities and Judicial Protection: the Decision of the Italian Constitutional Court No. 238 of 2014*, in Riv. Dir. Int. 126, 2015, 126-134.
- Cannizzaro 2016: Cannizzaro E., *Unità e pluralità dei metodi di accertamento del diritto consuetudinario*, in Palchetti P. (a cura di), *L'incidenza del diritto non scritto sul diritto internazionale ed europeo*, Napoli 2016, 23-41.

- Cannizzaro 2018: Cannizzaro E., *Diritto Internazionale*, Torino 2018.
- Casla 2024: Casla K., *Spain's Supreme Court Is at It Again: UN Treaty Body Decisions are Binding*, in EJIL Talk!, 22 gennaio 2024.
- Calvano 2016: Calvano R., *La Corte costituzionale e i "Controlimiti" 2.0.*, in Fed., 2016, 1-19.
- Carreau, Marella 2018: Carreau D., Marella F., *Diritto internazionale*, Milano 2018.
- Cartabia 1995: Cartabia M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano 1995.
- Cassese 1990: Cassese A., *Remarks on Scelle's Theory of "Role Splitting" (dédoublement fonctionnel) in International Law*, in Eur. J. Int'l Law 1, 1990, 210-231.
- Cassese 2012: Cassese A., *Towards a Moderate Monism: Could International Rules Eventually Acquire the Force to Invalidate Inconsistent National Laws?*, in Cassese A. (a cura di), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford 2012, 187-199.
- Cassese 2013: Cassese A., *Diritto internazionale*, Bologna 2013.
- Cataldi 2009: Cataldi G., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, in Venturini G., Bariatti S. (a cura di), *Liber Fausto Pocar. Diritti individuali e giustizia internazionale*, Milano 2009, 173-195.
- Cataldi 2015: Cataldi G., *La Corte costituzionale e il ricorso ai 'controlimiti' nel rapporto tra consuetudini internazionali e diritti fondamentali: oportet ut scandala eveniant*, in Dir. Um. Dir. Int. 9, 2015, 41-50.
- Cheng 1994: Cheng B., *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge 1994.
- Cohen-Eliya, Porat 2010: Cohen-Eliya M., Porat I., *American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins*, in Int'l J. Const. Law 8, 2010, 263-286.
- Conforti 1993: Conforti B., *International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Dordrecht 1993.

- Conforti 2013: Conforti B., *La Corte costituzionale applica la teoria dei controlimiti*, in Riv. Dir. Int. 96, 2013, 527-530.
- Conforti 2014a: Conforti B., *Diritto internazionale*, Napoli 2014.
- Conforti 2014b: Conforti B., *La Corte Costituzionale e i diritti umani misconosciuti sul piano internazionale*, Giur. Cost. 59, 2014, 3885-3891.
- Contesse 2019: Contesse J., *Resisting the Inter-American Human Rights System*, in Y. J. Int.l Law 44, 2019, 179-237.
- Corten, Kolb 2021: Corten O., Kolb R., *Reasonableness in International Law*, in Max Pl. Enc. Pub. Int.l Law, 2021.
- Cottier, Hertig 2003: Cottier T., Hertig M., *The Prospects of 21st Century Constitutionalism*, in Max Pl. Yb. UN Law 7, 2003, 261-328.
- Crawford 2011: Crawford E., *Proportionality*, in Max Pl. Enc. Pub. Int.l Law, 2011.
- Crawford 2012: Crawford J., *State Responsibility, The General Part*, Cambridge 2013.
- D'Aspremont 2012: D'Aspremont J., *The Systemic Integration of International Law by Domestic Courts: Domestic Judges as Architects of the Consistency of the International Legal Order*, in Nollkaemper A., Fauchald O.K. (a cura di), *The Practice of International and National Courts in the (De-)Fragmentation of International Law*, Oxford 2012, 141-165.
- De Búrca 2010: De Búrca G., *The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi*, Harv. Int.l Law J. 51, 2010, 1-57.
- De Sena 2014a: De Sena P., *Spunti di riflessione sulla sentenza 238/2014 della Corte costituzionale*, in SIDIBlog, 30 ottobre 2014.
- De Sena 2014b: De Sena P., *The Judgment of the Italian Constitutional Court on State Immunity in Cases of Serious Violations of Human Rights or Humanitarian Law: A Tentative Analysis under International Law*, in Quest. Int.l Law, 2014, 17-31.

- De Sena 2016: De Sena P., *Proportionality and Human Rights in International Law: Some ... "Utilitarian" Reflections*, in Riv. Dir. Int. 99, 2016, 1009-1016.
- De Sena, Acconciamesa 2021: De Sena P., Acconciamesa L., *Balancing Test*, in Max Pl. Enc. Int.l Proc. Law, 2021.
- De Sena, De Vittor 2005: De Sena P., De Vittor F., *State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case*, in Eur. J. Int.l Law 16, 2005, 89-112.
- De Sena, Starita 2023: De Sena P., Starita M., *Corso di diritto internazionale*, Bologna 2023.
- De Sena, Vitucci 2009: De Sena P., Vitucci M.C., *The European Courts and the Security Council: Between Dédoublement Fonctionnel and Balancing of Values*, in Eur. J. Int.l Law 20, 2009, 193-228.
- De Vittor 2008: De Vittor F., *Immunità degli stati dalla giurisdizione e risarcimento del danno per violazione dei diritti fondamentali: il caso Mantelli*, in Dir. Um. Dir. Int. 3, 2008, 144-154.
- Dupuy 2011: Dupuy P.M., *International Law and Domestic (Municipal) Law*, in Max P. Enc. Pub. Int.l Law, 2011.
- Dworkin 1977: Dworkin R., *Taking Rights Seriously*, Harvard 1977.
- Dzehtiarou, Fontanelli 2018: Dzehtiarou K., Fontanelli F., *Unprincipled Disobedience to International Decisions: A Prime from the Russian Constitutional Court*, in Benedek W. et alii (a cura di), *European Yearbook on Human Rights*, Cambridge 2018, 319-342.
- Eustathiadès 1936: Eustathiadès C., *La responsabilité internationale de l'état pour les actes des organes judiciaires et le problème du déni de justice en droit international*, Paris 1936.
- Facchinetti 2018: Facchinetti A., *Domestic Courts and the Defense of Shared Fundamental Values*, in ESIL Conf. Pap 4, 2018, 1-15.
- Fassbender 2006: Fassbender B., *Targeted Sanctions and Due Process, A Study Commissioned by The UN Office*

- of Legal Affairs and Follow-Up Action by the United Nations*, Int.l Org. Law Rev. 3, 2006, 437-485.
- Fidler 1996: Fidler D., *Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law*, in Ger. Yb. Int.l Law 39, 1996, 198-231.
- Fikfak 2013: Fikfak V., *Kadi and the Role of the Court of Justice of the European Union in the International Legal Order*, in Camb. Yb. Eur. Leg. St. 15, 2013, 587-618.
- Finck 2016: Finck F., *The Paradoxes of Fragmentation – Does Regional Constitutionalisation Constitute a Fragmentation Threat to the International Legal Order?*, in Jakubowski A., Wierczyńska K. (a cura di), *Fragmentation vs the Constitutionalisation of International Law: A Practical Inquiry*, London 2016, 89-105.
- Fitzmaurice 1957: Fitzmaurice G., *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law*, Leiden 1957.
- Fitzmaurice 1986: Fitzmaurice G., *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Cambridge 1986.
- Focarelli 2021: Focarelli C., *State Immunity and Serious Violations of Human Rights: Judgment No. 238 of 2014 of the Italian Constitutional Court Seven Years Later On*, in It. Rev. Int.l Comp. Law 1, 29-58.
- Francioni 2007: Francioni F., *The Rights of Access to Justice under Customary International Law*, in Francioni F. (a cura di), *Access to Justice as a human right*, Oxford 2007, 2-55.
- Francioni 2012: Francioni F., *From Utopia to Disenchantment: The Ill Fate of “Modern Monism” in the ICJ Judgment on the Jurisdictional Immunities of The State*, 2012, in Eur. J. Int.l Law 23, 2012, 1125-1132.
- Fontanelli 2017: Fontanelli F., *I know it’s wrong but I just can’t do right: First impressions on judgment no. 238 of 2014 of the Italian Constitutional Court*, in VerfBlog, 27 ottobre 2017.
- Garrido-Muñoz 2017: Garrido-Munoz A., *Managing Uncertainty: The International Court of Justice*, “Objective Rea-

- sonableness” and the Judicial Function*, in *Leid. J. Int. Law* 30, 2017, 457-474.
- Gervasi 2022: Gervasi M. *Immunità giurisdizionale degli Stati ed eccezione umanitaria: in margine alla recente giurisprudenza sudcoreana sul sistema delle “donne di conforto”*, in *Riv. Dir. Int.* 105, 2022, 167-180.
- Gianelli 2013: Gianelli A, *Exit Kadi*, in *Riv. Dir. Int.* 96, 2013, 1244-1249.
- Gradoni 2012: Gradoni L., *Consuetudine internazionale e caso inconsueto*, in *Riv. Dir. Int.* 95, 2012, 704-710.
- Gradoni, Tanzi 2012: Gradoni L., Tanzi A., *Immunità dello Stato e crimini internazionali tra consuetudine e bilanciamento. Note critiche a margine della sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012*, in *Com. Int* 67, 2012, 203-226.
- Gradoni 2013: Gradoni G., *Raccontare “Kadi” dopo “Kadi II”: perché la Corte di Giustizia dell’Unione Europea non transige sul rispetto dei diritti umani nella lotta al terrorismo*, in *Dir. Um. e Dir. Int.* 7, 2013, 588-614.
- Gradoni 2014a: Gradoni L., *Corte costituzionale italiana “controvento” sull’immunità giurisdizionale degli Stati stranieri?*, in *Quad. Cost.*, 2014, 905-908.
- Gradoni 2014b: Gradoni L., *Corte costituzionale italiana e Corte internazionale di giustizia in rotta di collisione sull’immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile*, in *Quad. SIDIBlog* 1, 2014, 183-195.
- Gradoni 2014c: Gradoni L.: *Un giudizio mostruoso. Nuove istantanee della sentenza 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, in *Quad. SIDIBlog* 1, 2014, 245-251.
- Gradoni, Mauri 2021: Gradoni L., Mauri D., *Adattamento del diritto internazionale al diritto interno. Introduzione al forum*, in *SIDIBlog*, 2021.
- Gradoni, Tanzi 2012: Gradoni L., Tanzi A., *Immunità dello Stato e crimini internazionali tra consuetudine e bilanciamento: note critiche a margine della sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012*, in *Com. Int.* 67, 2012, 203-226.

- Górski 2017: Górski M., *Quo Vadis, Russia? On the Country's Recent Approach Towards Implementing Judgments of the European Court of Human Rights*, in *Comp. Law Rev.* 23, 2017, 139-158.
- Greco 2023: Greco D., *Ancora su immunità giurisdizionali e gravi violazioni dei diritti umani. La sentenza n. 159/2023 della Corte costituzionale dichiara il fondo per le vittime del Terzo Reich un rimedio equivalente alla tutela esecutiva*, in *Dir. Pub. Eur.* 20, 266-293.
- Guazzarotti 2014: Guazzarotti A., *Il paradosso della ricognizione delle consuetudini internazionali. Note minime a Corte cost. n. 238 del 2014*, in *For. Cost.*, 2014.
- Heathcote 2010: Heathcote S., *Circumstances Precluding Wrongfulness in the ILC Articles on State Responsibility: Necessity*, in Crawford J., Pellet A., Olleson S. (a cura di), *The Law of International Responsibility*, Oxford 2010, 491-501.
- Henry 2017: Henry E., *Alleged Acquiescence of the International Community to Revisionist Claims of International Customary Law (With Special Reference to the Jus Contra Bellum Regime)*, in *Mel. J. Int'l Law* 18, 2017, 260-297.
- Huneeus 2011: Huneeus A., *Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights*, in *Corn. Int'l. Law J.* 44, 2011, 494-533.
- Iglesias Velasco 2013: Iglesias Velasco A.J., *Reflexiones sobre la implementación de los tratados internacionales por los tribunales domésticos: especial referencia a España*, *An. Esp. Der. Int.* 29, 2013, 165-216.
- Iovane 2012: Iovane M., *Domestic Courts Should Embrace Sound Interpretative Strategies in the Development of Human-Oriented International Law*, in Cassese A. (a cura di), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford 2012, 607-625.
- Iovane 2018: Iovane M., *Conflicts Between State-Centred and Human-Centred International Norms*, in Pisillo Mazzeschi R., De Sena P. (a cura di), *Global Justice, Human Rights and the Modernization of International Law*, Berlin 2018, 205-222.

- Istrefi 2018: Istrefi K., *European Judicial Responses to Security Council Resolutions. A Consequentialist Assessment*, Leiden 2018.
- Jain, Gupta 2023: Jain A., Gupta R., *Precluding the Wrongfulness of Derogations of International Human Rights Instruments*, in *As.-Pac. J. Hum. Rig. and L.* 24, 2023, 127-154.
- Johnson 1965: Johnson D.H.N., *Book Review: The Changing Structure of International Law*, in *Int.l and Comp. Law Quart.* 14, 1965, 313-316.
- Kanetake 2018: Kanetake M., *UN Human Rights Treaty Monitoring Bodies before Domestic Courts*, in *Int.l. Comp. Law Quart.* 67, 2018, 201-232.
- Kelly 2000: Kelly J.P., *The Twilight of Customary International Law*, in *Virg. J. Int.l Law* 40, 2000, 449-553.
- Kelsen 1928: Kelsen H., *La garantie juridictionnelle de la Constitution: la justice constitutionnelle*, in *Rev. Dr. Pub* 34, 1928, 197-257.
- Kelsen 1952: Kelsen H., *Principles of International Law*, New York 1952.
- Kirchmair 2016: Kirchmair L., *The Theory of the Law Creators' Circle: Re-Conceptualizing the Monism-Dualism-Pluralism Debate*, in *Ger. Law J.* 17, 2016, 179-214.
- Kirgis 1987: Kirgis F.L., *Custom on a Sliding Scale*, in *Am. J. Int.l Law* 81, 1987, 146-151.
- Kleinlein 2011: Kleinlein T., *Judicial Lawmaking by Judicial Restraint? The Potential of Balancing in International Economic Law*, in *Ger. Law J.* 12, 2011, 1141-1174.
- Kleinlein 2017: Kleinlein T., *Customary International Law and General Principles: Rethinking their Relationship*, in Lepard B.D. (a cura di), *Reexamining Customary International Law*, Cambridge 2017, 130-158.
- Koagne Zouapet 2021: Koagne Zouapet A., *Neither Dr Jekyll, Nor Mr Hyde, Just a National Judge ... National Courts' Strategies of Resistance to International Law*, in *KFW Working Papers Ser.* 52, 2021, 1-53.
- Kolb 2014: Kolb R., *The Relationship Between the International and the Municipal Legal Order: Reflections on the*

- Decision no. 238/2014 of the Italian Constitutional Court*, in Ques. Int.l Law, 2014, 5-16.
- Kolb 2015: Kolb R., *Peremptory International Law – Jus Cogens*, Oxford 2015.
- Kokott, Sobotta 2012: Kokott J., Sobotta C., *The Kadi Case – Constitutional Core Values and International Law – Finding the Balance?*, in Eur. J. Int.l Law 23, 2012, 1016-1024.
- Kumm 2005: Kumm M., *Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice. A Review Essay on A Theory of Constitutional Rights*, in Int.l J. Const. Law 2, 574-594.
- Lando 2015: Lando M., *Intimations of Unconstitutionality: The Supremacy of International Law and Judgment 238/2014 of the Italian Constitutional Court*, in Mod. Law Rev. 78, 1028-1056.
- Lauterpacht 1929: Lauterpacht H., *Decision of Municipal Court as a Source of International Law*, in Brit. Yb. Int.l Law 10, 1929, 65-90.
- Lepard 2010: Lepard B.D., *Customary International Law, A New Theory With Practical Applications*, Cambridge 2010.
- Lillich 1996: Lillich R.B., *The Growing Importance of Customary International Human Rights Law*, in Geo. J. Int.l Comp. Law 25, 1996, 25-55.
- Liu 2022: Liu Y., *Proportionality Balancing under General International Law: The Case of Article 25(1)(b) of ARSIWA*, in Ch. J. Int.l Law 21, 2022, 647-700.
- Losada Revol 2018: Losada Revol I., *The Ministry of Foreign Affairs Case: A Ruling with Unforeseen Consequences in the Enforcement of Human Rights in Argentina*, in Georget. J. Int.l. Law 49, 2018, 461-500.
- Lugato 2010: Lugato M., *Sono le sanzioni individuali del Consiglio di Sicurezza incompatibili con il rispetto delle garanzie procedurali?*, in Riv. Dir. Int. 93, 2010, 309-342.
- MacCormick 2005: MacCormick N., *Rethoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, Oxford 2005.

- Magi 2016: Magi L., *Applicazione del “test” della protezione equivalente alle Nazioni Unite: nessun contributo della sentenza della Grande Camera della Corte europea nel caso “Al-Dulimi”*, in *Dir. Um. Dir. Int.*, 10, 2016, 609-617.
- Malenovsky 2017: Malenovsky J., *L’agonie sans fin du principe de non-invocabilité du droit interne*, in *Rev. Gén. D. Int.I Pub.* 121, 2017, 291-334.
- Marchuk 2017a: Marchuk I., *Flexing Muscles (Yet Again): The Russian Constitutional Court’s Defiance of the Authority of the ECtHR in the Yukos Case*, in *EJIL Talk!*, 13 febbraio 2017.
- Marchuk 2017b: Marchuk I., *The Tale of Yukos and of the Russian Constitutional Court’s Rebellion against the European Court of Human Rights*, in *Oss. AIC*, 2017, 1-12.
- Martinico 2012: Martinico G., *Is the European Convention Going to Be “Supreme”? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts*, in *Eur. J. Int.I Law* 23, 2012, 401-424.
- Martinico 2015: Martinico G., *Corti costituzionali (o supreme) e “disobbedienza funzionale”. Critica, dialogo e conflitti nel rapporto fra diritto interno e diritto delle Convenzioni (CEDU e Convenzione americana sui diritti umani)*, in *Giur. Pen.*, 2015, 303-317.
- Mauri 2022: Mauri D., *Litigating Treaties by Means of Article 46 of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, in Pascale G., Tonolo S. (a cura di), *The Vienna Convention on the Law of Treaties: The Role of the Treaty of Treaties in Contemporary International Law*, Napoli 2022, 103-107.
- McFadden 1988: McFadden P.M., *The Balancing Test*, in *Bost. Coll. Law Rev* 29, 1988, 585-656.
- Milanovic 2009: Milanovic M., *Norm Conflict in International Law: Whither Human Rights?*, in *Duk. J. Comp. Int.I Law* 20, 2009, 69-131.
- Moremen 2006: Moremen P.M., *National Court Decisions as State practice: A Transnational Judicial Dialogue*, in *N. Car. J. Int.I Law and Comm. Reg.* 32, 2006, 259-309.
- Nollkaemper 2010: Nollkaemper A., *Rethinking Supremacy of International Law*, in *Heid. J. Int.I Law* 65, 2010, 65-85.

- Nollkaemper 2011: Nollkaemper A., *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford 2011.
- Nollkaemper 2019: Nollkaemper A., *General Aspects*, in Nollkaemper A., Reinish A., Janik R., Simliger F. (a cura di), *International Law in Domestic Courts: A Casebook*, Oxford, 2019, 1-21.
- Oppenheim 1946: Oppenheim L., *International Law*, New York-London 1948.
- Orunesu 2020: Orunesu C., *Conventionality Control and International Judicial Supremacy*, in *Revus* 40, 2020, 45-62.
- Paddeu 2018: Paddeu F., *Justification and Excuse in International law, Concept and Theory of General Defences*, Cambridge 2018.
- Paddeu, Waibel 2022: Paddeu F., Waibel M., *Necessity 20 Years On: The Limits of Article 25*, in *ICSID Rev.* 37, 2022, 160-191.
- Palchetti 2014: Palchetti P., *Judgment 238/2014 of the Italian Constitutional Court: In Search of a Way Out*, in *Quest. Int.l. Law*, 2014, 44-47.
- Palchetti 2015: Palchetti P., *Can State Action on Behalf of Victims be an Alternative to Individual Access to Justice in Case of Grave Breaches of Human Rights?*, in *It. Yb. Int.l Law* 24, 2015, 53-60.
- Palchetti 2020: Palchetti P., *Conformità dell'ordinamento italiano alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute e controlimiti: problemi aperti*, in Palmisano G. (a cura di), *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni*, Napoli 2020, 371-387.
- Palombella 2016: Palombella G., *German War Crimes and the Rule of International Law*, in *J. Int.l Crim. Just.* 14, 2016, 607-613.
- Palombino 2015: Palombino F.M., *Compliance with International Judgments: Between Supremacy of International Law and National Fundamental Principles*, in *Heid. J. Int.l Law* 75, 2015, 503-529.
- Palombino 2019: Palombino F.M. (a cura di), *Duelling for Supremacy. International Law vs. National Fundamental Principles*, Cambridge 2019.

- Papa 2015: Papa M.I., *Il ruolo della Corte Costituzionale nella ricognizione del diritto internazionale generale esistente e nella promozione del suo sviluppo progressivo. Osservazioni critiche a margine della sentenza n. 238/2014*, in Riv. Ass. It. Cost., 2015, 1-25.
- Papa 2017: Papa M.I., *L'esecuzione delle sentenze della Corte internazionale di giustizia nel Sistema dell'ONU*, in Triggiani E. et alii (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari 2017, 41-48.
- Pavoni 2022: Pavoni R., *Germany versus Italy Reloaded: Whither a Human Rights Limitation to State Immunity?*, in Quest. Int'l Law, 2022, 19-40.
- Perassi 1961: Perassi T., *Lezioni di diritto internazionale*, Padova 1961.
- Peters 2009: Peters A., *Supremacy Lost: International Law Meets Domestic Constitutional Law*, in V. O. J. Int'l Const. Law 3, 2009, 170-198.
- Peters 2014: Peters A., *Let Not Triepel Triumph – How to Make the Best Out of Sentenza No. 238 of the Italian Constitutional Court for a Global Legal Order*, in EJIL Talk!, 22 dicembre 2014.
- Peters 2016a: Peters A., *New German Constitutional Court Decision on “Treaty-Override”: Triplelianism Continued*, in EJIL Talk!, 29 febbraio 2016.
- Peters 2016b: Peters A., *Proportionality as a Global Constitutional Principle*, in MPIL Research Paper Ser. 10, 2016, 1-19.
- Petersen 2012: Petersen N., *Determining the Domestic Effect of International Law through the Prism of Legitimacy*, in Heid. J. Int'l Law 72, 2012, 223-259.
- Petersen 2019: Petersen N., *Germany*, in Palombino F.M., *Duelling for Supremacy. International Law vs. National Fundamental Principles*, Cambridge 2019, 89-105.
- Pino 2014: Pino G., *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in Rag. Prat. 34, 2014, 541-552.
- Pisillo Mazzeschi 2015: Pisillo Mazzeschi R., *La sentenza n. 238 del 2014 della Corte costituzionale ed i suoi possibili effetti sul diritto internazionale*, Dir. Um. Dir. Int. 9, 2015, 23-40.

- Pound 1943: Pound R., *A Survey of Social Interests*, in Harv. Law Rev. 57, 1943, 401-453.
- Roberts 2001: Roberts A.E., *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation*, in Am. J. Int'l Law 95, 2001, 757-791.
- Roberts 2011: Roberts A.E., *Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law*, Int'l Comp. Law Quart. 60, 2011, 57-92.
- Rossi 2022: Rossi P. *Italian Courts and the Evolution of the Law of State Immunity. A Reassessment of Judgment no 238/2014*, in Quest. Int'l Law Zoom In 94, 2022, 40-57.
- Ryngaert 2010: Ryngaert C., *State Responsibility, Necessity and Human Rights*, in Neth. Yb. Int'l Law 41, 2010, 79-98.
- Ryngaert 2018: Ryngaert C., *Sources of International Law in Domestic Law*, in Besson S., D'Aspremont J. (a cura di), *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, Oxford 2018, 1137-1156.
- Salerno 2015: Salerno F., *Giustizia costituzionale giustizia internazionale nell'applicazione del diritto internazionale generalmente riconosciuto*, in Quad. Cost., 2015, 33-58.
- Saliba, Lima 2021: Saliba A.T., Lima L., *The Law of State Immunity before the Brazilian Supreme Court: What is at Stake with the "Changri-la" Case?*, in Braz. J. Int'l Law 18, 2021, 53-58.
- Scalese 2008: Scalese G., *La rilevanza delle scusanti nella teoria dell'illecito internazionale*, Napoli 2008.
- Sciso 2015: Sciso E., *La regola sull'immunità giurisdizionale dello Stato davanti alla Corte costituzionale*, in Dir. Um. Dir. Int. 9, 2015, 61-83.
- Scelle 1956: Scelle G., *Le phénomène juridique du dédoublement fonctionnel*, in *Rechtsfragen der Internationalen Organisation. Festschrift für Hans Wehberg zu seinem 70. Geburtstag*, Frankfurt a.M. 1956, 324-342.
- Schmalenbach 2012: Schmalenbach K., *Article 27. Internal Law and Observance of Treaties*, in Dörr O., Schmalenbach K. (a cura di), *The Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Berlin 2012, 453-473.

- Schmitt 2017: Schmitt P., *Access to Justice and International Organizations. The Case of Individuals Victims of Human Rights Violations*, London 2017.
- Schwarzenberger 1947: Schwarzenberger G., *The Inductive Approach to International Law*, in Harv. Law Rev. 60, 1947, 539-570.
- Simma, Alston 1988: Simma B., Alston P., *The Sources of Human Rights: Custom, Jus Cogens and General Principles*, in Aust. Yb. Int.l Law 12, 1988, 83-97.
- Sloane 2012: Sloane R.D., *On the Use and Abuse of Necessity in the Law of State Responsibility*, in Am. J. Int.l Law 106, 2012, 447-508.
- Stone 1936: Stone H.F., *The Common Law of the United States*, in Harv. Law Rev. 50, 1936, 4-26.
- Stone Sweet, Mathews 2008: Stone Sweet A., Mathews J., *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in Col. Trans. Law J. 47, 2008, 72-164.
- Tams 2011: Tams C.J., *Individual States as Guardians of Community Interests*, in Fastenrath U. (a cura di), *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford 2011, 379-405.
- Tanzi 2021: Tanzi A., *Necessity: State of*, in Peters A. (a cura di), *Max Pl. Enc. Pub. Int.l Law*, 2021.
- Tasioulas 1996: Tasioulas J., *In Defence of Relative Normativity, Communitarian Values and the Nicaragua Case*, in Oxf. J. Leg. St. 16, 1996, 85-128.
- Tomka 2013: Tomka P., *Custom and the International Court of Justice*, in Law and Prac. Int.l Courts and Tribunals 12, 2013, 195-216.
- Tomuschat 2014: Tomuschat C., *The National Constitution Trumps International Law*, in It. J. Pub. Law 6, 2014, 188-196.
- Tomuschat 2018: Tomuschat C., *General International Law: A New Source of International Law*, in Pisillo Mazze-schi R., De Sena P. (a cura di), *Global Justice, Human Rights and the Modernization of International Law*, Berlin 2018, 185-204.

- Tridimas, Gutierrez-Fons 2008: Tridimas T., Gutierrez-Fons J.A., *EU Law, International Law, Economic Sanctions Against Terrorism: The Judiciary in Distress*, in Int.l Law J. 32, 2008, 660-730.
- Triepel 1899: Triepel H., *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig 1899.
- Tzanakopoulos 2010: Tzanakopoulos A., *United Nations Sanctions in Domestic Courts, From Interpretation to Defiance in Abdelrazik v. Canada*, in J. Int.l Crim. Just. 8, 2010, 249-267.
- Tzanakopoulos 2011: Tzanakopoulos A., *Domestic Courts in International Law: The International Judicial Function of National Courts*, in Loy. Los Ang. Int.l Comp. Law Rev. 34, 2011, 133-168.
- Tzanakopoulos 2013a: Tzanakopoulos A., *Kadi Showdown: Substantive Review of (UN) Sanctions by the ECJ*, in EJIL Talk!, 19 luglio 2013.
- Tzanakopoulos 2013b: Tzanakopoulos A., *The Solange Argument as a Justification for Disobeying the Security Council in the Kadi Judgments*, in Avbeli M., Fontaneli F., Martinico G. (a cura di), *Kadi on Trial: A Multifaceted Analysis of the Kadi Judgments*, Oxford 2013, 121-132.
- Tzanakopoulos 2014: Tzanakopoulos A., *Judicial Dialogue as a Means of Interpretation*, in Aust H.P., Nolte G. (a cura di), *Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence*, Oxford 2014, 72-95.
- Tzanakopoulos, Tams 2013: Tzanakopoulos A., Tams C.J., *Introduction: Domestic Courts as Agents of Development of International Law*, in Leid. J. Int.l Law 26, 2013, 531-540.
- Udich 2013: Udich J., *Vital Interests*, in Max Pl. Enc. Pub. Int.l Law, 2013.
- van Alebeek, Nollkaemper 2012: van Alebeek A., Nollkaemper A., *The Legal Status of Decisions by Human Rights Treaty Bodies in National Law*, in Keller H., Ulfstein G. (a cura di), *UN Human Rights Treaty Bodies. Law and Legitimacy*, Cambridge 2012, 356-413.

- van Alebeek 2013: van Alebeek R., *Domestic Courts as Agents of Development of International Immunity Rules*, in Leid. J. Int.l Law 26, 2013, 559-578.
- von Bogdandy 2008: von Bogdandy A., *Pluralism, Direct Effect and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law*, in Int. J. Const. Law 6, 2008, 397-413.
- Venturini 2020: Venturini C., *Sezioni unite, sentenza n. 20442 del 2020: il "contrappunto gufato" della sent. 238/2014 Corte cost.*, in SIDIBlog, 18 dicembre 2020.
- Victor Gullco 2021: Victor Gullco H., *The Clash of Constitutional and International Law in Argentine Case Law*, in Southw. J. Int.l. Law 27, 2021, 315-341.
- Virally 1964: Virally M., *Sur un pont aux ânes: les rapports entre droit international et droits internes*, in *Mélanges offerts à Henri Rolin. Problèmes de droit de gens*, Paris 1964, 488-505.
- Weiler 2009: Weiler J.H.H., *Kadi – Europe's Medellin?*, in Eur. J. Int.l Law 19, 2009, 895-900.
- Weiler 2018: Weiler J.H.H., *Judicial Review in the Contemporary World – Retrospective and Perspective*, in Int. J. Const. Law 16, 2018, 315-372.
- Zagrebel'sky 2003: Zagrebelsky G., *Ronald Dworkin's Principle Based Constitutionalism. An Italian Point of View*, in Int.l J. Const. Law 1, 2003, 621-650.

GIURISPRUDENZA INTERNAZIONALE

Comitati ONU istituiti dai trattati universali sui diritti umani

Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, *General Comment No. 9: The Domestic Application of the Covenant*, UN Doc. E/C.12/1998/24 del 3 dicembre 1998.

Comitato dei diritti umani, *General Comment No. 31, The Nature and the General Legal Obligation Imposed on State Parties to the Covenant*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 del 26 maggio 2004.

Comitato dei diritti umani, *General Comment No. 32, Article 14, Right to Equality Before Courts and Tribunals and to a Fair Trial*, UN Doc. CCPR/C/GC/32 del 23 agosto 2007.

Comitato dei diritti umani, *Sayadi and Vinck v. Belgium*, UN Doc. CCPR/C/94/D/1472/2006 del 29 dicembre 2008.

Comitato sull'eliminazione della discriminazione nei confronti delle donne, *General Recommendation on Article 16 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. Economic Consequences of Marriage, Family Relations and Their Dissolution*, UN Doc. CEDAW/C/GC/29 del 26 febbraio 2013.

Comitato contro la tortura, *X v. Kazakhstan*, UN Doc. CAT/C/55/D/554/2013 del 9 ottobre 2015.

Comitato contro la tortura, *D.I.S. v. Hungary*, UN Doc. CAT/C/56/D/671/2015 del 10 febbraio 2016.

Corte africana dei diritti umani e dei popoli

Corte africana dei diritti umani e dei popoli, *Tanganyika Law Society, The Legal and Human Rights Centre & Rev. Christopher R. Mtikila v. United Republic of Tanzania*, ricorsi n. 9/2011 e 11/2011, sentenza del 14 giugno 2013.

Corte africana dei diritti umani e dei popoli, *Kennedy Owino Onyachi and Another v. United Republic of Tanzania*, ricorso n. 3/15, sentenza sul merito del 28 settembre 2017.

Corte africana dei diritti umani e dei popoli, *Armand Guehi v. United Republic of Tanzania*, ricorso n. 1/15, sentenza del 7 dicembre 2008.

Corte africana dei diritti umani e dei popoli, *Alfred Agbesi Woyome v. Republic of Ghana*, ricorso n. 1/2017, sentenza del 28 giugno 2019.

Corte africana dei diritti umani e dei popoli, *Ally Rajabu and others v. United Republic of Tanzania*, ricorso n. 7/15, sentenza del 28 novembre 2019.

Corte di giustizia dell'Unione europea

Tribunale di prima istanza dell'Unione europea, *Yassin Abdullah Kadi v. Council of the European Union and Commission of the European Communities*, caso n. T-315/01, sentenza del 21 settembre 2005.

Corte di giustizia della Comunità europea, *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Union*, casi n. C-402/05 P e C-415/05, sentenza del 3 settembre 2008.

Corte di giustizia dell'Unione europea, *Criminal Proceedings against E and F*, caso n. C-550/09, sentenza del 29 giugno 2010.

Corte generale dell'Unione europea, *Yassin Abdullah Kadi v European Commission*, caso n. T-85/09, sentenza del 30 settembre 2010.

Corte di giustizia dell'Unione europea, *Taricco*, caso n. C-105/14, sentenza dell'8 settembre 2015.

Corte di giustizia dell'Unione europea, *M.A.S. and S.B.*, caso n. C-42/17, sentenza del 5 dicembre 2017.

Corte di giustizia dell'Unione europea, *LG and Others v Rina SpA and Ente Registro Italiano Navale*, caso n. C-641/18, sentenza del 7 maggio 2020.

Corte europea dei diritti umani

Corte europea dei diritti umani, *Golder v. the United Kingdom* [Plenary], ricorso n. 4451/70, sentenza del 21 febbraio 1975.

Corte europea dei diritti umani, *Osman v. the United Kingdom* [GC], ricorso n. 23452/4, sentenza del 28 ottobre 1998.

Corte europea dei diritti umani, *Beer and Regan v. Germany* [GC], ricorso n. 28934/95, sentenza del 18 febbraio 1999.

Corte europea dei diritti umani, *Waite and Kennedy v. Germany* [GC], ricorso n. 26083/94, sentenza del 18 febbraio 1999.

Corte europea dei diritti umani, *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], ricorso n. 35763/97, § 54, sentenza del 21 novembre 2001.

Corte europea dei diritti umani, *Kalogeropoulou e altri c. Grecia e Germania*, ricorso n. 59021/00, decisione del 12 dicembre 2002.

Corte europea dei diritti umani, *Assanidze v. Georgia*, ricorso n. 71503/01, sentenza dell'8 aprile 2004.

Corte europea dei diritti umani, *Shamayev and Others v. Georgia and Russia*, ricorso n. 36378/02, sentenza del 12 aprile 2005.

Corte europea dei diritti umani, *Scordino v. Italy (No. 1)* [GC], ricorso n. 36813/97, sentenza del 29 marzo 2006.

Corte europea dei diritti umani, *Scoppola v. Italy (No. 2)* [GC], ricorso n. 10249/03, sentenza del 17 settembre 2009.

Corte europea dei diritti umani, *Maggio e altri c. Italia*, ricorsi n. 46286/09 e altri, sentenza del 31 gennaio 2011.

Corte europea dei diritti umani, *Nada v. Switzerland*, ricorso n. 10593/08, sentenza del 12 settembre 2012.

Corte europea dei diritti umani, *Chapman v. Belgium*, ricorso n. 39610/06, decisione del 5 marzo 2013.

Corte europea dei diritti umani, *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v. the Netherlands* [GC], ricorso n. 65542/12, decisione del 27 giugno 2013.

- Corte europea dei diritti umani, *Janowiec and others v. Russia* [GC], ricorsi n. 55508/07 e 29520/09, sentenza del 21 ottobre 2013.
- Corte europea dei diritti umani, *Al-Dulimi and Montana Management INC v. Switzerland*, ricorso n. 5809/08, sentenza del 26 novembre 2013.
- Corte europea dei diritti umani, *Jones and Others v. the United Kingdom*, ricorsi n. 34356/06 e 40528/06, sentenza del 14 gennaio 2014.
- Corte europea dei diritti umani, *Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia*, ricorso n. 14902/04, sentenza sull'equa soddisfazione del 21 luglio 2014.
- Corte europea dei diritti umani, *Al-Nashiri v. Poland*, ricorso n. 28761/11, sentenza del 24 luglio 2014.
- Corte europea dei diritti umani, *Husayn (Abu Zybaydah) v. Poland*, ricorso n. 7511/13, sentenza del 24 luglio 2014.
- Corte europea dei diritti umani, *Khlaifia and others v. Italy*, ricorso n. 16483/12, sentenza del 1 settembre 2015.
- Corte europea dei diritti umani, *Al-Dulimi and Montana Management INC v. Switzerland*, ricorso n. 5809/08, sentenza del 21 giugno 2016.
- Corte europea dei diritti umani, *Baka v. Hungary* [GC], ricorso n. 20261/12, sentenza del 23 giugno 2016.
- Corte europea dei diritti umani, *Hutchinson v. the United Kingdom* [GC], ricorso n. 57592/08, sentenza del 17 gennaio 2017.
- Corte europea dei diritti umani, *Advance Pharma sp. z o.o. v. Poland*, ricorso n. 1469/20, sentenza del 3 febbraio 2020.
- Corte europea dei diritti umani, *N.D. and N.T. v. Spain* [GC], ricorsi n. 8675/15 e 8697/15, sentenza del 13 febbraio 2020.
- Corte europea dei diritti umani, *Hussein and others v. Belgium*, ricorso n. 45187/12, sentenza del 16 marzo 2021.
- Corte europea dei diritti umani, *Xero Flor w Polsce Sp. z o.o. v. Poland*, ricorso n. 4907/18, sentenza del 7 maggio 2021.
- Corte europea dei diritti umani, *Broda and Bojara v. Poland*, ricorsi n. 26691/18 e 27367/18, sentenza del 29 giugno 2021.

Corte europea dei diritti umani, *Reczkowicz v. Poland*, ricorso n. 43447/19, sentenza del 22 luglio 2021.

Corte europea dei diritti umani, *Willems and Gorjon v. Belgium*, ricorsi n. 74209/16 e altri, sentenza del 21 settembre 2021.

Corte europea dei diritti umani, *J.C. and others v. Belgium*, ricorso n. 11625/17, sentenza del 12 ottobre 2021.

Corte europea dei diritti umani, *Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland*, ricorsi n. 49868/19 e 57511/19, sentenza dell'8 novembre 2021.

Corte europea dei diritti umani, *Association des familles des victimes du Joola v. France*, ricorso n. 21119/19, decisione del 27 gennaio 2022.

Corte europea dei diritti umani, *Grzęda v. Poland* [GC], ricorso n. 43572/18, sentenza del 15 marzo 2022.

Corte europea dei diritti umani, *Juszczyszyn v. Poland*, ricorso n. 35599/20, sentenza del 6 ottobre 2022.

Corte europea dei diritti umani, *J.A. and others v. Italy*, ricorso n. 21329/18, sentenza del 30 marzo 2023.

Corte europea dei diritti umani, *Wałęsa v. Poland*, ricorso n. 50849/21, sentenza del 23 novembre 2023.

Corte europea dei diritti umani, *Humpert and others v. Germany* [GC], ricorsi n. 59433/18, sentenza del 14 dicembre 2023.

Corte interamericana dei diritti umani

Corte interamericana dei diritti umani, *International Responsibility for the Issuance and Application of Laws in Violation of the Convention*, opinione consultiva n. OC-14/94 del 9 dicembre 1994.

Corte interamericana dei diritti umani, *Castillo Peruzzi et al v. Peru*, sentenza del 30 maggio 1999.

Corte interamericana dei diritti umani, *Castillo Peruzzi et al v. Peru*, ordinanza sul monitoraggio dell'esecuzione del 17 novembre 1999.

Corte interamericana dei diritti umani, *Benjamin et al v. Trinidad and Tobago*, sentenza sulle eccezioni preliminari del 1 settembre 2001.

Corte interamericana dei diritti umani, *Hilaire v. Trinidad and Tobago*, sentenza sulle eccezioni preliminari del 1 settembre 2001.

Corte interamericana dei diritti umani, *Goiburú et al v. Paraguay*, sentenza del 22 settembre 2006.

Corte interamericana dei diritti umani, *La Cantuta v. Perù*, sentenza del 29 novembre 2006.

Corte interamericana dei diritti umani, *Almonacid-Arellano et al v. Chile*, sentenza del 26 settembre 2006.

Corte interamericana dei diritti umani, *Heliodoro Portugal v. Panama*, sentenza del 12 agosto 2008.

Corte interamericana dei diritti umani, *Fontevecchia and D'Amico v. Venezuela*, sentenza del 29 novembre 2011.

Corte interamericana dei diritti umani, *Apitz Barbera et al v. Venezuela*, ordinanza sul monitoraggio dell'esecuzione del 23 novembre 2012.

Corte interamericana dei diritti umani, *Fontevecchia e D'Amico v. Argentina*, ordinanza sul monitoraggio dell'esecuzione del 18 ottobre 2017.

Corte interamericana dei diritti umani, *Case of the Yean and Bosico Children and Case of Expelled Dominicans and Haitians v. Dominican Republic*, ordinanza sul controllo dell'esecuzione del 12 marzo 2019.

Corte interamericana dei diritti umani, *The Obligations in Matters of Human Rights of a State that Has Denounced the American Convention on Human Rights and the Charter of the Organization of American States*, opinione consultiva n. OC-26/20 del 9 novembre 2020.

Corte internazionale di giustizia

Corte internazionale di giustizia, *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, sentenza del 9 aprile 1949.

Corte internazionale di giustizia, *Anglo-Norwegian Fisheries (United Kingdom v. Norway)*, sentenza del 18 dicembre 1951.

Corte internazionale di giustizia, *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa) Second Phase*, sentenza del 18 luglio 1966.

Corte internazionale di giustizia, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)*, sentenza del 20 febbraio 1969.

Corte internazionale di giustizia, *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* sentenza del 27 giugno 1986.

Corte internazionale di giustizia, *Elettronica S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, sentenza del 20 luglio 1989.

Corte internazionale di giustizia, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinione consultiva dell'8 luglio 1996.

Corte internazionale di giustizia, *Gabčíkovo Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, sentenza del 25 settembre 1997.

Corte internazionale di giustizia, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, sentenza del 14 febbraio 2002.

Corte internazionale di giustizia, *Avena and Others Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, sentenza del 31 marzo 2004.

Corte internazionale di giustizia, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinione consultiva del 9 luglio 2004.

Corte internazionale di giustizia, *Pulp Mills of the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, sentenza del 20 aprile 2010.

Corte internazionale di giustizia, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)*, sentenza del 3 febbraio 2012.

Corte internazionale di giustizia, *Question Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, sentenza del 22 luglio 2012.

Corte internazionale di giustizia, *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, sentenza del 21 aprile 2022.

Corte internazionale di giustizia, *Questions of Jurisdictional Immunities of the State and Measures of Constraint Against State-Owned Property*, ricorso presentato dalla Germania il 29 aprile 2022, con annessa richiesta di misure provvisorie.

Corte permanente di giustizia internazionale

Corte permanente di giustizia internazionale, *Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v. Poland)*, sentenza del 25 agosto 1925.

Corte permanente di giustizia internazionale, *S.S. Lotus (France v. Turkey)*, sentenza del 7 settembre 1927.

Corte permanente di giustizia internazionale, *Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*, sentenza del 13 settembre 1928.

Corte permanente di giustizia internazionale, *Greco-Bulgarian "Communities"*, opinione consultiva del 31 luglio 1930.

Corte permanente di giustizia internazionale, *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory*, opinione consultiva del 4 febbraio 1932.

Lodi arbitrali interstatali

Alabama claims of the United States of America against Great Britain, lodo arbitrale del 14 settembre 1872.

George Pinson (France) v. United Mexican States, lodo arbitrale del 19 ottobre 1928.

Lodi arbitrali investitore-Stato

CMS Gas Transmission Company v. the Republic of Argentina, caso n. ICSID ARB/01/8, lodo del 12 maggio 2005.

Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. the Argentine Republic, caso n. ICSID ARB/01/3, lodo del 22 maggio 2007.

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Cor., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic, caso n. ICSID ARB/02/1, lodo del 25 luglio 2007.

Continental Casualty Company v Argentine Republic, caso n. ICSID ARB/03/9, lodo del 5 settembre 2008.

Sempra Energy International v. Argentine Republic, caso n. ICSID ARB/02/16, lodo del 28 settembre 2008.

Suez v. Argentina, caso n. ICSID ARB/03/17, decisione sulla responsabilità del 30 luglio 2010.

Total v. Argentina, caso n. ICSID ARB/04/1, decisione sulla responsabilità del 21 dicembre 2010.

Impregilo v. Argentina, caso n. ICSID ARB/07/17, lodo del 21 giugno 2011.

El Paso Energy International Corporation v. the Argentine Republic, caso n. ICSID ARB/03/15, lodo del 31 ottobre 2011.

Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe, caso n. ICSID ARB/10/15, lodo del 28 luglio 2015.

Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic, caso n. ICSID ARB/07/26, lodo dell'8 dicembre 2016.

Tribunale internazionale per il diritto del mare

Tribunale internazionale per il diritto del mare, *M/V Saiga (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guined)*, sentenza del 1 luglio 1999.

Tribunale speciale per il Libano

Tribunale speciale per il Libano, *Prosecutor v. El Sayed*, caso n. CH/PRES/2010/01, ordine che assegna il caso a un giudice preliminare del 15 aprile 2010.

GIURISPRUDENZA NAZIONALE

Argentina

Corte suprema argentina, sentenza del 14 febbraio 2017.

Benin

Corte costituzionale del Benin, sentenza n. DCC 20-434 del 30 aprile 2020.

Brasile

Corte suprema brasiliana, sentenza n. ARE 954858/RJ del 24 settembre 2021.

Canada

Corte federale canadese, caso n. FC 580, sentenza del 4 giugno 2009.

Corea del Nord

Corte distrettuale centrale di Seoul, caso n. 2016 Ga-Hap 505092, sentenza dell'8 gennaio 2021.

Corte distrettuale centrale di Seoul, caso n. 2016 Ga-Hap 580239, sentenza del 21 aprile 2021.

Francia

Corte di cassazione francese, caso n. 04-41012, sentenza del 25 gennaio 2005.

Consiglio di Stato francese, caso n. ILDC 767, sentenza dell'11 ottobre 2011.

Germania

Corte costituzionale federale tedesca, caso n. 2 BvL 52/71, sentenza del 29 maggio 1974.

Corte costituzionale federale tedesca, caso n. BvR 197/83, sentenza del 22 ottobre 1986.

Corte costituzionale federale tedesca, caso n. 2 BVR 1481/04, ordinanza del 14 ottobre 2004.

Corte costituzionale federale tedesca, caso n. BVerfG, JZ 62, sentenza del 19 settembre 2006.

Corte costituzionale federale tedesca, caso n. BVR 2735/14, sentenza del 15 dicembre 2015.

Giappone

Corte distrettuale di Tokyo, caso n. 1784, sentenza del 15 marzo 2001.

Italia

Corte costituzionale italiana, sentenza n. 183 del 27 dicembre 1973.

Corte costituzionale italiana, sentenza n. 48 del 18 giugno 1979.

Corte costituzionale italiana, sentenza n. 73 del 22 marzo 2001.

Corte costituzionale italiana, sentenza n. 348 del 24 ottobre 2007.

Corte costituzionale italiana, sentenza n. 349 del 24 ottobre 2007.

Corte costituzionale italiana, sentenza n. 248 del 28 novembre 2012.

Corte costituzionale italiana, sentenza n. 238 del 22 ottobre 2014.

Corte costituzionale italiana, ordinanza n. 30 del 3 marzo 2015.

Corte costituzionale italiana, sentenza n. 49 del 23 marzo 2015.

Corte costituzionale italiana, sentenza n. 150 del 21 luglio 2023.

Corte costituzionale italiana, ordinanza presidenziale n. 24 del 26 gennaio 2017.

Corte costituzionale italiana, sentenza n. 115 del 31 maggio 2018.

Corte di cassazione italiana, Sezioni unite civili, sentenza n. 5044 dell'11 marzo 2004.

Corte di cassazione italiana, Sezioni unite civili, sentenze n. 14199-14212 del 29 maggio 2008.

Corte di cassazione italiana, Sezione I penale, sentenza n. 1072 del 13 gennaio 2009.

Corte di cassazione italiana, Sezione I civile, sentenza n. 11163 del 20 maggio 2011.

Corte di cassazione italiana, Sezione I penale, sentenza n. 32139 del 30 maggio 2012.

Corte di cassazione italiana, Sezioni unite civili, sentenza n. 4284 del 21 febbraio 2013.

Corte di cassazione italiana, Sezioni unite civili, sentenza n. 1136 del 21 gennaio 2014.

Corte di cassazione italiana, Sezioni unite civili, sentenza n. 2156 del 2 gennaio 2015.

Corte di cassazione italiana, Sezioni unite civili, sentenze n. 9097-9098 del 6 maggio 2015.

Corte di cassazione italiana, Sezione I penale, sentenza n. 43696 del 29 ottobre 2015.

Corte di cassazione italiana, Sezioni unite civili, sentenza n. 15812 del 3 maggio 2016.

Corte di cassazione italiana, Sezioni unite civili, sentenza n. 20442 del 28 settembre 2020.

Tribunale di Ascoli Piceno, ordinanza n. 112 dell'8 marzo 2016.

Tribunale di Firenze, sentenza n. 2468 del 6 luglio 2015.

Tribunale di Roma, sentenza n. 11069 del 20 maggio 2015.

Tribunale di Piacenza, sentenza n. 1462 del 28 settembre 2015.

Tribunale di Sulmona, sentenza del 2 novembre 2017.

Paesi Bassi

Corte d'appello dell'Aja, caso n. 200.022/151/01, sentenza del 30 marzo 2010.

Corte d'appello dell'Aja, caso n. NL:GHDHA:2021:2374, sentenza del 7 dicembre 2021.

Perù

Consiglio supremo di giustizia militare del Perù, sentenza dell'11 giugno 1999.

Consiglio supremo di giustizia militare del Perù, sentenza del 4 giugno 2021.

Corte costituzionale peruviana, caso n. 679-2005- PA/TC, sentenza del 2 marzo 2007.

Polonia

Corte costituzionale polacca, caso n. K 6/21, sentenza del 24 novembre 2021.

Corte costituzionale polacca, caso n. K 7/21, sentenza del 10 marzo 2022.

Regno Unito

House of Lords, caso n. [2006] 2 WLR 1424, sentenza del 14 giugno 2006.

House of Lords, caso n. [2007] UKHL 58, sentenza del 12 dicembre 2007.

Corte suprema inglese, no. UKSC 2009/0015, sentenza del 27 gennaio 2010.

Repubblica Dominicana

Corte costituzionale della Repubblica Dominicana, sentenza n. TC/0256/14 del 4 novembre 2014.

Russia

Corte costituzionale russa, caso n. 21- П/2015, sentenza del 14 luglio 2015.

Corte costituzionale russa, caso n. 12- П/2016, sentenza del 19 aprile 2016.

Corte costituzionale russa, caso n. 1-II/2017, sentenza del 19 gennaio 2017.

Singapore

Corte d'appello di Singapore, caso n. 3 SLR 489, sentenza del 14 maggio 2010.

Spagna

Tribunale costituzionale spagnolo, sentenza n. 303 del 25 ottobre 1993.

Sri Lanka

Corte suprema dello Sri Lanka, caso n. 519] 138 ILR, sentenza del 15 settembre 2006.

Stati Uniti

Corte suprema statunitense, caso n. 552 U.S. 491, sentenza del 25 marzo 2008.

Corte suprema statunitense, caso n. 19-351, 592 U.S., sentenza del 3 febbraio 2021.

Svizzera

Tribunale federale svizzero, caso n. 1A 45/2007, sentenza del 14 novembre 2007.

Venezuela

Sezione costituzionale della Corte suprema di giustizia del Venezuela, sentenza n. 1942 del 15 luglio 2003.

Sezione costituzionale della Corte suprema di giustizia del Venezuela, sentenza n. 1939 del 18 dicembre 2008.

Sezione costituzionale della Corte suprema di giustizia del Venezuela, sentenza n. 1547 del 17 ottobre 2011.

Zimbabwe

Corte suprema dello Zimbabwe, caso n. SC 210/98, sentenza del 16 febbraio 1999.

SOFT LAW, RISOLUZIONI E DOCUMENTI DI ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI

Consiglio d'Europa

Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, *Görgülü v. Germany*, ricorso n. 74969/01, risoluzione del 9 gennaio 2009.

Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, *OAQ Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia*, ricorso n. 14902/04, decisione del 9 marzo 2022.

Comitato dei ministri, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland*, 1436th meeting (DH), giugno 2022 - H46-18.

Commissario dei diritti umani del Consiglio d'Europa, *Statement of 20 January 2017*.

Consiglio d'Europa, Commissione per la democrazia tramite il diritto (Commissione di Venezia), *Russian Federation, Final Opinion on the Amendments to the Federal Constitutional Law on the Constitutional Court*, opinione n. 832/2015, CDL-AD(2016)016 del 13 giugno 2016.

Consiglio d'Europa, Commissione per la democrazia tramite il diritto (Commissione di Venezia), *Russian Federation, Opinion on the Draft Amendments to the Constitution (As Signed by the President of the Russian Federation on 14 March 2020) Related to the Execution in the Russian Federation of Decisions by the European Court of Human Rights*, opinione n. 981/2020, CDL-AD(2020)009 del 18 giugno 2020.

Segretario generale del Consiglio d'Europa, *Report by the Secretary General under Article 52 of the European Convention on Human Rights on the consequences of decisions K 6/21 and K 7/21 of the Constitutional Court of the Republic of Poland*, n. SG/Inf(2022)39 del 9 novembre 2022.

Organizzazione degli Stati americani

Commissione interamericana dei diritti umani, *Report on the Situation of Human Rights in Venezuela*, 23 dicembre 2003.

Commissione interamericana dei diritti umani, *Annual Report of the Inter-American Commission of Human Rights 2008*, rapporto n. OEA/Ser.L/V/II.134 del 25 febbraio 2009.

Commissione interamericana dei diritti umani, *Democracy and Human Rights in Venezuela*, rapporto n. OEA/Ser.L/V/II del 30 dicembre 2009.

Commissione interamericana dei diritti umani, *Obligation of States to Adapt Their Domestic Legislation to the Inter-American Standards of Human Rights*, rapporto n. OEA/Ser.L/V/II del 25 gennaio 2021.

Nazioni Unite

Assemblea generale, *Draft Declaration on the Rights and Duties of States*, UN Doc. A/RES/375 (IV) del 6 dicembre 1949.

Assemblea generale, *World Summit Outcome*, UN Doc. GA/RES/60/1 del 24 ottobre 2005.

Assemblea generale, *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, UN Doc. A/RES/60/147 del 21 marzo 2006.

Assemblea generale, *Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism by Martin Scheinin*, UN Doc. A/63/223 del 6 agosto 2008.

Assemblea generale, *Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism by Martin Scheinin*, UN Doc. A/65/258 del 6 agosto 2010.

Assemblea generale, *Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism by Martin Scheinin*, UN Doc. A/67/393 del 26 settembre 2012.

- Associazione del diritto internazionale, *Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, Conferenza di Londra, 2000.
- Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001.
- Commissione del diritto internazionale, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, UN Doc. A/CN.4/L.682 del 13 aprile 2006.
- Commissione del diritto internazionale, *Second Report on Identification of Customary International Law by M. Wood*, UN Doc. A/CN.4/672 del 22 maggio 2014.
- Commissione del diritto internazionale, *Third Report on Identification of Customary International Law by M. Wood*, UN Doc. A/CN.4/682 del 27 marzo 2015.
- Commissione del diritto internazionale, *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries*, UN Doc. A/73/10 del 2018.
- Commissione del diritto internazionale, *Fourth Report on the Identification and Consequences of Peremptory Norms of General International Law by D. Tladi*, UN Doc. A/CN.4/727 del 31 gennaio 2019.
- Commissione del diritto internazionale, *First Report on General Principles of Law by M. Vázquez-Bermúdez*, UN Doc. A/CN.4/732 del 5 aprile 2019.
- Consiglio di sicurezza, risoluzione n. 1267(1999), UN Doc. SC/RES/1267 (1999) del 15 ottobre 1999.
- Consiglio di sicurezza, risoluzione n. 1730(2006), UN Doc. SC/RES/1730 (2006) del 19 dicembre 2006.
- Consiglio di sicurezza, risoluzione n. 1822(2008), UN Doc. SC/RES/1822 (2008) del 30 giugno 2008.
- Consiglio di sicurezza, risoluzione n. 1904(2009), UN Doc. SC/RES/1904 (2009) del 17 dicembre 2009.
- Consiglio di sicurezza, risoluzione n. 1989(2011), UN Doc. SC/RES/1989 (2011) del 17 giugno 2011.

Editorial and publishing policies

Publishing proposals are to be submitted to the Director of the *History, Law & Legal History* series (director.hllh@unipa.it).

One or two Reviewers will evaluate each proposal by means of a double-blind peer-review process. If a revision of the work is requested, the Referees will ascertain if the Author has made the requested changes. If there are inconsistencies with the latter, the work will be submitted to the Scientific Board for a final evaluation.

On submission of their work, the Authors will declare that it is an original piece of work, which does not breach intellectual property or other rights. The Authors must also ensure that their book or chapter does not contain any libellous matter or violate any copyright or other intellectual property rights. The Authors are obliged to cite content from other appropriate sources in order to avoid plagiarism.

The Reviewers will behave in a fair and impartial manner; they will review the material in a timely manner and assist in improving the quality of a submitted proposal or typescript by reviewing the material with care, consideration and objectivity. The Reviewers will inform the Editorial board of any published or submitted content, which is similar to the material under review, or of any suspected plagiarism; they will also maintain the confidentiality of any information or material submitted during the review process.

The Director will: act in a fair and balanced way when carrying out their duties; devoid of discrimination; manage submissions in a timely manner; and treat all material as confidential. They will also provide guidance to the Authors regarding the expectations of the publication and the decision-making process regarding which books to publish, in turn is based on the quality and suitability for the said series.

HISTORY, LAW & LEGAL HISTORY

1. Raimondo Santoro, *Per la storia dell'obligatio I.*, 2020.
2. Mario Varvaro (a cura di), *L'eredità di Salvatore Riccobono*, 2020.
3. Antonio Lindiner, *Credito immobiliare ai consumatori e obblighi di condotta degli intermediari*, 2021.
4. Ulrico Agnati and Mario Varvaro (eds.), *Religion, Ideology, Politics, and Law. A Multidisciplinary Approach in the Frame of European History*, 2022.
5. Anna Maria Giomaro e Maria Luisa Biccari, *Sulle regulae iuris fra I e III secolo: Paolo commenta Plautio*, 2022.
6. Ornella Spataro, *Sindacato di legittimità costituzionale e legalità penale. Il delicato equilibrio tra ruolo della Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore negli itinerari giurisprudenziali più recenti*, 2022.
7. Vincenzo Roberto Imperia, *I vescovati nella Sicilia normanna (secc. XI-XII). Potestà normative e competenze giurisdizionali in un territorio multiculturale*, 2022.
8. Annarosa Gallo, Maria Colomba Perchinunno, Michele Dionigi e Pierangelo Buongiorno (a cura di), *Ordinamento giuridico, mondo universitario e scienza antichistica di fronte alla normativa razziale (1938-1945)*, 2022.
9. Caterina Scaccianoce, *Prova tecnica e contraddittorio nel processo penale*, 2023.
10. Simona Feci, *I criminalisti dello Stato della Chiesa. Famiglie, carriere e biblioteche (XVII secolo)*, 2023.
11. Stefania Pietrini, *La legislazione di Zenone (474-491)*, 2023.
12. Caterina Ventimiglia, *Amministrazione performante e sistema dei controlli interni*, 2023.
13. Mario Varvaro (ed.), *Human Rights Reloaded*, 2024.
14. Lorenzo Acconciamezza, *Principi costituzionali fondamentali ed esclusione dell'illecito internazionale*, 2024.

Finito di stampare nel mese di
giugno 2024
presso
Fotograph s.r.l.
Palermo

Editing e typesetting
Luminita Petac

Progetto editoriale e grafico
Luminita Petac
Paragraphics Soc. Coop.
per conto di NDF

Il principio fondamentale dell'ordinamento internazionale che postula la supremazia del diritto internazionale sul diritto interno sancisce l'impossibilità di invocare quest'ultimo per giustificare la violazione di obblighi internazionali. Opinioni dottrinarie, esempi di prassi e decisioni giudiziarie, tuttavia, ammettono la possibilità di richiamare i principi costituzionali fondamentali come causa di esclusione dell'illecito internazionale.

Questa monografia esamina le possibili strade argomentative che possono percorrersi per giustificare tale affermazione, a partire dall'ipotesi che si formi una specifica norma consuetudinaria secondo cui i principi supremi della costituzione nazionale siano invocabili come causa di esclusione dell'illecito internazionale. Una seconda via da considerare si apre quando si provi a inquadrare i valori supremi protetti dalle Costituzioni nazionali nell'ambito degli interessi essenziali dello Stato in virtù dell'esimente della necessità, codificata all'art. 25 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati. Da ultimo occorre analizzare l'approccio adottato quando si sposta la questione dal piano del conflitto tra ordinamenti (internazionale e interni) a quello del conflitto tra principi e valori che, pur tutelati dalle costituzioni nazionali, sono riconosciuti e protetti anche nell'ordinamento internazionale.

Lo studio così condotto consente di concludere che, allo stadio attuale di evoluzione dell'ordinamento internazionale, gli Stati che oppongono la tutela dei principi fondamentali delle proprie Costituzioni all'attuazione di obblighi internazionali non possono pretendere di restare esenti da responsabilità internazionale, anche se la prassi in questione non resta priva di effetti sul piano dell'ordinamento internazionale.