

Il ruolo del giudice nel diritto internazionale

Benedetto Conforti*

I. Premessa

Il ruolo dei giudici, sia internazionali che nazionali, nella rilevazione e nell'applicazione delle norme internazionali è cresciuto enormemente negli ultimi decenni. Per quanto riguarda i tribunali internazionali, la loro moltiplicazione a livello universale e soprattutto regionale è sotto gli occhi di tutti; né è il caso di fornirne qui l'elenco. A loro volta, e via che il diritto internazionale va estendendo il suo campo d'azione alle materie che direttamente riguardano gli individui all'interno delle varie comunità statali, i giudici nazionali intervengono in sempre maggiore misura con decisioni che si basano sul diritto internazionale.

II. I tribunali internazionali e i 'self-contained regimes'

La moltiplicazione dei tribunali internazionali è stato finora oggetto di un ampio dibattito dottrinale inteso per l'appunto a definire, o a ridefinire, il ruolo di questi giudici. Tre aspetti di questo dibattito ci sembrano importanti. Il primo riguarda i rischi che potrebbero derivare da una frammentazione del diritto internazionale: poiché molti tribunali, come le varie Corti sui diritti umani, il tribunale del diritto del mare, le Corti penali internazionali, l'Organo d'appello dell'OMC, hanno carattere settoriale, il rischio maggiore consisterebbe in decisioni che tengano conto soltanto del particolare settore di competenza senza preoccuparsi, e quindi compromettendo, l'unità dell'ordinamento giuridico internazionale. Il secondo aspetto importante, ed anch'esso connesso con il pericolo della frammentazione, è quello della possibilità che le stesse norme siano interpretate in modo diverso da giudici diversi. Il terzo ed ultimo aspetto riguarda l'apporto che i giudici internazionali possono dare, ora che sono così numerosi, alla rilevazione del diritto internazionale generale.

* Professor Emeritus of International Law, University of Naples; Former Judge of the European Court of Human Rights; Member of the Institute of International Law

Sul primo aspetto, la dottrina ha elaborato il concetto di ‘*self-contained regimes*’. Essa si è posta in particolare il problema se gli ordinamenti creati mediante trattati ed entro i quali i molti tribunali settoriali agiscono – l’ordinamento dell’Unione europea, le convenzioni sui diritti umani, il diritto del mare, il diritto del commercio internazionale, *etc.* - non siano in sé completi e quindi impermeabili al diritto internazionale generale.

A noi non pare che il porre siffatto problema abbia senso. In realtà, trattasi di regimi speciali che come tali prevalgono sul diritto generale in virtù della regola, antica quanto il mondo, secondo cui il particolare prevale sul generale. Si tratta pur sempre, però, di regimi che si fondano su norme internazionali, ed è quindi difficile negare che il diritto generale sia chiamato a colmarne le lacune. E ovvio poi che lo stabilire fino a che punto il regime speciale è sottratto al diritto generale, è questione di mera interpretazione. L’interpretazione sarà tanto più efficace -ed ecco che la moltiplicazione degli organi giurisdizionali o quasi giurisdizionali di controllo sulla loro applicazione gioca un ruolo estremamente importante- quanto più siffatti organi hanno un’estesa sfera di competenza. Né è un mistero che, proprio in via interpretativa, questi medesimi organi sono soliti manifestare la tendenza a sostenere la completezza degli ordinamenti in cui operano. La prassi delle Corti internazionali in tema di diritti umani e della Corte delle Comunità europee, a tutti nota, fornisce ampie prove al riguardo. Trattasi peraltro di non più che una tendenza, dato che la completezza, più o meno accentuata secondo i casi, non è mai interamente riscontrabile, e non lo è neppure nel caso dell’ordinamento particolare meno “internazionalistico” tra quelli esistenti, ossia il diritto dell’Unione europea.

III. La possibilità d’interpretazioni divergenti tra i tribunali internazionali

Si è poi discusso -ed è questo il secondo aspetto da esaminare- se la moltiplicazione dei tribunali non dia luogo a divergenze nell’interpretazione di norme identiche, minando anche da tale punto di vista l’unità dell’ordine giuridico internazionale o addirittura provocando un affievolimento del principio della certezza giuridica. E si è quindi sottolineato la necessità, in mancanza di un ordine gerarchico tra le varie Corti, di un coordinamento tra le loro decisioni.

Diciamo subito che gli esempi di divergenze finora verificatesi non sono molti e sono sempre gli stessi: il più riportato è quello della diversa interpretazione data rispettivamente dalla CIG nel 1996, nel caso delle *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua*, e dal tribunale per i crimini commessi nell'ex Jugoslavia nel 1999, nel caso *Tadic*, circa la nozione di 'controllo effettivo' da parte di uno stato sul conflitto armato in atto in un altro stato. Un altro esempio è dato dalla nota giurisprudenza delle Corti sui diritti umani in tema di riserve. Tale giurisprudenza respinge il principio classico (affermato ancora di recente dalla Corte internazionale di Giustizia, nel caso della competenza in materia di pescherie, deciso nel 1998, ed in quello dell'incidente aereo del 10 ottobre 1999, deciso nel 2000), secondo cui la riserva non valida comporta l'estraneità dello stato riservante al trattato. Di contro, e in evidente contrasto con la norma che richiede che la partecipazione ad un trattato possa verificarsi soltanto sulla base di un consenso validamente manifestato, la giurisprudenza sui diritti umani considera che nella specie sia semplicemente applicabile il principio *utile per inutile non vitiatur* (cf, per tutti, il *leading case Belilos*, deciso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel 1988).

A noi sembra che anche la possibilità che si verifichino divergenze interpretative tra Corti diverse non va esorcizzata. Anzi, siffatte divergenze vanno considerate come un importante fattore di crescita del diritto internazionale. Esse contribuiscono, attraverso la dialettica delle Corti e la reciproca influenza che queste possono esercitare, a far evolvere l'interpretazione delle norme internazionali. D'altro canto interpretazioni divergenti di norme internazionali ci verificano da sempre anche tra Corti interne di stati diversi (si pensi alle sentenze sulle immunità), e non ci pare che ciò sia stato considerato un pericolo per la certezza del diritto internazionale anziché il riflesso di una sana dialettica tra le Corti. Non si dimentichi poi che il principale effetto delle sentenze è quello di vincolare *soltanto* le parti tra cui viene pronunciata. Cosicché gli effetti *ultra partes*, che pure ci sono, vanno comunque accertati con cautela. Ma su ciò torneremo subito, a proposito del ruolo dei giudici nella rilevazione del diritto internazionale generale.

Va anche detto che spesso le divergenze nell'interpretazione della stessa norma si giustificano per il diverso contesto in cui la norma è stata utilizzata nei casi presi in considerazione dalle decisioni divergenti. È chiaro, ad es., che, se la CIG e il Tribunale per la ex Jugoslavia hanno diversamente interpretato il principio del "controllo effettivo" sui

conflitti armati, ciò dipende anche dalla circostanza che, trattandosi nel primo caso della responsabilità dello Stato e nel secondo della responsabilità penale degli individui-organi, la più rigida nozione di controllo adottata dalla CIG era giustificabile. È veramente strano che qualche autore si scandalizzi perché il “contesto” giochi un ruolo nelle interpretazioni divergenti, perché, ad es., il divieto dell’uso di armi nucleari possa essere valutato diversamente se ci si pone dal punto di vista dei principi sui diritti umani oppure da quello del diritto umanitario di guerra. Giustamente il Tribunale del diritto del mare, nella decisione nel caso Mox Plant, del 2001, ha al contrario ritenuto che, in principio, una divergenza di interpretazione di una norma identica possa essere dovuta alle “differenze relative al rispettivo contesto, oggetto, scopo prassi successiva e lavori preparatori” dei trattati in cui essa è inserita.

E stato poi sostenuto che le divergenze interpretative tra Corti internazionali potrebbero comportare la moltiplicazione dei casi di *forum shopping*. Anche quest’opinione non ci sembra convincente. Infatti, la competenza dei giudici internazionali si fonda sul consenso delle parti e non si vede perché, se queste sono d’accordo, non possano decidere a quale giudice rivolgersi. Nei casi, poi, di possibilità di ricorso unilaterale, e quindi di scelta unilaterale del giudice, questa, ancora una volta, non è che la conseguenza dell’accettazione della competenza di quel giudice, manifestata a suo tempo dall’altra parte.

Infine, senz’altro utopistico, allo stato attuale, e poco convincente dal punto di vista della dialettica tra le Corti e la possibilità d’influenze reciproche, è l’opinione che vorrebbe assegnare alla Corte internazionale di giustizia un ruolo di preminenza. Come quando si sostiene, tra l’altro, che alla Corte andrebbe attribuita una sorta di competenza pregiudiziale sulle questioni interpretative controverse.

IV. L’apporto dei tribunali internazionali alla rilevazione delle norme consuetudinarie

L’ultimo aspetto da esaminare con riguardo al ruolo dei tribunali internazionali è il contributo che essi danno in tema di rilevazione del diritto internazionale generale e dello sviluppo progressivo di questo ultimo.

Non c'è alcun dubbio che si tratta di un contributo di straordinaria importanza, che diviene sempre più esteso con il moltiplicarsi dei giudici. Non sono poche le norme generali esistenti, le quali trovano la loro base in decisioni internazionali. Ciò, com'è noto, vale soprattutto per l'attività consultiva e contenziosa della CIG e basti citare per tutte le regole che si sono formate in tema di riserve a partire dal famoso Parere consultivo del 1951 o quelle in tema di personalità delle Organizzazioni internazionali, sulla spinta dei Pareri consultivi del 1948 sui danni subiti dai funzionari delle Nazioni Unite e del 1980 sull'interpretazione dell'Accordo del 25 marzo 1951 tra l'Organizzazione Mondiale della Sanità e l'Egitto.

E di conseguenza quanto mai utile ed opportuno che, nel ricostruire il contenuto di norme generali, si prenda come punto di riferimento l'attività delle giurisdizioni internazionali, con la CIG in testa. A nostro avviso, però, non bisogna esagerare e considerare tale riferimento quasi come un elemento che esaurisca ogni indagine sull'esistenza di siffatte norme. Sinceramente, l'autore di queste note ha l'impressione che spesso ricerche tendenti a rilevare il diritto consuetudinario o i principi generali del diritto internazionale si limitano a fondarsi sulla giurisprudenza, particolarmente su quella della CIG. E si dimentica che la *parola decisiva* sull'argomento, secondo i principi classici della *diuturnitas* e dell'*opinio iuris* spetta agli stati e *soltanto agli stati*. Altrimenti si rischia di considerare come diritto esistente norme non ancora accettate dalla generalità degli stati.

Casi in cui gli stati hanno mostrato di non accettare, o comunque di non accettare in tutti i loro corollari, dei principi affermati dalla giurisprudenza, non mancano certo nella prassi. Si pensi, ad esempio, a proposito dei principi deducibili dalla Carta delle Nazioni Unite, alla questione dell'obbligo gravante sui Membri di contribuire alle spese derivanti da risoluzioni dell'Assemblea generale e del Consiglio di Sicurezza in tema di "azioni" a tutela della pace. Tale obbligo venne affermato nel celebre Parere consultivo della CIG nel caso delle Spese per le azioni delle Nazioni Unite in Medio Oriente e nella Congo, del 1962. Il Parere è stato, ed è, assai citato a proposito degli effetti delle risoluzioni delle Nazioni Unite. Ma in realtà non ci risulta si tenga nel debito conto la circostanza che, con una decisione dell'Assemblea generale del 1965, si stabilì, e la prassi successiva ha confermato, che, anziché d'obbligo di contribuire, gli stati dovessero provvedere alle dette spese soltanto con contribuzioni volontarie.

A nostro avviso, un altro caso del genere è quello dell'obbligo, che sarebbe previsto dal diritto internazionale generale, di non causare danni all'ambiente. Com'è noto, tale obbligo, riconosciuto da gran parte della dottrina, è stato affermato dalla CIG nel Parere consultivo sulla liceità dell'uso delle armi nucleari, del 1996, e nella sentenza nel caso del progetto Gabčicovo-Nagymaros, del 1997. Esso era stato già proclamato nelle Dichiarazioni di Stoccolma, del 1972, e di Rio, del 1992, entrambe non vincolanti. Ma qual è la prassi degli stati veramente significativa che l'ha recepito, al di là di specifiche convenzioni internazionali che peraltro si occupano principalmente della sola responsabilità di diritto interno? E difficile dare una risposta positiva.

La stessa categoria degli obblighi *erga omnes*, a cui dette l'avvio la CIG nel celebre *dictum* contenuto nella sentenza del 1970 nel caso della *Barcelona Traction*, non si può dire abbia avuto applicazioni sicure e precise nella prassi degli stati. In particolare, non è chiaro che cosa gli 'omnes' possono fare in caso di violazione d'obblighi del genere, com'è dimostrato tra l'altro dalle opinioni divergenti e dalle riserve che, da parte degli stati, hanno accompagnato e fatto seguito ai lavori della Commissione di Diritto Internazionale in tema di responsabilità degli Stati.

Non è qui il caso di andare alla ricerca d'altri esempi. Tutto ciò che si vuol dire è che il problema dei rapporti tra prassi giurisprudenziale e prassi degli stati c'è e che esso potrebbe proficuamente costituire l'oggetto di uno studio approfondito di carattere scientifico.

V. I giudici interni e il diritto internazionale

Per passare ai giudici nazionali, è chiaro anzitutto che le loro sentenze in materia di diritto internazionale contribuiscono anch'esse all'interpretazione e alla rilevazione delle norme internazionali, sia che si tratti di norme consuetudinarie sia che si tratti di convenzioni multilaterali. In un certo senso, la loro influenza sull'evoluzione del diritto internazionale è più "diretta", in quanto, dal punto di vista di questo ultimo, essi agiscono come organi del proprio stato, e quindi la prassi alla quale essi danno vita è prassi degli stati.

Ciò premesso, chi scrive si è sempre battuto sia per l'assoluta indipendenza del potere giudiziario dal potere esecutivo nella soluzione di questioni di diritto internazionale, sia per

allargare il più possibile il campo della competenza dei giudici nella loro funzione di controllo della legalità internazionale dei comportamenti dei rispettivi Governi. In sintesi, le seguenti regole, sulle quali chi scrive ha avuto modo di insistere in varie occasioni, e che, su sua proposta, sono state fatte proprie dall'Institut de droit international, nella sessione di Milano 1993,¹ dovrebbero presiedere all'operato dei giudici:

- Il trattamento delle regole di diritto internazionale dovrebbe essere in tutto e per tutto simile a quello riservato alle regole di diritto interno. In particolare, la rilevazione ed interpretazione delle prime dovrebbe essere svolto nella massima libertà di cui i giudici godono rispetto alle seconde;

- In piena indipendenza dovrebbe essere determinata, ovviamente con effetti limitati al caso concreto, l'esistenza, la validità, la modificazione o l'estinzione di un trattato internazionale. In realtà, la prassi, già seguita in molti paesi, consistente nel chiedere al riguardo al parere vincolante del potere esecutivo, si va via esaurendo. La sua definitiva scomparsa dovrebbe essere incoraggiata;

- Egualmente in piena indipendenza dovrebbe essere condotto l'accertamento dei cosiddetti fatti internazionali, ossia dei fatti, legati alla politica estera, rilevanti ai fini dell'applicazione di regole internazionali. Anche in questo caso vi sono regole abbastanza anacronistiche implicanti la dipendenza dei giudici dal potere esecutivo, che vanno via scomparendo, soprattutto nei paesi di *civil law*. Ad esempio, la Corte di Cassazione francese ha già negli anni '80 ritenuto che l'accertamento della reciprocità come condizione per l'applicazione dei trattati internazionali, previsto dalla Costituzione francese, possa essere effettuato senza il parere vincolante del potere esecutivo. Anche la Corte costituzionale italiana ha fatto giustizia della norma di legge che attribuiva al ministro della giustizia la competenza ad accertare la reciprocità in tema d'immunità degli stati stranieri dall'esecuzione forzata. Se nei paesi di *common law* la prassi di rivolgersi all'esecutivo per l'accertamento d'alcuni fatti internazionali (vicende relative alla nascita e all'estinzione di stati e governi, esistenza dello stato di guerra di guerra, *etc.*) persiste, il parere (*certificate*) dell'esecutivo sembra piuttosto considerato come avente il valore di miglior prova o di prova *prima facie*.

¹ *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1994, pp. 318-sv.

- La nozione di ‘atto politico’ o *political question* come limite al controllo giurisdizionale sugli atti del potere esecutivo dovrebbe essere ripudiata quando si tratta d’atti in ordine ai quali esistono obblighi di diritto internazionale per lo stato del giudice. Del resto, anche con riguardo al diritto interno, la nozione ottocentesca di ‘atto politico’ nei paesi di *civil law* e di *political question* in quelli di *common law* è sempre più sottoposta a revisione;

- Nei casi in cui, secondo il diritto internazionale privato del foro, andrebbe applicata una legge straniera, ad es. in tema d’espropriazioni, l’applicazione dovrebbe essere rifiutata quando tale legge viola il diritto internazionale.

VI. Conclusione

In conclusione, con la moltiplicazione dei tribunali internazionali si va ormai verificando una chiara erosione del vecchio brocardo secondo il quale nel diritto internazionale non vi sarebbero: *ni lois, ni juges, ni gendarmes*. A parte i gendarmi, che ancora mancano, sia le ‘leggi’, ossia i trattati internazionali, sia i giudici, non si può più dire che facciano difetto. Altrettanto in espansione è la tendenza dei tribunali nazionali ad occuparsi dell’interpretazione e dell’applicazione del diritto internazionale, materia che in passato, vuoi per la lacunosa conoscenza delle norme internazionali da parte dei giudici, vuoi per pregiudizi nazionalistici, era quasi considerata come una ‘riserva di caccia’ del potere esecutivo. Il rafforzamento della funzione giurisdizionale, sempre che essa non degeneri in un ‘governo dei giudici’, non può che essere salutato con entusiasmo.