

Costituzionalismo democratico e diritto internazionale: termini del rapporto^{*}

1. INTRODUZIONE

V’è una tensione intrinseca tra l’idea dell’autogoverno costituzionale, così come inteso da molti costituzionalisti, e le pretese di autorità avanzate dal diritto internazionale¹. Detta tensione è stata a lungo occultata dal fatto che il diritto internazionale copriva una parte relativamente circoscritta delle questioni internazionali, era solidamente fondato sul consenso statale e lasciava generalmente le questioni di interpretazione e di *enforcement* agli Stati. Buona parte del diritto internazionale contemporaneo non corrisponde più a tale descrizione. Il diritto internazionale ha espanso la propria portata, allentato i vincoli con il consenso statale e rafforzato l’obbligatorietà della giurisdizione e i meccanismi di *enforcement*². Non sorprende che una delle questioni oggi più pressanti riguardi la concettualizzazione del rapporto tra Costituzione e diritto internazionale³.

Nella prima decade del xx secolo, i dibattiti teorici fra giusinternazionalisti intorno alla relazione tra diritto interno e diritto internazionale si concentra-

* Il presente testo compare originariamente, in lingua inglese, con il titolo *Democratic Constitutionalism Encounters International Law: Terms of Engagement*, all’interno del volume S. Choudhry (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, pp. 256-93. Traduzione dall’inglese di Elena Pariotti.

1. Per l’idea secondo la quale il diritto generalmente richiede autorità, cfr. J. Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford 1979, p. 30. Per la tesi secondo cui questo vale anche per il diritto internazionale, cfr. M. Kumm, *The Legitimacy of International Law: A Constitutional Framework of Analysys*, in “European Journal of International Law”, vol. 15, n. 5, 2004, pp. 907-31.

2. Questo genere di cambiamenti è ampiamente descritto come cambiamenti che implicano uno spostamento verso il diritto internazionale come strumento di *governance*. Cfr. J. Weiler, *The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy*, in “Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht”, vol. 64, n. 3, 2004, pp. 547 ss. Cfr. più in generale B. Kingsbury, N. Krisch, R. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, in “Law and Contemporary Problems”, vol. 68, n. 3-4, 2005, pp. 15-61.

3. Cfr., ad esempio, A. Aleinikoff, *Thinking outside the Sovereignty Box: Transnational Law and the U.S. Constitution*, in “Texas Law Review”, vol. 82, n. 7, 2004, pp. 1989-2016; J. Rubenfeld, *Unilateralism and Constitutionalism*, in “New York University Law Review”, vol. 79, n. 6, 2004, pp. 1971-2028.

rono a stabilire se la realtà giuridica presentasse una struttura monistica oppure dualistica⁴. In base alla prospettiva monistica, diritto internazionale e diritto interno formano un unico ordinamento giuridico integrato in senso verticale nel quale il diritto internazionale ha la supremazia. I fautori della prospettiva dualistica insistono, invece, sulla possibilità concettuale, sulla realtà storica e sulla desiderabilità normativa di una concezione non monistica del mondo giuridico. Nell'ottica dualistica (o pluralistica), differenti sistemi giuridici a livello nazionale e internazionale interagiscono gli uni con gli altri sulla base di standard interni a ciascuno di essi.

I dibattiti tra monisti e dualisti si sono generalmente spenti. Come spesso accade con i dibattiti accademici, la discussione non si è conclusa con la vittoria di una delle due posizioni per effetto di un argomento ampiamente riconosciuto come decisivo, ma semplicemente è avvizzita per i dubbi emersi intorno all'utilità della questione. Dopo la Seconda guerra mondiale, si diffuse un approccio più pragmatico e più focalizzato in senso dottrinale. La maggior parte dei manuali pubblicati in quel periodo dedica un paio di pagine a fornire un quadro storico dei dibattiti relativi a monismo e dualismo, sottolinea che nessuno dei due approcci, se assunti in senso radicale, può servire per descrivere la pratica del diritto e poi passa a trattare specifici aspetti della pratica interna⁵.

Questo stile pragmatico del periodo successivo alla Seconda guerra mondiale nel considerare la relazione tra diritto interno e diritto internazionale è per lo più focalizzato su un'analisi della dottrina costituzionale quale è emersa in quanto questione di pratica giuridica interna. Ma l'enfasi sulla dottrina e sulla pratica come opposte alla teoria giuridica non dovrebbe nascondere il fatto che l'approccio assunto sia dualista in un senso importante. La relazione tra diritto interno e diritto internazionale è generalmente insegnata e classificata come il diritto delle relazioni dello Stato con l'estero, come

4. La letteratura classica di ottica monista include la Scuola di Vienna con H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge (MA) 1945, pp. 363-80; A. Verdross, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, Mohr, Tübingen 1923; H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, Praeger, New York 1950 e G. Scelle, *Précis de Droit des Gens: Principes et Systématique*, Sirey, Paris 1934, vol. II. Gli esponenti principali della prospettiva monista includono H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, CL Hirschfeld, Leipzig 1899 e L. Oppenheim, *International Law*, Longman, London 1905.

5. Cfr., ad esempio, I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford 1998, p. 34: «Questi e altri autori esprimono una preferenza per la pratica rispetto alla teoria ed è alla pratica che l'attenzione sarà ora rivolta». Cfr. anche L. F. Damrosch et al., *International Law: Cases and Materials*, West, St. Paul (MN) 2001⁴, p. 160: «Dalla fine del xx secolo, il dibattito tra dualisti e monisti è assai diminuito, poiché i vari Stati hanno adottato le loro specifiche varianti di una delle due posizioni, e lo hanno fatto non perché persuasi dalla giurisprudenza, ma per impegni storici, politici e costituzionali». Rudolf Geiger (*Grundgesetz und Völkerrecht*, Beck, München 2002⁵) dichiara il dibattito irrilevante per la soluzione delle questioni pratiche e procede discutendo la concreta interdipendenza tra i differenti ordini giuridici (p. 14).

stabilito nella costituzione nazionale e riflesso nella pratica costituzionale. L'idea stessa che la costituzione nazionale sia decisiva per dare vita alle doctrine strutturanti la relazione tra diritto interno e diritto internazionale è dualista. Ciò vale anche quando la costituzione stabilisce che il diritto internazionale è parte del diritto statale⁶.

Il modo in cui le costituzioni gestiscono il rapporto tra diritto interno e diritto internazionale è variabile. Nonostante questa variabilità, la struttura di base delle dottrine costituzionali del secondo dopoguerra tende a convergere su un carattere comune⁷. Le costituzioni nazionali, tipicamente, assegnano al diritto internazionale un rango all'interno della gerarchia delle fonti interne elaborando specifiche *norme di conflitto*. Al diritto internazionale è assegnato uno *status* inferiore rispetto alla costituzione ma almeno paritario rispetto alla legge ordinaria. Questo significa che una legge emanata prima dell'entrata in vigore di un trattato debitamente ratificato, ad esempio, è superata dal trattato, ma su quest'ultimo prevalgono le norme costituzionali. Queste dottrine tendono, inoltre, ad assegnare al diritto internazionale uno statuto dipendente dalla sua *fonte*, a seconda, cioè, che si parli di trattati o di diritto internazionale consuetudinario⁸. Vi sono,

6. Anche se una Costituzione stabilisce che il diritto internazionale è da considerarsi come legge suprema per il diritto interno, essa risulta ancora legata al dualismo, se la supremazia del diritto internazionale è fissata in virtù di una norma costituzionale interna. Una norma costituzionale interna rifletterebbe una concezione monista del fenomeno giuridico solo se fosse meramente declaratoria e non costitutiva. Per i dibattiti relativi sviluppatisi nei Paesi Bassi, cfr. M. Claes, B. de Witte, *Report on the Netherlands*, in A.-M. Slaughter, A. Sweet, J. Weiler (eds.), *The European Court and National Courts: Doctrine and Jurisprudence*, Hart Publishing, Oxford 1998, pp. 171 ss., segnatamente p. 173.

7. Per un quadro comparativo concernente le norme che regolano i trattati, cfr. F. Jacobs, S. Roberts (eds.), *The Effect of Treaties in Domestic Law*, Sweet and Maxwell, London 1987. Per un quadro relativo al diritto internazionale consuetudinario, cfr. L. Wildhaber, S. Breitenmoser, *The Relationship between Customary International Law and Municipal Law in Western European Countries*, in "Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht", 48, 1988, pp. 163-207.

8. È interessante che non vi sia alcun accordo in merito al fatto che, nell'ordinamento interno, il diritto internazionale consuetudinario debba godere di uno *status* più o meno elevato di quello pattizio. In Germania, ad esempio, il diritto internazionale consuetudinario prevale generalmente sulla legge ordinaria nazionale laddove i trattati occupano la medesima posizione di quest'ultima (richiedendo, in caso di conflitto, l'applicazione della legge più recente: cfr. Geiger, *Grundgesetz und Völkerrecht*, cit., pp. 167, 176). Negli Stati Uniti, per altro verso, i trattati godono del medesimo *status* delle leggi del Congresso, mentre è aperto un dibattito per stabilire se le norme consuetudinarie internazionali prevalgano o meno sul diritto interno. Non vi è accordo, comunque, sull'idea che il diritto consuetudinario internazionale si trovi in posizione subordinata alla legislazione del Congresso (cfr. *Restatement of the Law (Third), the Foreign Relations Law of the United States*, American Law Institute, St. Paul [MN] 1987), par. 115, 111(d). La Corte di giustizia delle Comunità europee assegna il medesimo *status* ai trattati e al diritto consuetudinario internazionale, cfr. il caso C-162/96 *Rade v. Hauptzollamt Mainz* 1988 ECR I-3655 (relativo alla regola *rebus sic stantibus* applicata alla sospensione unilaterale delle concessioni commerciali di un accordo di cooperazione tra Comunità economiche europee e Jugoslavia).

poi, regole sviluppate per via giurisprudenziale che stabiliscono se un trattato sia *self-executing*, ovvero direttamente efficace, e se possa pertanto essere azionabile in giudizio senza richiedere ulteriori atti di implementazione per via legislativa. Vi sono anche regole di costruzione che tipicamente richiedono che le leggi interne siano interpretate in modo da evitare, finché possibile, un conflitto con il diritto internazionale.

Questo modo di pensare la gestione del rapporto tra diritto interno e diritto internazionale continua a rilevare per la dottrina e la pratica contemporanee. Tuttavia, buona parte della letteratura contemporanea più innovativa sulla relazione tra questi due livelli ordinamentali ha smesso di concentrarsi su tali dottrine. Con la diffusione della democrazia liberale costituzionale dopo la fine della Guerra fredda e delle Corti costituzionali, come delle Corti e dei tribunali internazionali⁹, le Corti interne hanno ampiamente iniziato a rapportarsi al diritto internazionale in nuovi modi. Un importante orientamento della dottrina contemporanea¹⁰ è in forte sintonia con questa pratica in cui le Corti nazionali incontrano le Corti internazionali in modi che non risultano catturati dalla struttura della dottrina tradizionale. Proprio come i dibattiti tra dualisti e monisti in qualche punto assumono un carattere astratto in un mondo in cui le Corti di fatto confezionano dottrine influenti fondate sul diritto costituzionale interno, in grado di giustificare l'interesse verso il diritto internazionale, oggi la pratica di molte Corti nazionali sembra aver reso implausibili le dottrine e le categorie del costituzionalismo successivo alla Seconda guerra mondiale. E proprio come gli esponenti di queste ultime dottrine sottolineavano le virtù normative di pragmatismo e realismo, i teorici contemporanei sottolineano la loro appassionata attenzione verso ciò che sta effettivamente accadendo e abbracciano la natura discorsiva e deliberativa della pratica che stanno descrivendo.

Ciò che è andato perduto in questi dibattiti è un quadro di riferimento normativo ben sviluppato per pensare la relazione tra diritto interno e diritto internazionale. Benché vi siano buone ragioni per abbandonare lo sterile dibattito tra monismo e dualismo, i costi associati a una posizione antiteoretica sono

9. Cfr. R. P. Alford, *The Proliferation of International Courts and Tribunals: International Adjudication in Ascendance*, in "American Society of International Law Proceedings", vol. 94, 2000, pp. 160-5.

10. Cfr., ad esempio, A.-M. Slaughter, *Judicial Globalization*, in "Virginia Journal of International Law", vol. 40, 2000, pp. 1103-24; Ead., *A Typology of Transjudicial Communication*, in "University of Richmond Law Review", vol. 29, 1994, pp. 99-137; K. Knop, *Here and There: International Law in Domestic Courts*, in "New York University Journal of International Law and Politics", vol. 32, 2000, pp. 501-35; C. L'Heureux-Dubé, *The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court*, in "Tulsa Law Review", vol. 34, 1998, pp. 15-40; J. Martinez, *Towards an International Judicial System*, in "Stanford Law Review", vol. 56, 2003, pp. 429-529.

alti. Quanti adottano un atteggiamento antiteoretico sono soggetti a commettere uno di questi tre errori. Il primo consiste nello smarritarsi entro la complessità storica di una particolare tradizione politica della separazione dei poteri nelle questioni internazionali e nell'enfatizzare un certo pragmatismo dell'uomo di Stato che è completamente guidato dai presupposti impliciti di tale tradizione. Il contesto conta, ma senza un adeguato quadro di riferimento normativo capace di orientare quando ci si rapporti a esso resterà oscuro che cosa conta e perché. Il secondo errore consiste nel lasciarsi prendere da un entusiasmo cosmopolita per il diritto internazionale, secondo quella che è forse la deformazione professionale del giusinternazionalista. Il terzo errore consiste in un incondizionato entusiasmo per le reti deliberative non gerarchiche, le cui attività contravvengono alle categorie dottrinali tradizionali. Una scelta, questa, propria degli studiosi di sensibilità antimoderna. Ciò che va generalmente perduta è la riflessione *sull'impegno verso il principio che è sotteso alla tradizione del costituzionalismo democratico e connette quest'ultimo alle dottrine costituzionali che definiscono i termini del rapporto tra diritto interno e diritto internazionale*. Solo dopo aver chiarito le preoccupazioni normative rilevanti è possibile valutare queste pratiche secondo una prospettiva tesa a orientare il loro futuro sviluppo¹¹.

L'intento di quanto seguirà in questo articolo è fornire una migliore comprensione delle preoccupazioni normative rilevanti che ogni dottrina relativa al punto di contatto tra diritto interno e diritto internazionale deve esprimere per essere convincente sotto il profilo normativo (par. 2). L'obiettivo del terzo paragrafo è fornire alcuni esempi che illustrano come una migliore comprensione di queste preoccupazioni possa aiutare a spiegare, valutare e orientare la pratica delle Corti interne in situazioni concrete (par. 3). Qui l'articolo si concentrerà su casi che trattano la rilevanza di trattati sui diritti umani per la tutela giurisdizionale dei diritti sul piano interno, da un lato, e sull'imposizione delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza all'interno degli Stati, dall'altro. Laddove il primo esempio illustra il meccanismo mediante il quale avviene la migrazione di idee costituzionali dal piano internazionale a quello interno, il secondo esempio mostra quanto dottrine appropriate possano evitare la migrazione di idee incostituzionali dal piano internazionale al piano interno, pur assicurando il contatto con il diritto internazionale. La parte conclusiva descrive brevemente alcune caratteristiche strutturali verosimilmente evidenziabili in qualsiasi dottrina affronti l'interazione tra diritto interno e diritto internazionale coerentemente con le preoccupazioni normative qui elaborate (par. 4).

11. Un lavoro fondamentale sull'uso della comparazione in funzione argomentativa è S. Choudhry, *Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, in "Indiana Law Journal", vol. 74, 1999, pp. 819-948.

2. UN MODELLO COSTITUZIONALISTA:
QUATTRO PRINCIPI RELATIVI AL RAPPORTO
CON IL DIRITTO INTERNAZIONALE

Quando, dunque, i cittadini delle democrazie costituzionali liberali incontrano il diritto internazionale? Quali sono le preoccupazioni normative rilevanti? Quanto segue presenta un quadro per pensare le considerazioni morali che ogni dottrina concernente la relazione tra diritto interno e diritto internazionale dovrebbe prendere in considerazione ed esprimere.

Al cuore del modello troviamo quattro distinti interessi morali, ciascuno catturato da uno specifico principio¹². Tali principi sono: il principio *formale della legalità internazionale*, i principi *giurisdizionali della sussidiarietà*, il principio *procedurale della partecipazione e della rispondenza (accountability) adeguate*, così come il principio *sostantivo degli obiettivi ragionevoli e coerenti con i diritti fondamentali*.

Il principio della legalità internazionale stabilisce una presunzione a favore dell'autorità del diritto internazionale. Il fatto che vi sia una norma di diritto internazionale che regola una specifica materia significa che i cittadini hanno una ragione di un certo peso per comportarsi come tale regola prescrive. Ma questa presunzione è respinta nel caso delle norme di diritto internazionale che violano in misura sufficiente opposti principi normativi relativi alla giurisdizione, alla procedura o agli esiti. In altri termini, *i cittadini dovrebbero ritenersi vincolati al diritto internazionale e costruire istituzioni politiche e giuridiche interne in modo da assicurare il rispetto del diritto internazionale nella misura in cui esso non viola principi giurisdizionali, procedurali e relativi ai fini al punto che la presunzione in suo favore possa essere rigettata*. Nella valutazione delle considerazioni relative alla giurisdizione, alla procedura e all'esito, ciascuno dei principi rilevanti può o supportare o minacciare la forza morale del diritto internazionale in un dato contesto.

Quando i cittadini di democrazie costituzionali accettano i vincoli imposti da un diritto internazionale che è legittimo secondo questo approccio, essi non stanno compromettendo i vincoli costituzionali nazionali. Al contrario, tale rispetto per il diritto internazionale esprime e rafforza i valori sottesi ai vincoli delle democrazie costituzionali liberali propriamente intesi.

Dato il loro ruolo decisivo, il contenuto di questi principi merita alcuni chiarimenti ulteriori. Tali chiarimenti possono consistere sia nella forma di un ricco insieme di esempi che illustrano l'utilità pratica del modello in contesti concreti sia un resoconto teorico completo di questi principi. Basti qui, tuttavia, una breve descrizione di ciascuno di essi.

12. La seguente discussione segue strettamente quanto ho scritto in Kumm, *The Legitimacy of International Law*, cit., pp. 918-27.

2.1. Legittimità formale: il principio di legalità internazionale

Il primo principio è formale e stabilisce *prima facie* il dovere di obbedienza al diritto internazionale. Il principio di legalità internazionale richiede in generale che i destinatari del diritto internazionale obbediscano a esso¹³. Il diritto internazionale stabilisce un dovere *prima facie* di obbedienza e merita il rispetto dei cittadini all'interno delle democrazie costituzionali liberali semplicemente in virtù del suo essere il diritto della comunità internazionale. Il diritto internazionale serve a stabilire un equo schema di cooperazione tra attori del diritto internazionale¹⁴, in un ambiente in cui vi è profondo disaccordo su come tale cooperazione dovrebbe essere al meglio raggiunta. Per far sì che il diritto internazionale possa raggiungere il suo obiettivo, ai destinatari delle sue norme è moralmente richiesto in generale di rispettarlo, anche quando essi non approvino il contenuto di una specifica norma di esso¹⁵. V'è un *dovere prima facie di civiltà* di rispettare anche quelle norme del diritto internazionale che la maggioranza dei cittadini all'interno degli Stati reputa difettose¹⁶. Diversamente il diritto internazionale non ha alcuna possibilità di raggiungere il proprio fine.

Un impegno verso il principio di legalità internazionale nulla dice in merito al fine proprio del diritto internazionale. Esso certamente non fornisce alcuna base per l'entusiasmo di qualche internazionalista verso l'espansione del diritto internazionale alla maggior quantità possibile di ambiti. Neppure esso trasforma la legalità in un feticcio, suggerendo che le forme giuridiche di risoluzione delle controversie siano superiori ad altre forme. Tale impegno suggerisce invece che, una volta che una norma di diritto internazionale si è formata, la sua stessa esistenza fornisce una ragione per rispettarla. In questo senso, tale principio stabilisce una presunzione in favore dell'osservanza del diritto internazionale.

Nel contesto europeo dell'inizio del xx secolo, Max Weber poteva affermare che la legalità formale sostituisse, in quanto fonte di legittimità, il carisma o la

13. Per una discussione più approfondita dell'idea di *rule of law* internazionale quale argomento a disposizione delle Corti interne per far prevalere il diritto internazionale sul diritto interno, così come per una discussione degli interessi opposti connessi alla reciprocità e alla flessibilità, cfr. M. Kumm, *International Law in National Courts: The International Rule of Law and the Limits of the Internationalist Model*, in "Virginia Journal of International Law", vol. 44, 2003, pp. 19-32.

14. Per un'ampia discussione cfr. T. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford University Press, Oxford 1995.

15. L'idea del dovere di sostenere il *rule of law* internazionale è in un certo senso analoga a ciò che Rawls ha denominato il dovere naturale di sostenere una Costituzione giusta. Cfr. J. Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge (MA) 1971, pp. 333-42.

16. Secondo Rawls vi è un «dovere naturale di civiltà a non invocare i difetti degli assetti sociali come pretesto per non rispettarli» (ivi, p. 355).

tradizione¹⁷. Dopo la Seconda guerra mondiale, tale nozione formale di legittimità è stata gradualmente rimpiazzata dall'idea significativamente più sostanziale di legittimità costituzionale. Perché una norma possa ritenersi pienamente legittima, si richiede qualcosa di più rispetto alla regolarità della procedura di produzione. La legalità formale conta, ma non è l'unica cosa a rilevare. Più specificatamente, v'è una gamma di altre considerazioni che fornisce opposte considerazioni e suggerisce che, in certe circostanze, la presunzione in favore della legittimità del diritto internazionale può essere rigettata. Queste considerazioni sono connesse a un più sostanziale impegno verso la *governance* liberal-democratica. Le considerazioni relative alla legittimità democratica dovrebbe essere meglio intese come considerazioni concernenti tre caratteristiche analiticamente distinte del diritto internazionale. Tali considerazioni riguardano rispettivamente la giurisdizione, la procedura e il fine. La presunzione in favore dell'osservanza del diritto internazionale può essere trascurata in ragione del peso sufficiente relativo alla giurisdizione, alla procedura, all'esito. Qualora sussistano tali ragioni, i cittadini di una democrazia costituzionale dovrebbero ritenersi liberi di deviare dai dettami del diritto internazionale. In questi casi, i cittadini hanno buone ragioni per ritenersi liberi di generare e applicare gli esiti autonomi dei processi giuridici e politici interni.

2.2. Legittimità giurisdizionale: il principio di sussidiarietà

La prima di queste tre considerazioni è catturata dal *principio di legittimità giurisdizionale* o *sussidiarietà*. Nel processo di sostituzione dell'inutile concetto di *sovranità*, quello di sussidiarietà agisce come idea nevralgica che serve a demarcare la sfera internazionale e la sfera internazionale¹⁸. Il principio di sussidiarietà si fa strada nei dibattiti contemporanei attraverso la sua introduzione nel diritto costituzionale europeo con il trattato di Maastricht. Esso dovrebbe parimenti venire inteso come parte integrante del diritto internazionale.

In Europa venne utilizzato per guidare la redazione del Trattato costituzionale europeo firmato nell'ottobre 2004. È un principio che orienta l'esercizio del potere dell'Unione Europea in base al trattato. Esso inoltre guida l'interpretazione delle norme comunitarie. Come tale, è un principio strutturale che si applica a tutti i livelli dell'analisi istituzionale, dalla valutazione su larga scala della struttura istituzionale e dalla concessione di giurisdizione alla microanalisi di specifici processi decisionali e al contenuto di specifiche decisioni.

Il principio di sussidiarietà richiede essenzialmente che ogni violazione dell'autonomia del livello locale attraverso norme generali varate al livello più

17. M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Mohr, Tübingen 1922.

18. Jackson usò, per indicare questa idea, l'espressione "sovranità moderna" (J. Jackson, *Sovereignty-Modern: A New Approach to an Outdated Concept*, in "American Journal of International Law", vol. 97, 2003, pp. 782-802).

elevato sia giustificata da buone ragioni¹⁹. Ogni norma del diritto internazionale richiede una specifica giustificazione. Non basta, a tal fine, una giustificazione su basi sostanziali, ad esempio adducendo che tale norma include una buona politica. La giustificazione deve, invece, chiarire che cosa esattamente andrebbe perduto se la valutazione politica rilevante fosse lasciata al livello più basso.

Con eccezioni relative alla tutela degli standard minimi dei diritti umani, *unicamente ragioni connesse a problemi di azione collettiva* – relative, ad esempio, alle esternalità o a standard strategici che danno vita a preoccupazioni per una “corsa al ribasso” – sono buone ragioni per il livello a cui sono prese le decisioni. E anche quando si è in presenza di tali ragioni, *esse debbono avere un peso sufficiente da superare gli svantaggi connessi alla supremazia di una produzione normativa più decentrata*. A livello applicativo, l’analisi della sussidiarietà richiede, pertanto, un test a due stadi. In primo luogo, debbono essere individuate le ragioni relative all’esistenza di un problema di azione collettiva. In secondo luogo, il peso di queste ragioni deve essere valutato alla luce degli opposti interessi relativi all’autonomia dello Stato in specifiche circostanze. Ciò comporta l’applicazione di un “test di proporzionalità” o dell’“analisi costi/benefici”, focalizzati sui vantaggi o sugli svantaggi derivanti dallo spostamento della decisione al livello più alto. Questo significa che, nella fase applicativa, tale principio, come gli altri, richiede la saturazione tramite argomenti che sono sensibili al contesto e molto probabilmente soggetti a sfide normative ed empiriche. La sua utilità non consiste nel fornire una risposta definitiva in ogni contesto specifico, ma nello strutturare la ricerca in un modo che è probabilmente sensibile ai rilevanti interessi empirici e normativi.

Vi sono buone ragioni perché sia il principio di sussidiarietà a governare l’allocazione e l’esercizio dell’autorità decisionale laddove vi sono differenti livelli di autorità pubblica. Queste ragioni sono connesse alla sensibilità verso preferenze che variano localmente, a possibilità di partecipazione significativa e di *accountability*, nonché alla protezione e allo sviluppo di identità locali che suggeriscono che il principio di sussidiarietà debba essere un principio generale alla guida del disegno istituzionale entro entità strutturate in senso federale. Ma il principio assume un peso particolare con riferimento alla gestione della divisione tra nazionale e internazionale. Nelle democrazie costituzionali consolidate, gli strumenti per affermare la responsabilità degli attori nazionali sono generalmente ben sviluppati. V’è, qui, una sfera pubblica ben sviluppata che consente deliberazioni collettive, fondate su identità nazionali relativamente forti. Tutto questo manca a livello internazionale.

Il principio di sussidiarietà non è, comunque, una strada a senso unico. Gli interessi relativi alla sussidiarietà possono, in determinati contesti, rafforzare

19. Per una discussione di come operi il principio di sussidiarietà, cfr. M. Kumm, *Constitutionalizing Subsidiarity in Integrated Markets: The Case of Tobacco Regulation in the European Union*, in “European Law Journal”, vol. 12, 2006, pp. 503-33.

più che indebolire la legittimità relativa del diritto internazionale sul diritto interno. Se vi sono buone ragioni per decidere una questione a livello internazionale, giacché gli interessi con cui ci si confronta sono meglio considerati dal punto di vista di una comunità più ampia, allora il livello internazionale gode di una maggiore legittimità, fondata sulla competenza. L'idea della sussidiarietà può fornire le basi per un appello al rafforzamento di istituzioni transnazionali che possano affrontare efficacemente i problemi di azione collettiva e assicurare la fornitura di beni pubblici globali. E anche se il principio richiede generalmente una ricca analisi contestuale, vi sono casi semplici. Il principio può illuminare evidenti defezioni strutturali dei processi legislativi interni rispetto ad alcune aree della regolazione.

Si immagini che nell'anno 2010 una risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite relativa al Capo VII della Carta delle Nazioni Unite imponga dei limiti e stabilisca degli obiettivi per la riduzione delle emissioni di biossido di carbonio finalizzata a contenere il riscaldamento globale. Si assuma che vi sia riscaldamento globale e che sia stato dimostrato il nesso tra riscaldamento globale ed emissioni di biossido di carbonio. Si assuma, inoltre, che la necessaria maggioranza qualificata all'interno del Consiglio di sicurezza sia convinta che il riscaldamento globale rappresenti una seria minaccia alla pace e che la sicurezza internazionale non sia seriamente considerata dal vetusto Protocollo di Kyoto o da altri trattati aperti alla firma, ma ancora non entrati in vigore per il mancato raggiungimento del necessario numero di ratifiche. Infine, si assume che si sia sviluppato un solido consenso sull'idea che ai membri permanenti di un nuovo Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, allargato e dotato di maggiore rappresentatività²⁰, venga impedito di porre il voto a una risoluzione delle Nazioni Unite approvata dai quattro quinti dei membri.

Si immagini ora che una potente democrazia costituzionale, come gli Stati Uniti, possieda una legislazione interna che non rispetta gli standard fissati dalla risoluzione. La legislazione interna stabilisce limiti nazionali alle emissioni e struttura il mercato del commercio delle emissioni, ma procede verso obiettivi meno ambiziosi e ammette una quantità di emissioni maggiore di quella consentita dalle norme internazionali approvate dal Consiglio di sicurezza. Gli attori politici nazionali invocano giustificazioni legate allo stile di vita e a interessi economici²¹. L'analisi costi-benefici interna – affermano – ha suggerito che, al di là dei limiti esistenti, sia preferibile per la nazione adattarsi

20. Si assuma che i propositi attuali siano divenuti diritto e che esso includa, come nuovi membri permanenti, uno Stato africano (la Nigeria o il Sud Africa), due ulteriori Stati asiatici (il Giappone e l'India o l'Indonesia), uno Stato del Sud America (il Brasile) e un ulteriore Stato europeo (la Germania), così come cinque nuovi membri non permanenti.

21. Per un argomento di questo tipo, con riferimento alla posizione statunitense sul Protocollo di Kyoto, cfr. B. Yandle, S. Buck, *Bootleggers, Baptists and the Global Warming Battle*, in "Harvard Environmental Law Review", vol. 26, 2002, pp. 177-229, dove, a p. 179, si afferma che «il

al cambiamento climatico piuttosto che incorrere in ulteriori costi per prevenirlo. Prese le debite decisioni a livello interno, una maggioranza chiusa ma stabile decide di trascurare le risoluzioni del Consiglio di sicurezza, vincolanti a livello internazionale, e invoca la maggiore legittimazione del processo politico nazionale. Tuttavia, assume che il medesimo tipo di analisi costi-benefici intrapresa su scala globale abbia fornito una chiara preferenza per l'assunzione di misure aggressive per abbassare e prevenire il riscaldamento globale secondo quanto suggerito dalla risoluzione del Consiglio di sicurezza.

In un caso simile, il deficit strutturale del processo interno è chiaro. I processi nazionali, se ben congegnati, tendono a riflettere adeguatamente i valori e gli interessi dei costituenti nazionali. In generale, essi non riflettono valori e interessi esterni. Poiché nel caso del biossido di carbonio vi sono esternalità legate al riscaldamento globale, i processi legislativi nazionali sono inevitabilmente inadeguati ad affrontare il problema. Per fare un esempio: gli Stati Uniti producono approssimativamente il 25% delle emissioni mondiali di biossido di carbonio, minacciando potenzialmente il benessere dell'umanità. Il Congresso e l'Environmental Protection Agency attualmente decidono in riferimento all'adeguato livello di emissioni. Tale processo chiaramente manca di qualsiasi minimo livello di equità, dato che solo una piccola minoranza di stakeholder globali è adeguatamente rappresentata in esso²². Può darsi che l'analisi costi-benefici condotta avendo la comunità nazionale come punto di riferimento suggerisca che sarebbe preferibile l'adattamento alle conseguenze del riscaldamento globale piuttosto che incorrere in costi per prevenirlo o ridurlo. In altre giurisdizioni, l'analisi potrebbe essere assai diversa²³. Quel che più conta è che l'analisi costi-benefici condotta avendo la comunità globale come punto di riferimento potrebbe fornire risultati indicanti la via della forte riduzione come risposta politica appropriata. In questo caso l'argomento giurisdizionale è che la comunità rilevante quale punto di riferimento appropriato

Protocollo di Kyoto sarebbe stato potenzialmente un grande ostacolo per l'economia degli Stati Uniti» e avrebbe comunque prodotto benefici ambientali minimi.

22. Sono state stabilite alcune procedure che richiedono di prendere in considerazione, nell'analisi costi/benefici, gli effetti esterni, al fine di mitigare questi interessi. Cfr. ad esempio Kingsbury, Krisch, Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, cit.; R. B. Stewart, *Administrative Law in the Twenty-First Century*, in "New York University Law Review", vol. 78, 2003, pp. 437-60 (trad. it. *Il diritto amministrativo nel xxi secolo*, in "Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico", n. 1, 2004, pp. 1-30).

23. Ad esempio, l'isola di Tuvalu, nell'Oceano Pacifico, è a rischio di totale scomparsa. Su questo problema, il governatore generale dell'isola, rivolgendosi all'assemblea generale delle Nazioni Unite, il 14 settembre 2002, affermò: «Nell'eventualità che la situazione non rientrasse, dove la comunità internazionale pensa che la popolazione dell'isola dovrebbe nascondersi per difendersi dall'assalto dell'aumento del livello del mare? Vogliamo che l'isola di Tuvalu e la nostra nazione non siano sommersi come risultato di un avido ed incontrollato consumismo dei paesi industrializzati» (in <http://www.un.org/webcast/ga/57/statements/020914tuvaluE.htm>).

per valutare processi valutativi o risultati è chiaramente la comunità globale. Quando vi sono esternalità di questo tipo, il problema della legittimazione non riguarda la produzione normativa da parte del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite. Le preoccupazioni per la legittimazione in questi casi riguardano più propriamente l'assenza di procedure decisionali transnazionali effettive e la strutturale mancanza di alternative alla decisione interna.

Il principio di sussidiarietà, allora, è bifronte. Esso serve non solo a proteggere l'autonomia dello Stato contro indesiderabili interventi centrali, ma anche a fornire uno schema di analisi che aiuti a mettere in luce l'arretratezza del diritto internazionale e delle istituzioni in alcuni ambiti di *policy*. In queste aree gli argomenti tratti dalla sussidiarietà concorrono a rafforzare l'autorità delle istituzioni internazionali impegnate nell'interpretazione innovativa del materiale giuridico esistente, per rendere possibile il progressivo sviluppo del diritto internazionale al servizio della costruzione della capacità internazionale²⁴.

2.3. Legittimità procedurale: il principio di adeguata partecipazione e accountability

Una ragione per la quale al diritto interno è attribuito un maggior grado di legittimità rispetto a qualsiasi decisione presa a livello internazionale è l'idea che la fonte di legittimità stia nel fatto che la decisione scaturisca da istituzioni che rispondono in termini elettorali. A livello nazionale, i corpi legislativi costituiti da rappresentanti direttamente eletti prendono le decisioni più importanti. Istituzioni di questo tipo mancano a livello internazionale. Il diritto internazionale consuetudinario è generato da un insieme di attori che vanno dai governi democraticamente legittimi e illegittimi ai funzionari delle istituzioni internazionali, che non sono eletti, ai giudici e agli arbitri, agli studiosi e alle associazioni non governative. I trattati, invece, sono legittimi nella misura in cui, ed esattamente perché, richiedono, in un modo o nell'altro, di essere adottati dalle legislazioni nazionali. Taluni sostengono che emergano dei problemi quando i trattati creano istituzioni nelle quali funzionari non eletti, insieme ad altri attori, stabiliscono nuovi obblighi che non potevano essere previsti al momento della firma del trattato²⁵. Il diritto interno è superiore perché è

24. Sull'interpretazione giudiziale del diritto consuetudinario a questo proposito, cfr. E. Benvenisti, *Customary International Law as a Judicial Tool for Promoting Efficiency*, in E. Benvenisti, M. Hirsch (eds.), *The Impact of International Law on International Cooperation: Theoretical Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge 2004, p. 85.

25. Per l'argomento secondo il quale la tradizione costituzionale americana ha abbracciato un approccio più comprensivo, cfr. D. M. Golove, *The New Confederatism: Treaty Delegations of Legislative, Executive and Judicial Authority*, in "Stanford Law Review", vol. 55, 2003, pp. 1697-748.

tendenzialmente diritto di fonte legislativa, ovvero diritto autorizzato da un'istituzione direttamente rappresentativa.

Vi sarebbe molto da dire su questa tesi, ma mi limiterò a due argomenti centrali.

In primo luogo, persino a livello nazionale, il parlamento ha perso terreno in quanto tradizionale foro legislativo nelle democrazie costituzionali del xx secolo. Esso non è più considerato il luogo istituzionale esclusivo della decisione legittima sul piano domestico. Per altro verso, ciò si connette all'emersione dello *stato regolatore*. Per quelle che sono generalmente ritenute delle buone ragioni, la svolta verso questo tipo di Stato, nella prima metà del xx secolo, ha comportato una significativa delegazione dell'autorità regolativa a istituzioni amministrative di vario tipo. Nell'area della politica monetaria, della politica antitrust o ambientale, molte delle decisioni cruciali non sono più prese dal parlamento. Ciò si giustifica generalmente su varie basi, che vanno dall'*expertise* dei decisori alle maggiori possibilità di partecipazione così offerte ai vari stakeholder interessati, o altro²⁶. L'argomento in base al quale tale processo avrebbe comunque scarso significato poiché il legislatore mantiene la possibilità di legiferare ogni qualvolta vi sia la maggioranza richiesta per farlo non è irrilevante. In termini di pratica istituzionale e di realismo politico, tuttavia, il controllo effettivamente esercitabile sulla decisione amministrativa in virtù di tale possibilità è modesto²⁷. Per altro verso, le democrazie costituzionali liberali hanno sviluppato, nel corso della seconda metà del xx secolo, la possibilità di istituire *Corti costituzionali* dotate dell'autorità di giudicare le leggi sulla base dei principi costituzionali. E in numerose giurisdizioni, a seconda dei casi, le Corti costituzionali hanno dimostrato un maggiore o minore attivismo rispetto a questo compito. In molte giurisdizioni esse finiscono con il godere di un sostegno pubblico maggiore rispetto a qualsiasi altra istituzione politica²⁸. Le ragioni generalmente invocate per giustificare il controllo costituzionale della legge sono ben testate. Esse includono il vantaggio di assicurare i diritti individuali contro

26. Cfr., ad esempio, R. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, in "Harvard Law Review", 88, 1975, pp. 1667-813, che descrive come questo promuova la competizione tra gli interessi di gruppo e la rappresentazione nel processo amministrativo stesso.

27. T. Lowi, *Two Roads to Serfdom: Liberalism, Conservatism and Administrative Power*, in "American University Law Review", vol. 36, 1987, pp. 295-322, segnatamente pp. 321-2 (dove viene criticato l'ampio e incontrollabile potere discrezionale delle moderne agenzie amministrative); ora anche in S. L. Elkin, K. E. Soltan (eds.), *A New Constitutionalism. Designing Political Institutions for a Good Society*, The University of Chicago Press, Chicago-London 1993, pp. 149-73.

28. Cfr. in generale C. N. Tate, T. Vallinder, *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*, in Idd. (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, New York 1995, pp. 1 ss., segnatamente p. 5, dove si descrive l'espansione del potere giudiziario globale in molte giurisdizioni e la si dichiara «una delle tendenze più significative del governo della fine del xx secolo e dell'inizio del xxi».

impropri interventi delle maggioranze, interessi che riguardano particolarmente gruppi svantaggiati nel processo politico così come altri casi in cui fallimenti politici di vario tipo fanno emergere l'opportunità di un controllo di costituzionalità sulle decisioni di altri attori. È importante prendere nota di un cattivo argomento speso a favore del controllo di costituzionalità. Quest'ultimo non risulta generalmente giustificato sulla base del fatto che una supermaggioranza necessaria per la protezione della Costituzione ha stabilito che un determinato diritto dovrebbe essere protetto. Nella misura in cui assegna alle Corti costituzionali il ruolo di portavoce e meccanico strumento dell'auto-limitazione del legislatore come stabilita dalle norme costituzionali, tale argomento è, nel migliore dei casi, fuorviante. In moltissime giurisdizioni, un compito chiave delle Corti costituzionali è interpretare clausole costituzionali altamente astratte che invocano egualianza, libertà, libertà di espressione, diritto di proprietà o diritto a un giusto processo. In molte giurisdizioni, le Corti si impegnano in elaborati argomenti di principio sul perché, in un dato contesto, questo o quell'interesse politico dovrebbe prevalere su interessi concorrenti. In tal senso, le Corti costituzionali possono essere intese a loro volta come non altro che attori politici. Se è desiderabile che vi sia un attore di questo tipo, ciò può essere solo per la diffusa fiducia nel vantaggio relativo offerto dall'attività giurisdizionale rispetto al processo politico ordinario nell'ambito che rientra nella giurisdizione costituzionale della Corte²⁹.

Emerge che una solida versione del parlamentarismo maggioritario non può essere intesa come l'ideale sotteso alla pratica politica contemporanea delle democrazie costituzionali liberali. Al contrario, sembra predominare un approccio più pragmatico, che prende sul serio gli interessi relativi ai pesi e contrappesi, all'*accountability*, alla partecipazione, alla *responsiveness*, alla trasparenza, e così via³⁰. Nell'ambito dello spettro della decisione politica, le democrazie costituzionali allocano l'autorità decisionale su un'ampia gamma di decisor, più ampia di quella che il parlamentarismo radicale è disposto a riconoscere. Questo porta l'attenzione su due punti significativi per la valutazione della legittimità rispettivamente del diritto internazionale e del diritto interno. In primo luogo, molto del diritto internazionale in potenziale conflitto con gli esiti del processo

29. R. Hirschl, *Resituating the Judicialization of Politics: Bush v. Gore as a Global Trend*, in "Canadian Journal of Law and Jurisprudence", vol. 15, n. 2, 2002, pp. 191-218, dove si sostiene che il fatto di disporre di un quadro costituzionale che incoraggia la deferenza verso il potere giudiziario e l'esistenza di un ambiente politico favorevole al riconoscimento dell'*empowerment* della magistratura hanno contribuito a determinare una crescente fiducia negli strumenti giudiziari per articolare, strutturare e formulare i principali dibattiti morali e le questioni politiche controverse.

30. Per queste tesi, riferite al contesto della legittimità dell'Unione Europea, cfr. A. Moravcsik, *In Defence of the "Democratic Deficit": Reassessing Legitimacy in the European Union*, in "Journal of Common Market Studies", vol. 40, 2002, pp. 603-24.

politico nazionale compete con le norme interne determinate dalle agenzie amministrative o dalle Corti costituzionali, il che suggerisce che l'argomento democratico ha, almeno in questi casi, meno mordente. E anche se il diritto internazionale compete con gli esiti del processo parlamentare nazionale, l'esempio interno suggerisce che in alcune circostanze i risultati di un procedimento non parlamentare possono essere preferibili all'esito di un procedimento parlamentare. Dato che a livello internazionale mancano i prerequisiti per stabilire quando le istituzioni rispondano a criteri elettorali, l'assenza di istituzioni responsabili in tal senso a livello internazionale non basta a fondare la tesi secondo cui vi sarebbe, a tale livello, una deficienza procedurale.

Per altro verso, l'assenza, a livello transnazionale, di istituzioni direttamente rappresentative e la difficoltà di stabilire un processo elettorale significativo a livello globale³¹ sono due delle ragioni per cui il principio di sussidiarietà assume un peso maggiore quando si giudica il processo decisionale oltre lo Stato rispetto a quando si consideri il livello della comunità politica. Non stupisce che, in sistemi federali consolidati, gli interessi intorno alle questioni giurisdizionali siano tipicamente meno accentuati. Un processo politico nazionale ben sviluppato, il quale comporti forti istituzioni che rispondono in termini elettorali, una coesa identità nazionale e una sfera pubblica che funziona a livello nazionale abbassano i costi della decisione. Nell'Unione Europea, d'altra parte, le elezioni non implicano che la Commissione insieme al Consiglio, composto da membri dell'esecutivo degli Stati membri, rimangano largamente sotto il controllo dell'agenda legislativa. La limitazione dell'ambito di ciò che l'Unione Europea può fare è considerato un interesse centrale. Questa dovrebbe essere una preoccupazione altrettanto forte quando si consideri il diritto internazionale.

Tuttavia, anche quando il diritto internazionale soddisfa i test giurisdizionali, esso potrebbe risultare problematico sotto il profilo della legittimità procedurale. Il *principio di legittimità procedurale* si focalizza sulla qualità procedurale del processo di generazione del diritto. L'*accountability* in termini elettorali può non essere il test appropriato, ma ciò non significa che non vi siano standard per stabilire l'adeguatezza procedurale. Piuttosto, la questione rilevante è se le procedure siano sufficientemente trasparenti e favoriscano adeguatamente la partecipazione, se vi siano meccanismi di *accountability* capaci di assicurare che i decisori rispondano di fatto agli interessi delle *constituencies*. Più questi criteri sono soddisfatti, più elevato sarà il grado di legittimità procedurale. Sotto molti profili, il meccanismo e le idee derivate dal diritto amministrativo interno possono essere utili per dare forma concreta alle

31. Tra i fautori della democrazia globale vi è D. Held, *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Polity Press, Cambridge 1995. Cfr., inoltre, R. Falk, A. Strauss, *On the Creation of a Global People's Assembly: Legitimacy and the Power of Popular Sovereignty*, in "Stanford Journal of International Law", vol. 36, 2000, pp. 191-219.

idee legate al giusto processo a livello transnazionale³². Ancora, i principi e i meccanismi descritti dal *Libro bianco* della Commissione europea del 2001³³ potrebbero anche offrire un'utile fonte per dare sostanza all'idea di adeguatezza procedurale transnazionale. Tuttavia è improbabile che tale idea, applicata a vari processi istituzionali transnazionali, si traduca in uno schema standard di regole e procedure equiparabili, per dire, all'Administrative Procedure Act degli Stati Uniti. Quando si giunge a valutare procedure tanto varie come la risoluzione delle dispute da parte del WTO e del *Dispute Settlement Body*, la decisione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite in base al Capo VII o la repressione dei crimini in base alla neoistituita Corte internazionale penale, sarà necessaria un'analisi altamente contestualizzata che prenda sul serio la specifica funzione delle varie istituzioni.

2.4. *La legittimità fondata sul risultato: il raggiungimento di esiti ragionevoli*

La preoccupazione conclusiva riguarda gli esiti. Cattivi risultati inficiano la legittimità di una decisione e tendono a indebolire l'autorità del decisore³⁴. Tuttavia, la considerazione dell'esito svolge solo un ruolo molto limitato nella valutazione della legittimità di un sistema giuridico. Ciò accade perché i dissensi intorno alla politica sostantiva sono esattamente il tipo di questioni che si suppone vengano risolte dalla decisione giuridica per mezzo dell'autorità³⁵. In genere non spetta ai destinatari delle norme ri-considerare le decisioni giuridicamente vincolanti già prese. La legittimità di un atto giuridico non può mai plausibilmente coincidere con la funzione esclusiva di raggiungere un risultato giusto in base al giudizio del destinatario. In caso contrario, l'anarchia regnerebbe sovrana. Ma questo non preclude la possibilità che norme internazionali che raggiungano un'alta soglia di ingiustizia o siano costosamente inefficienti vengano ignorate da una comunità nazionale esattamente perché profondamente ingiuste o estremamente costose e inefficienti. Quel che deve essere chia-

32. Cfr., ad esempio, R. Stewart, *U.S. Administrative Law: Model for Global Administrative Law*, New York University, IILJ Working Paper 2005/7, in <http://www.iilj.org/papers/documents/2005.7Stewart.pdf>.

33. Cfr. il *Libro bianco* della Commissione europea sulla *governance* europea del 2001 in http://ec.europa.eu/governance/contrib_efc_eu.pdf.

34. Per una prospettiva scettica sulla tesi per la quale le considerazioni di giustizia dovrebbero svolgere un ruolo centrale nella valutazione della legittimità del diritto internazionale, cfr. T. Franck, *The Power of Legitimacy among Nations*, Oxford University Press, Oxford 1990, p. 208.

35. In una certa misura questo è vero anche per le questioni procedurali e giurisdizionali, che l'approccio qui delineato apre alla valutazione. Ma vi è una differenza di grado tra esse. Le questioni di procedura e di giurisdizione spesso forniscono un punto focale per il consenso anche quando un accordo sui risultati non può essere raggiunto.

ro, comunque, è che ogni *principio di ragionevolezza sostanziale* è applicato in un modo appropriatamente deferente, che prende in considerazione la profondità e l'estensione del disaccordo ragionevole che facilmente può darsi nella comunità internazionale. In particolare, dove la legittimità giurisdizionale va a favore del diritto internazionale e dove le procedure internazionali sono adeguate vi è una forte presunzione che il modo in cui una comunità nazionale valuta un esistere sostanzivo costituisca una base inadeguata per porre in dubbio la legittimità del diritto internazionale e negarne la forza morale.

3. IL QUADRO COSTITUZIONALE APPLICATO: ILLUSTRAZIONI

Che cosa deriva esattamente dal fatto che le Corti interne dovrebbero guardare al diritto internazionale? Da un lato, il principio di legalità internazionale stabilisce una presunzione in favore dell'autorità del diritto internazionale. Il fatto che vi sia una norma di diritto internazionale a regolare una specifica materia significa che i cittadini hanno una ragione per fare come la regola prescrive. Ma questa presunzione è rigettata quando si considerino norme del diritto internazionale che violano gravemente opposti principi normativi relativi alla giurisdizione, alla procedura e ai risultati. Per dirla in altri termini: *i cittadini dovrebbero ritenersi vincolati al diritto internazionale e costruire istituzioni politiche e giuridiche interne tali da assicurarne il rispetto fintantoché il diritto internazionale non viola i principi giurisdizionali, procedurali e di risultato al punto da far rigettare la presunzione a favore della sua autorità*. Nel valutare gli interessi relativi alla giurisdizione, alla procedura e al risultato, ciascuno dei principi rilevanti può ora sostenere ora minare la legittimità del diritto internazionale. Come la discussione ha mostrato, non necessariamente gli interessi giurisdizionali e procedurali peseranno a favore della decisione nazionale, per quanto spesso le cose vadano in questo modo. Quando i cittadini di una democrazia costituzionale rispettano il diritto internazionale non stanno compromettendo i principi costituzionali. Al contrario, stanno rispondendo alle domande di principio sottese alla migliore interpretazione della tradizione costituzionale liberale di cui fanno parte³⁶.

Quali sono, allora, le implicazioni istituzionali di un modello costituzionale? Come strutturerebbero le loro istituzioni interne rispetto al diritto internazionale i cittadini impegnati nei confronti di un modello costituzionale?

Non disponiamo a questo punto di risposte rapide né facili. In parte perché ogni giurisdizione, nel considerare le questioni internazionali che necessite-

36. Rispetto alla perdita di autogoverno, questo comporta che si applichi l'argomento di MacCormick sulla perdita di sovranità: la sovranità non è «un oggetto di un gioco a somma zero, tale che il momento X perde se Y necessariamente lo possiede. Pensiamo piuttosto alla sovranità come a qualcosa di simile alla verginità, che può, almeno in alcune circostanze, essere persa con generale soddisfazione, senza che nessun altro la acquisisca» (N. MacCormick, *Beyond the Sovereign State*, in «Modern Law Review», vol. 56, 1993, pp. 1-18, segnatamente p. 16).

rebbero di essere attentamente sviluppate all'interno del quadro costituzionale, prende le mosse da una specifica tradizione e da specifiche istituzioni. A livello applicativo non vi è un unico standard adatto a tutte le soluzioni.

Quanto segue non farà che fornire alcuni esempi relativi al tipo di pratiche che potrebbero essere attuate dalle Corti interessate all'*enforcement* del diritto internazionale.

4. IL DOVERE COSTITUZIONALE DI RAPPORTARSI
CON IL DIRITTO INTERNAZIONALE: LA RILEVANZA INTERNA
DEI TRATTATI INTERNAZIONALI RIGUARDANTI I DIRITTI UMANI

Gli strumenti internazionali relativi ai diritti umani sono generalmente costituiti da trattati. Il Patto internazionale sui diritti civili e politici, il Patto inter-americano o la Convenzione europea dei diritti umani, solo per nominare alcuni degli strumenti più importanti, furono adottati seguendo le medesime norme internazionali e interne come, ad esempio, i Trattati concernenti le relazioni diplomatiche e consolari degli Stati³⁷ o il Bando delle mine da terra³⁸. La definizione dello *status* dei trattati nel diritto interno è convenzionalmente di competenza delle Costituzioni e di dottrine generalmente riconosciute. Per quanto vi sia una certa variabilità, in molti ambiti costituzionali i trattati hanno il rango della legge interna³⁹. Ciò significa che, in caso di conflitto tra una legge e un trattato, prevale la norma più recente. Inoltre si ricorre spesso a una regola interpretativa riconosciuta, in base alla quale le leggi interne debbono essere interpretate, se possibile, in modo che non confliggano con i trattati⁴⁰. Una Costituzione nazionale, da un lato, è tipicamente ritenuta fissare la legge suprema di uno Stato. Si assume che le norme costituzionali debbano prevalere sui trattati in caso di conflitto. Inoltre, le regole dell'interpretazione costituzionale che richiedono sia considerato il diritto pattizio tendono a risultare meno accettabili a livello universale. Risuona frequentemente un argomento kelseniano relativo alla gerarchia delle norme: le norme inferiori (leggi o trattati) non dovrebbero essere usate come guida nell'interpretazione di norme superiori (le norme costituzionali)⁴¹.

37. Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche (Vienna, 18 aprile 1961), in vigore dal 24 aprile 1964, e Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari (Vienna, 24 aprile 1963), in vigore dal 19 marzo 1967.

38. Convenzione sulla proibizione dell'uso, l'accumulo, la produzione e il trasferimento di mine antiuomo e la loro distruzione (Oslo, 18 settembre 1997), in vigore dal 1º marzo 1999.

39. Cfr. F. G. Jacobs, S. Roberts (eds.), *The Effect of Treaties in Domestic Law*, Sweet & Maxwell, London 1987, dove si esamina la posizione in Belgio, Danimarca, Francia, Germania, Italia, Paesi Bassi e Regno Unito.

40. *Murray v. The Charming Betsy*, 6 US64 (1804).

41. Cfr., nel contesto statunitense, ad esempio, R. Alford, *Misusing International Sources to Interpret the Constitution*, in "American Journal of International Law", vol. 98, 2004, pp. 57-69,

Tuttavia, questo schema teorico non dice quasi nulla sull'effettiva rilevanza del diritto internazionale dei diritti umani per la pratica giuridica interna. Da un lato, i trattati sui diritti umani sono raramente considerati alla stregua della legge nel diritto interno, anche quando sono ritenuti essere *self-executing*. Per altro verso, essi hanno un importante ruolo da svolgere nello strutturare la pratica dei diritti costituzionali all'interno dello Stato.

Non dovrebbe sorprendere che i trattati sui diritti umani non siano assimilati alle leggi ordinarie o ai trattati ordinari. In primo luogo, essi sono atipici, in quanto trattati, in un modo che indebolisce la loro azionabilità in giudizio. La differenza essenziale si situa a livello giurisdizionale: a differenza degli altri trattati, i trattati sui diritti umani non servono a risolvere specifici problemi di azione collettiva, relativi a coordinazione, esternalità, determinazione di standard strategici ecc. Essi non hanno i medesimi fini dei trattati che riguardano il controllo degli armamenti, i gas serra, le relazioni commerciali o diplomatiche. Le ragioni che spingono ad aderire a un trattato sui diritti umani sono di tipo diverso. Innanzitutto, vi sono ragioni legate alle tradizionali idee dell'interesse nazionale e della reciprocità. Gli Stati accettano l'imposizione di determinati obblighi per i benefici che ritengono derivare dal fatto che altri Stati faranno altrettanto. Tali ragioni includono la convinzione che: *a*) promuovere i diritti umani in altri Stati possa aiutare a prevenire la guerra e ad alimentare la pace democratica; *b*) i diritti umani concorrono a sostenere la stabilità e a prevenire la guerra civile, che a sua volta produce immigrazione e problemi di sicurezza a livello regionale; *c*) i diritti umani aiutino a sostenere la prosperità e ad aprire mercati in altri Stati, con beneficio anche per le imprese nazionali e per i consumatori⁴². In secondo luogo, le *élites* democratiche nelle democrazie di nuova formazione che hanno sperimentato fallimenti dello Stato, governi autoritari o totalitari nel corso del xx secolo possono avere un incentivo a usare il diritto internazionale per acquisire stabilità nelle lotte interne. Le nuove *élites* democratiche possono temere i rigurgiti delle forze non democratiche e utilizzare l'impegno verso il diritto internazionale e i diritti umani come strategia per garantire l'impegno verso la democrazia e verso istituzioni che favoriscano i diritti umani, così aumentando i costi che le forze non democratiche dovrebbero sostenere per uscire dagli accordi⁴³. In terzo luogo, gli Stati potrebbero voler dare espressione a un'identità nazionale, di cui l'impegno verso una

segnatamente p. 62, dove si sottolinea come un'anomalia il fatto che un trattato avente il medesimo *status* delle leggi federali in base alla clausola di supremazia dovrebbe strutturare l'interpretazione costituzionale, anche quando può essere annullato da una legge successiva.

42. D. Golove, *Human Rights Treaties and the U.S. Constitution*, in "DePaul Law Review", 52, 2002, pp. 579-625, segnatamente pp. 605-6.

43. A. Moravcsik, *The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe*, in "International Organization", vol. 54, n. 2, 2000, pp. 217-52, in particolare p. 228.

comunità globale strutturata intorno a valori universali è parte, magari al fine di accrescere la loro reputazione come membri a buon diritto della comunità globale⁴⁴. Quando uno stato viola una norma di un trattato sui diritti umani non necessariamente gli interessi di un altro stato sono direttamente inficiati. Una volta che uno Stato abbia ignorato l'idea stessa dei limiti al potere politico posti dai diritti umani o manifestamente e ripetutamente violi questi ultimi, vi può essere un interesse relativo alla stabilità, alle conseguenze negative indotte dall'emigrazione, dalla guerra civile ecc. Ma quando giunge a mettere a punto questi limiti e quando riesce a orientare l'autorità pubblica in base all'idea dei diritti umani, non v'è ragione di pensare che le istituzioni nazionali in una democrazia costituzionale siano inadatte a determinare in definitiva e autoritativamente queste regole da sé. Tutto ciò suggerisce che vi siano ragioni *giurisdizionali* perché i trattati sui diritti umani non svolgano un ruolo interno come strumento quasi legislativo. Visto che il ruolo primario dei trattati internazionali sui diritti umani non è stabilire specifiche coordinate per le relazioni interstatali, la loro imposizione non costituisce un problema per la realizzazione del *rule of law* a livello internazionale.

Per altro verso, i diritti umani sono ritenuti essere il fondamento morale su cui è stata costruita la vita politica e giuridica dopo la Seconda guerra mondiale. *Ragioni legate al risultato* suggeriscono che i trattati internazionali sui diritti umani dovrebbero essere tenuti in maggiore considerazione rispetto a trattati relativi ad altre materie, ad esempio quelli riguardanti la distribuzione internazionale della posta. Anche se i trattati sui diritti umani fossero considerati dalle Corti interne alla stregua di leggi ordinarie interne, ciò non rifletterebbe adeguatamente la funzione simbolica e pratica che i diritti umani svolgono nella pratica costituzionale. Il legislatore può semplicemente emanare una nuova legge, successivamente. È ampiamente riconosciuto che dare stabilità costituzionale ai diritti umani e conferire a un organo giudiziario il potere di annullare una legge ritenuta incostituzionale sia un meccanismo importante per assicurare il loro rispetto⁴⁵. La protezione interna dei diritti umani a opera di un trattato che sia fatto valere come legge, pertanto, non solo fornisce troppa protezione, ma può anche fornirne troppo poca. Le dottrine che definiscono il rango dei trattati attraverso il diritto interno risultano, pertanto, poco adatte.

44. A. Chayes, A. H. Chayes, *The New Sovereignty*, Harvard University Press, Cambridge (MA) 1995, pp. 27-8. Per un recente quadro della letteratura relativa al perché gli Stati obbediscano al diritto internazionale, cfr. O. Hathaway, *Do Human Rights Treaties Make a Difference?*, in "Yale Law Journal", vol. 111, n. 8, 2002, pp. 1935-2042.

45. Alcune costituzioni, comunque, prevedono anche la possibilità di un superamento legislativo dei trattati internazionali che non rispetta la richiesta di emendare la costituzione. Cfr. S. Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, in "American Journal of Comparative Law", vol. 49, 2001, pp. 707-60.

Nella pratica, i trattati sui diritti umani spesso forniscono a livello interno *una protezione sia maggiore che minore* rispetto a quanto farebbero se fossero imposti come leggi. Funzionano da guida e limite allo sviluppo della pratica costituzionale interna. Oltre a rivestire un importante ruolo nella *redazione* delle Costituzioni nazionali degli ultimi decenni, i trattati sui diritti umani svolgono anche un ruolo centrale nel contesto dell'*interpretazione* delle norme costituzionali interne⁴⁶. Essi costituiscono un punto di riferimento persuasivamente autoritativo⁴⁷. E ciò per una buona ragione: i trattati sui diritti umani stabiliscono un punto di riferimento comune transculturale valido per un ampio numero di Stati. Data la pluralità di attori coinvolti in tale processo, si hanno vantaggi epistemici considerando i diritti umani nell'interpretazione delle norme costituzionali interne. Ciò concorre tendenzialmente al miglioramento della pratica costituzionale, creando consapevolezza per i limiti cognitivi connessi al parrocchialismo nazionale. Al medesimo tempo aiuta a rafforzare la cultura dei diritti umani in generale.

I trattati sui diritti umani possono risultare rilevanti per l'interpretazione interna dei diritti costituzionali in un senso debole e in un senso forte. In senso debole, forniscono un *punto di riferimento discrezionale per il processo deliberativo*. Alcune recenti sentenze della Corte suprema statunitense hanno operato un riferimento al diritto internazionale dei diritti umani. Nella sentenza *Roper vs Simmons*, il giudice estensore Kennedy fa riferimento non a specifici strumenti internazionali sui diritti umani, ma più generalmente a un consenso internazionale⁴⁸, come conferma dell'interpretazione secondo cui la proibizione delle punizioni crudeli e inusuali contenuta nell'ottavo emendamento vieta

46. Per un utile quadro, cfr. T. Franck, A. K. Thirunvengadam, *International Law and Constitution-making*, in "Chinese Journal of International Law", vol. 2, n. 2, 2003, pp. 467-518.

47. L'autorità persuasiva, come intesa qui, si riferisce a qualsiasi «materiale [...] ritenuto rilevante per la decisione che deve essere presa dal giudice, ma [...] non vincolante per il giudice secondo la gerarchia delle fonti interne giuridicamente vincolanti». Cfr. C. McCrudden, *A Common law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*, in "Oxford Journal of Legal Studies", vol. 20, n. 4, 2000, pp. 499-532, segnatamente pp. 502-3.

48. Si sarebbe potuto citare l'art. 6(5) del Patto internazionale sui diritti civili e politici, New York 16 dicembre 1966, in vigore dal 23 marzo 1976, e l'art. 4(5) della Convenzione sui diritti del fanciullo, New York, 20 novembre 1989, in vigore dal 2 settembre 1990, nonché l'art. 37(a) della Convenzione americana dei diritti umani, San José, Costa Rica, 22 novembre 1969, in vigore dal 18 luglio 1978. Questi obblighi non erano vincolanti per gli Stati Uniti come obblighi di diritto internazionale pattizio, poiché gli Stati Uniti o non avevano firmato (nel caso della Convenzione sui diritti del fanciullo) oppure non avevano ratificato (è il caso della Convenzione americana) la convenzione di volta in volta in questione o, ancora, l'avevano ratificata ma con delle riserve relative alla pena di morte per i minori (nel caso del Patto internazionale per i diritti civili e politici). Nella misura in cui avevano firmato due di questi trattati e non rispettando i requisiti richiesti per poter fare appello alla dottrina del "persistent objector", gli Stati Uniti avevano comunque l'obbligo di rispettare i divieti imposti da queste convenzioni come materia di diritto internazionale consuetudinario.

la condanna a morte di criminali minorenni. Nel caso *Grutter vs Bollinger* la Corte fa riferimento a un trattato che riguarda questioni di discriminazione⁴⁹ per fornire ulteriore supporto alla tesi secondo cui il principio di egualanza formale non preclude certe azioni positive. Negli Stati Uniti, l'impegno verso i diritti umani, nella misura in cui esiste, è ritenuto essere discrezionale, qualcosa che una Corte federale impegnata con una questione in cui rilevino dei diritti costituzionali può reputare utile o meno, a seconda delle circostanze⁵⁰. Anche quando tale impegno sussiste, l'esistenza di un diritto internazionale dei diritti umani che regoli una certa questione non cambia l'equilibrio delle ragioni applicabili alla corretta risoluzione del caso. Il riferimento ai diritti umani ha semplicemente il fine di "confermare" una decisione o di "rendere consapevoli" di un possibile modo di pensare a una certa questione. Così le Corti statunitensi e anche buona parte della letteratura non distinguono tra l'uso delle sentenze di Corti straniere concernenti i diritti umani e il riferimento al diritto internazionale dei diritti umani. Entrambi svolgono un ruolo modesto, quali punto di riferimento discrezionale in funzione argomentativa.

Il diritto internazionale dei diritti umani può, però, essere rilevante per l'interpretazione costituzionale in un senso più forte. Innanzitutto, anziché lasciare la decisione alla discrezionalità delle Corti, alcune costituzioni *richiedono* un impegno verso il diritto internazionale dei diritti umani. Un noto esempio di Costituzione che richiede esplicitamente tale impegno è la Costituzione sudafricana. Essa stabilisce che la Corte costituzionale «debba [...] considerare il diritto internazionale pubblico applicabile per la protezione dei diritti» garantiti dalla Costituzione sudafricana⁵¹. Laddove l'impegno a considerare le decisioni di altre Corti costituzionali è meramente discrezionale⁵², l'impegno previsto verso la considerazione del diritto internazionale dei diritti umani è obbligatorio. Secondariamente, una chiara risoluzione internazionale in materia di diritti umani può essere trattata non solo come un elemento rilevante per l'interpretazione costituzionale, ma come una *presunzione prima facie* che i diritti costituzionali debbano essere interpretati coerentemente con il diritto internazionale. L'esistenza di un diritto internazionale dei diritti umani su una

49. *Grutter v. Bollinger*, 539 us 306 (2003), p. 345: qui O'Connor, nell'opinione concorrente, cita la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale (New York, 21 dicembre 1965, in vigore dal 4 gennaio 1969) e la Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (18 dicembre 1979, in vigore dal 3 settembre 1981).

50. Persino i più accaniti sostenitori del riferimento al diritto internazionale nella deliberazione da parte delle Corti insistono su questo punto: cfr. J. S. Breyer, *Active Liberty: Interpreting Our Democratic Constitution*, Knopf, New York 2005, p. 180.

51. Cfr. l'art. 35 della Costituzione del Sudafrica.

52. La Corte «può prendere in considerazione la giurisprudenza straniera su casi analoghi» (*ibid.*).

certa questione può mutare il bilanciamento delle ragioni applicabili alla corretta soluzione costituzionale di un caso.

Un simile approccio è stato adottato, ad esempio, dalla Corte costituzionale tedesca. A differenza della Costituzione sudafricana, la Costituzione tedesca non contiene uno specifico riferimento al diritto internazionale dei diritti umani come fonte per guidare l'interpretazione costituzionale. In base alla Costituzione tedesca, il diritto pattizio, dopo il processo di ratifica, assume generalmente il rango di legge ordinaria. Tuttavia, in una recente sentenza concernente i diritti costituzionali di un cittadino turco, padre di un figlio illegittimo l'adozione del quale viene impedita dalla madre, la Corte costituzionale sviluppa uno schema dottrinale che esemplifica come il diritto internazionale dei diritti umani possa essere collegato all'interpretazione costituzionale in un senso forte⁵³. Nel caso *Görgülü v. Germany*, una Corte di grado inferiore aveva deciso la questione in linea con i requisiti fissati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti CEDU), garantendo il diritto di visita al padre. La Corte inferiore citò schematicamente la necessità di applicare il diritto internazionale nella forma della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (European Court of Human Rights, d'ora in avanti ECHR) e decise in favore del padre. In appello, la Corte di grado più elevato abbandonò il riferimento alla CEDU sulla base del suo avere, in quanto diritto pattizio, rango infraccostituzionale e del suo essere, pertanto, irrilevante per determinare i diritti costituzionali dei cittadini. La Corte costituzionale giudicò difettosi entrambi gli argomenti. Piuttosto essa sostenne che «sia la mancata considerazione di una decisione della ECHR sia l'applicazione di tale decisione in modo schematico, in violazione della primazia del diritto [costituzionale] può violare i diritti fondamentali insieme al principio di *rule of law*». Diversamente, la Corte stabilì un obbligo costituzionale a considerare il diritto internazionale: «La clausola costituzionale interpretata dalla Corte europea dei diritti umani deve essere presa in considerazione nel processo decisionale; la Corte è tenuta almeno a considerarla»⁵⁴. La Corte costituzionale ritenne persino che vi fosse possibilità di agire in giudizio qualora questo dovere fosse stato violato: «Una vittima può ricorrere contro la mancata osservanza di questo dovere ritenendola una violazione del diritto fondamentale rientrante nell'ambito protetto dal diritto internazionale insieme al principio del *rule of law*»⁵⁵. La Corte, così, non solo sottolineava il dovere di considerare la CEDU nell'interpretazione della Costituzione, ma aveva anche qualcosa da dire intorno alla natura di tale impegno: il diritto internazionale, e segnatamente il diritto internazionale dei diritti

53. *Görgülü v. Germany*, 2004, 2 BvR 1481/04.

54. Ivi, par. 62, corsivo mio.

55. Ivi, par. 30.

ti umani contenuto nella CEDU, sancisce una *presunzione* in merito a quale sia la corretta interpretazione del diritto costituzionale da quest'ultima richiesta. «Nella misura in cui gli standard metodologici applicabili lasciano spazio all'interpretazione e alla valutazione degli interessi, le Corti tedesche *debbono dare priorità* all'interpretazione conforme alla Convenzione»⁵⁶. Questa presunzione non si applica nei casi in cui la costituzione è plausibilmente interpretata al fine di stabilire un livello di protezione più elevato rispetto a quello previsto dalla Convenzione. Gli standard stabiliti da quest'ultima forniscono una base presuntiva, ma non una base per la diminuzione della tutela.

Non è questa la sede per analizzare i meriti riconoscibili rispettivamente al modo debole e al modo forte di rapportarsi con il diritto internazionale dei diritti umani nel contesto dell'interpretazione costituzionale, benché questo sia il punto della questione. Neppure è questo il luogo per analizzare le differenze relative al contesto giuridico, politico e culturale capace di spiegare e, in certa misura, di giustificare le differenze tra gli approcci della Corte suprema statunitense e della Corte costituzionale tedesca. Mi propongo solo di illustrare come specifiche caratteristiche dei trattati sui diritti umani diano luogo, sul piano interno, a un insieme peculiare di pratiche giudiziali solo debolmente riconducibile alla dottrina standard che regola l'applicazione dei trattati nel diritto interno. Le caratteristiche specifiche di queste pratiche giudiziali interne sono meglio spiegate, giustificate e affrontate nei termini dei principi giurisdizionali, procedurali e relativi al risultato su cui il modello costituzionale si focalizza.

5. IMPEDIMENTO DELLA “MIGRAZIONE” DI IDEE INCOSTITUZIONALI? I DIRITTI COSTITUZIONALI E IL CONTROLLO INTERNO DELLE DECISIONI DELLE ISTITUZIONI INTERNAZIONALI

È proprio degli atti delle istituzioni internazionali l'essere soggetti a esame costituzionale? Le istituzioni internazionali, dall'Unione Europea alle Nazioni Unite, hanno un ruolo sempre più importante da svolgere nella *governance* globale. Gli Stati hanno delegato parte della loro autorità a queste istituzioni, al fine di affrontare con maggiore effettività i compiti specifici all'interno della loro giurisdizione⁵⁷. Le decisioni di tali istituzioni incidono direttamente sulle vite delle persone, creando situazioni nelle quali sono in gioco i diritti costituzionali o umani di individui. Quando queste decisioni sono imposte a livello interno, le Corti nazionali dovrebbero applicarvi quei medesimi standard, relativi ai diritti costituzionali, che esse applicano agli atti delle autorità nazionali?

56. Ivi, par. 62.

57. T. M. Franck (ed.), *Delegating State Powers: The Effect of Treaty Regimes on Democracy and Sovereignty*, Transnational Publishers, Ardsley (ny) 2000.

Emergono a questo proposito due opposte intuizioni. La prima sottolinea la natura dell'autorità giuridica sotto cui le istituzioni internazionali operano. Le istituzioni internazionali sono generalmente basate su trattati conclusi tra Stati. A questi trattati è assegnato un particolare rango nel diritto interno. Se i trattati danno luogo a istituzioni competenti a decidere in una certa area, queste decisioni derivano la loro autorità dal trattato e dovrebbero pertanto avere al massimo il medesimo rango del trattato, in base a quanto previsto dal diritto interno. Poiché in molti ordinamenti i trattati hanno un rango infraco-costituzionale, ogni decisione da essi derivata e fatta valere a livello interno deve sottostare agli standard costituzionali.

L'intuizione opposta si fonda su argomenti che guardano alla funzione. Le costituzioni hanno la funzione di organizzare e vincolare le autorità pubbliche interne, non quella di vincolare e orientare le istituzioni internazionali. Inoltre, le istituzioni internazionali funzionano tipicamente per affrontare certi problemi di coordinazione che non potrebbero essere affrontati efficacemente a livello interno dai singoli Stati. Il fatto che questi ultimi sottopongano le decisioni delle istituzioni internazionali a standard costituzionali mina l'effettività delle istituzioni internazionali ed è in contrasto con la loro funzione. Cosicché, sia la funzione della costituzione che quella delle istituzioni internazionali suggeriscono che i diritti costituzionali non dovrebbero essere affatto applicati nelle decisioni assunte dalle istituzioni internazionali.

Nella recente sentenza *Bosphorus*⁵⁸, la ECHR pose proprio questo tipo di questione e lo fece sviluppando uno schema dottrinale che può fungere da esempio per l'impostazione appena descritta. Per semplificare, il ricorrente, Bosphorus, era una compagnia aerea turca per voli charter che aveva affittato due aeromobili 737-300 da Yugoslav Airlines. Uno di questi aeromobili che operava per conto di Bosphorus fu sequestrato dal governo irlandese nell'aeroporto di Dublino. Con il sequestro, il governo irlandese applicò il Regolamento europeo 990/93, che a sua volta applicava la risoluzione n. 820/1993 del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite. Tale risoluzione era una delle varie risoluzioni che fissavano sanzioni contro la Repubblica federale di Jugoslavia all'inizio degli anni Novanta del Novecento, come una delle misure tese a rispondere al conflitto armato e alle violazioni dei diritti umani là in corso. La risoluzione disponeva che gli Stati dovessero sequestrare, tra le altre cose, tutti gli aeromobili presenti sul loro territorio rispetto ai quali un interesse di maggioranza o il controllo fosse posseduto da un soggetto che finanziasse la, od operasse a partire dalla, Repubblica federale di Jugoslavia. In quanto terzo innocente che operava e controllava l'aeromobile, Bosphorus affermò che era

58. Case 45036/98 *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland*, 2005 ECHR 440.

stato violato il suo diritto al pacifico godimento del possesso dell'aeromobile in base all'art. 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione europea⁵⁹.

La ECHR, naturalmente, non è una Corte costituzionale, bensì una Corte istituita tramite un trattato in base al diritto internazionale. Tuttavia, con riferimento alla questione che affrontava in quel caso, essa veniva parificata a una Corte costituzionale interna. Proprio perché il Consiglio di sicurezza o l'Unione Europea – le due istituzioni internazionali le cui decisioni hanno condotto al sequestro del velivolo – non sono autorità pubbliche direttamente soggette al controllo costituzionale interno, non sono direttamente sottoposti alla giurisdizione della ECHR. Poiché soltanto le autorità pubbliche nazionali sono generalmente destinatarie delle norme costituzionali, la ECHR si rivolge alle autorità pubbliche degli Stati parti.

Nella propria argomentazione, la Corte iniziò adottando un approccio formale. Erano in questione non gli atti dell'Unione Europea o delle Nazioni Unite, bensì gli atti del governo irlandese, che aveva sequestrato l'aeromobile. Questi atti si configuravano senza dubbio come una violazione degli interessi protetti del ricorrente in base alla Convenzione. La domanda è se l'azione del governo fosse giustificata. Sulla base della clausola di limitazione applicabile, le azioni del governo erano giustificate se raggiungevano un equo bilanciamento tra le esigenze dell'interesse generale in quelle circostanze e gli interessi della compagnia⁶⁰. Le azioni del governo devono realizzare il requisito della proporzionalità. È a questo punto che la Corte considera il fatto che il governo irlandese, sequestrando il velivolo, stesse semplicemente osservando obblighi internazionali. La ECHR ritenne che il rispetto del diritto internazionale costituisse chiaramente un interesse legittimo. La ECHR riconobbe «la crescente importanza della cooperazione internazionale e del conseguente bisogno di assicurare il corretto funzionamento delle organizzazioni internazionali». Tuttavia ciò non significava automaticamente che uno Stato potesse fare leva sul diritto internazionale per sollevarsi dagli obblighi verso i diritti umani contrattati in base alla Convenzione europea. Invece la ECHR «riconciliò» i principi in conflitto – assicurando l'effettività delle istituzioni internazionali e l'idea di legalità internazionale, da un lato, e gli interessi relativi al risultato (l'effettiva protezione dei diritti umani in base alla Convenzione europea), dall'altro – fissando uno schema dottrinale che raggiunge un equilibrio tra gli interessi concorrenti.

59. L'art. 1 del protocollo n. 1 della Convenzione europea recita: «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al godimento pacifico dei propri beni. Nessuno sarà privato dei propri beni fatta eccezione per ragioni di pubblico interesse e sulla base di condizioni fissate dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le precedenti disposizioni non dovranno, comunque, in alcun modo diminuire il diritto di uno stato a far valere tali leggi se lo ritenga necessario per controllare l'uso della proprietà secondo l'interesse generale o per garantire il pagamento delle tasse o di altri contributi o sanzioni».

60. Cfr. *Bosphorus*, par. 149.

In primo luogo, la ECHR ritenne che l'azione dello Stato intrapresa in conformità con gli obblighi internazionali sia generalmente giustificata – nella misura in cui l'organizzazione rilevante sia ritenuta proteggere i diritti fondamentali – per quanto attiene sia alle garanzie sostanziali offerte sia ai meccanismi di controllo sulla loro osservanza, in un modo che può essere considerato almeno equivalente a quello previsto dalla Convenzione⁶¹. Se un'istituzione internazionale fornisce tale protezione equivalente, questa stabilisce una *generale presunzione* a favore dell'idea che uno Stato non si discosti da quanto richiesto dalla Convenzione quando esso semplicemente implementa obblighi giuridici che scaturiscono dall'appartenenza a tale organizzazione internazionale. Se nessuna protezione equivalente dei diritti umani è fornita da tale istituzione internazionale, la ECHR sottoporrà l'azione dello Stato al medesimo standard che sarebbe applicabile se esso agisse sulla base dell'ordinamento interno anziché obbedendo al diritto internazionale. Quando si può applicare una presunzione generale, essa può essere rigettata in circostanze particolari, allorquando la protezione dei diritti prevista dalla Convenzione fosse *manifestamente deficitaria*⁶².

In tali circostanze, la Corte dapprima stabili che la base giuridica internazionale su cui effettivamente il governo irlandese poggiava era il Regolamento comunitario che applicava la Risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite e *non* la Risoluzione stessa, la quale non godeva di uno *status* indipendente nel diritto irlandese. Essa si impegnò, poi, in un'approfondita analisi degli accordi sostanziali e procedurali della Comunità europea, nella misura in cui essi interessano la protezione dei diritti umani. Considerato il particolare ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee (d'ora in avanti CGCE) come difensore di ultima istanza dei diritti umani nell'Unione Europea, la ECHR concluse che la Comunità europea fosse un'istituzione internazionale a cui si poteva applicare la presunzione. Poiché tale presunzione non era stata rigettata in quel caso, la Corte ritenne che il governo irlandese non avesse violato la Convenzione sequestrando il velivolo.

Questo approccio può essere in generale soddisfacente con riferimento alle misure legislative prese dalla Comunità europea e riflette la sensibilità verso i principi costituzionali. Ma in un senso importante esso elude la questione. In questo caso, la Comunità europea stessa aveva semplicemente stabilito di legiferare applicando meccanicamente una Risoluzione del Consiglio di sicurezza. Ed è assai dubbio che la Corte di Strasburgo avrebbe ritenuto che le decisioni del Consiglio di sicurezza meritassero lo stesso tipo di presunzione di adesione alle

61. Ivi, par. 155. La sentenza *Bosphorus* sviluppa ulteriormente la giurisprudenza della ECHR a questo proposito, cfr. il caso 1325/87, *M. & Co. v. Federal republic of Germany*, 1990, 64 DR 138 e il caso 21090/92 *Heinz v. Contracting State saldo Parties to the European Patent Convention*, 1994, 76° DR 125.

62. *Bosphorus*, par. 156.

norme sui diritti umani delle decisioni della Comunità europea. Si può tranquillamente dire che i cittadini europei sono adeguatamente protetti contro gli atti della Comunità europea in generale. Ma proprio questo solleva il problema di quale sia il livello di protezione adeguato, quando la decisione sostanziale sia presa *non* dalle istituzioni comunitarie, ma dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite. Come dovrebbe procedere la CGCE nel valutare, ad esempio, se il Regolamento 990/93, che applicava la Risoluzione del Consiglio di sicurezza, violi i diritti di Bosphorus garantiti dalla Comunità europea? Dovrebbe tale Corte, esaminando il citato Regolamento in base agli standard sui diritti umani della Comunità europea, accordare una speciale preferenza al Regolamento, perché esso applica gli obblighi del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite?

Non è difficile indovinare che cosa farebbe la CGCE. Essa aveva già affrontato la questione. Bosphorus aveva già avanzato ricorso presso le Corti irlandesi prima di rivolgersi alla Corte di Strasburgo. La Corte suprema irlandese operò un preliminare riferimento alla CGCE in base all'art. 234 del Trattato istitutivo della Comunità europea, per chiarire se il diritto comunitario richiedesse o meno il sequestro del velivolo o se tale interpretazione del Regolamento costituisse una violazione dei diritti umani garantiti dall'ordine giuridico europeo. Nel valutare se il Regolamento fosse sufficientemente rispettoso dei diritti di proprietà di Bosphorus e del suo diritto al libero perseguitamento dell'attività commerciale, la CGCE applicò in definitiva un test di proporzionalità⁶³. Gli obiettivi generali della Comunità europea devono essere proporzionali nelle circostanze del caso per poter infrangere gli interessi di Bosphorus.

In che modo, allora, è rilevante che il Regolamento comunitario applichi una Risoluzione del Consiglio di sicurezza? All'interno del test di proporzionalità la Corte sottolineava che il Regolamento comunitario contribuiva all'applicazione, a livello comunitario, delle sanzioni previste dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite contro la Repubblica federale di Jugoslavia. Tuttavia, a differenza della ECHR, la CGCE non proseguì sviluppando regole di deferenza che stabilissero presunzioni di alcun tipo. Invece il fatto che il Regolamento comunitario implementasse una decisione del Consiglio di sicurezza fu considerato come *un fattore* che assegnava peso maggiore alle finalità sostanzive del Regolamento da considerare. Il principio di legalità internazionale era uno dei termini nell'intera equazione. Il proposito di applicare una decisione di un'istituzione internazionale aggiungeva ulteriore peso al fine sostanziale, proprio del Regolamento, di persuadere il governo jugoslavo a cambiare il proprio comportamento e concorreva all'introduzione della pace e della sicurezza nella regione. Ma una lettura caritatevole della sentenza suggerisce anche che, a

63. Case C-84/95, *Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Minister for transport, Energy and Communications and Others*, 1997, ECR I-2953, parr. 21-26.

considerazioni formali e sostanziali, venivano aggiunte considerazioni giurisdizionali: la Corte sottolineava il fatto che gli interessi considerati dal Consiglio di sicurezza riguardavano la pace e la sicurezza internazionali e la cessazione dello stato di guerra. Tali interessi riguardavano direttamente la guerra e la pace, una questione tipicamente lasciata alla giurisdizione di un'istituzione internazionale come le Nazioni Unite. Gli interessi giurisdizionali, allora, assegnano un peso ulteriore al fatto che le Nazioni Unite avessero preso una decisione vincolante in materia. In queste circostanze, il principio di legalità internazionale assume un peso particolare. La Corte concludeva che: «Messo a confronto con un obiettivo di interesse generale tanto fondamentale *per la comunità internazionale* [...] il sequestro dell'aeromobile in questione, di proprietà di un'impresa con sede sociale nella [...] Repubblica federale jugoslava, non può ritenersi inappropriato o sproporzionato»⁶⁴.

All'interno dello schema utilizzato dalla CGCE, sia il principio di legalità internazionale che le considerazioni giurisdizionali erano fattori su cui la Corte faceva leva nel determinare se, tutto considerato, le misure comunitarie così come applicate a Bosphorus in quel caso fossero proporzionate. Gli interessi relativi al risultato non scomparivano dal quadro. Anzi, all'interno dell'analisi della proporzionalità, gli interessi sostanziali – raggiungendo un ragionevole bilanciamento tra interessi concorrenti – strutturavano l'intera indagine e di essa rimanevano il punto focale. Tuttavia, che cosa sia rilevante come esito ragionevole dalla prospettiva di un'istituzione regionale quale l'Unione Europea è giustamente influenzato in qualche misura da ciò che la comunità internazionale ritiene appropriato, quando affronta attraverso le Nazioni Unite l'interesse della pace e della sicurezza interne a uno Stato. Per quanto ciò possa non rilevare in questo caso, le sanzioni decise dall'Unione Europea sotto gli auspici del Consiglio di sicurezza possono essere giudicate proporzionate dalla Corte di giustizia europea, anche quando le medesime sanzioni imposte unilateralmente dall'Unione Europea possano reputarsi sproporzionate e costituire pertanto una violazione di diritti.

Gli approcci adottati dalla CEDU e dalla CGCE riflettono entrambi l'impegno verso il tipo di interessi morali sopra indicati. L'approccio più categorico della CEDU è preferibile rispetto a istituzioni, quale l'Unione Europea, che vantano meccanismi di protezione dei diritti umani relativamente avanzati. Con riferimento a un'istituzione di questo tipo, una presunzione di adesione ai diritti umani appare appropriata, poiché previene un'inutile duplicazione delle funzioni e le inefficienze. Per altro verso, anche quando una tale presunzione non si applica, vi sono ancora interessi che riguardano il principio di legalità internazionale. Qui il tipo di approccio assunto dalla Corte di giustizia nel caso Bosphorus sembra essere quello corretto.

64. Ivi, par. 26, corsivo mio.

Eppure il caso delle Risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite può aiutare a portare alla luce un’ulteriore complicazione. È improbabile che la CEDU riterrebbe le risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite meritevoli di una presunzione di compatibilità. Sotto il profilo procedurale, il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite coinvolge solo i rappresentanti di un numero contenuto di Stati, peraltro, in base alle regole attuali, selezionati piuttosto arbitrariamente⁶⁵. La loro attività decisionale collettiva è spesso, per usare un eufemismo, non del tutto trasparente.

Le risoluzioni adottate dal Consiglio in questi ultimi anni per combattere il terrorismo, in particolare, illustrano la gravità del problema⁶⁶. Tali risoluzioni sanciscono tipicamente il dovere di uno Stato di imporre severe sanzioni nei confronti di individui o istituzioni che si ritengano associati al terrorismo. I beni sono congelati e le ordinarie attività economiche rese impossibili quando un individuo o un soggetto giuridico appaia nella lista. Il contenuto della lista è determinato con procedure segrete dal Comitato per le sanzioni istituito dalla risoluzione. Fino a un periodo molto recente, queste procedure non richiedevano neppure che uno Stato che volesse che un soggetto risultasse nella lista fornisse delle ragioni per questa richiesta⁶⁷. Se uno Stato propone che un nome sia inserito, esso viene inserito, a meno che vi siano specifiche obiezioni da parte di un altro Stato. Non vi è un processo di partecipazione significativa alla base delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite e non vi è un processo all’interno del Comitato per le sanzioni che neppure si avvicini a fornire quel tipo di garanzie procedurali amministrative e legali sulle quali giustamente si insiste a livello domestico, al fine di prendere misure di questo tipo.

A tali lacune non si pone rimedio attraverso rilevanti valutazioni nel corso della fase di applicazione in Europa. L’implementazione della Risoluzione del Consiglio di sicurezza da parte della Comunità europea⁶⁸ non comporta alcuna procedura o alcuna valutazione sostantiva circa le ragioni di inclusione nella lista. L’implementazione è automatica. Il fatto che un certo nome compaia nella lista come stabilito dal Consiglio di sicurezza è ritenuto una ragione sufficiente per applicare la legge ad aggiornare le liste. Quando il Comitato per le

65. La composizione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, segnatamente con riguardo ai membri permanenti, riflette la situazione della Comunità internazionale alla fine della Seconda guerra mondiale. Gli attuali propositi di riforma si focalizzano sulla creazione di un corpo maggiormente rappresentativo, che includa una più forte presenza di paesi del Sud America, dell’Asia e dell’Africa.

66. Cfr. K. L. Scheppelle, *The Migration of Anti-constitutional Ideas: The Post/11 Globalization of Public Law and the International State of Emergency*, in S. Choudhry (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, pp. 347-73.

67. Una ragione debole che fornisce un prerequisito è stata fissata dalla Risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite 1617 (2005).

68. Cfr. il Regolamento della Commissione europea n. 881/2002.

sanzioni decide di correggere la lista delle persone cui sono da applicarsi le sanzioni, l'Unione Europea corregge l'implementazione del Regolamento, che è la base giuridica per la sua conseguente imposizione negli Stati membri⁶⁹. Gli Stati membri dell'Unione Europea hanno congelato i beni di circa 450 persone e organizzazioni incluse nella lista.

Inoltre, non vi sono procedimenti di controllo amministrativo né altre procedure di controllo giuridico che diano agli individui una minima, non dico adeguata, protezione contro errori o abusi commessi dai singoli Stati rappresentati nel Comitato per le sanzioni. L'unico "rimedio" a disposizione degli individui e dei gruppi colpiti dal congelamento dei beni è quello di ricorrere al loro governo, il quale può allora esercitare la rappresentanza diplomatica presso il Comitato per le sanzioni del Consiglio di sicurezza per ottenere la cancellazione, qualora gli Stati membri rappresentati accettino all'unanimità.

Chiaramente, le serie lacune presenti al livello delle procedure politiche in questo contesto dovrebbero essere incluse nello schema della CGCE per valutare le violazioni dei diritti umani commesse mediante l'implementazione di misure concernenti Risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite di questo tipo. Ciò, almeno, sarebbe richiesto dal principio di adeguamento procedurale all'interno del modello costituzionalista qui sviluppato. E questo difficilmente si potrebbe fare. Infatti, fintantoché vi sono rilevanti aspetti di inadeguatezza sottesi al processo di decisione internazionale, qualsiasi peso assegnato al principio di legalità all'interno dell'analisi della proporzionalità dovrebbe ritenersi neutralizzato dalla presenza di opposti interessi procedurali.

L'applicazione a casi che sono stati filtrati attraverso il sistema della Corte di Strasburgo negli anni recenti, senza dubbio, minerebbe in modo significativo l'imposizione di sanzioni secondo quanto richiesto dalle Risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite. Nondimeno, l'effetto di interventi giudiziali vincolanti è probabilmente salutare. Se la Corte dovesse escludere, in quanto incompatibile con i diritti umani previsti dall'ordine europeo, la rilevante violazione di interessi individuali senza adeguate garanzie procedurali, questo creerebbe un incentivo per gli attori europei a usare il loro peso politico per contribuire significativamente a migliorare le procedure usate dal Comitato per le sanzioni nel decidere chi inserire nella lista e quando cancellarlo e rafforzerebbe la loro capacità di fare questo. Se queste domande non trovano risposta, il regime delle sanzioni semplicemente non risulta implementabile a

69. Cfr., ad esempio, il Regolamento della Commissione europea n. 1378/2005 del 22 agosto 2005, che corregge per la cinquantaduesima volta l'applicazione originaria del Regolamento n. 881/2002. Al fine di soddisfare il prerequisito previsto dall'art. 253 dell'ECT, la Commissione stabilì solo che «il 17 agosto 2005, il Comitato per le sanzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite decise di modificare la lista delle persone, dei gruppi e delle entità a cui si doveva applicare il congelamento dei beni. L'allegato 1 dovrebbe pertanto essere corretto di conseguenza».

livello domestico. Gli Stati dovrebbero istituire meccanismi di controllo indipendenti che soddisfino dei requisiti minimi. In questo modo le Corti europee che applicano i diritti umani riconosciuti nell'ordine europeo aiuterrebbero a impedire la migrazione di idee incostituzionali dal livello internazionale al livello regionale e nazionale, pur fornendo agli attori politici i corretti incentivi a usare la loro influenza per migliorare le procedure di *governance* globale.

Tuttavia la Corte europea di prima istanza nel primo⁷⁰ di molti casi⁷¹ ammessi allo stadio di merito⁷² si tenne lontana dal compiere questo passo. Invece, a differenza sia della CGCE che della ECHR, essa adottò un approccio chiaramente monista. Cominciò con l'affermare la trita verità che la Risoluzione del Consiglio di sicurezza fosse vincolante in base al diritto internazionale e prevalesse su tutti gli altri obblighi internazionali. Ma da questo punto di partenza giunse a concludere che «le violazioni dei diritti fondamentali protetti dall'ordine giuridico comunitario [...] non possono inficiare la validità di una misura decisa dal Consiglio di Sicurezza o il suo effetto nel territorio della Comunità europea»⁷³. Gli unici standard che potrebbero vincolare tali decisioni sono i principi di *ius cogens*, che la Corte non ritenne fossero stati violati in quel caso⁷⁴. Si può sperare che, nel ricorso alla CGCE e nelle possibili ulteriori revisioni da parte della Corte di Strasburgo, le sensibilità costituzionali di queste Corti porteranno a escludere l'implementazione di norme comunitarie incompatibili con la garanzia dei diritti umani previsti dall'ordine europeo⁷⁵.

70. Caso T-306/01, *Yusuf and Al-Barakaat International Foundation v. Council and Commission* (2005) ECR. Cfr. anche il caso T-315/01.

71. Vi sono approssimativamente quindici casi di questo tipo nel calendario della Corte.

72. Cfr., ad esempio, i casi T-229/02 e i casi connessi T-110/03, T-150/03 e T-405/03.

73. Caso T-306/01 par. 225.

74. Vi sono tracce di un chiaro pensiero costituzionalista nella concezione innovativa dello *ius cogens* elaborata dalla Corte. Essa riconosceva che il diritto di accesso alle Corti, ad esempio, era protetto dallo *ius cogens*, ma che, in quanto norma di *ius cogens*, i suoi limiti dovessero essere visti in senso ampio. Nel valutare questi limiti, la Corte applica essenzialmente un test di proporzionalità altamente rispettoso dei principi del modello costituzionale: data la natura della decisione del Consiglio di sicurezza e gli obiettivi legittimi perseguiti, dati inoltre gli impegni del Consiglio di sicurezza al controllo periodico delle proprie decisioni, nelle circostanze del caso l'interesse dei ricorrenti ad accedere a una Corte di merito non basta a superare l'interesse pubblico essenziale perseguito dal Consiglio di sicurezza (cfr. parr. 343-345). Per quanto l'approccio adottato dalla Corte verso lo *ius cogens* sia promettente e difendibile, i risultati raggiunti non lo sono.

75. Una ragione della riluttanza dell'*European Company Financial Information* verso l'adozione di una posizione diversa da quella monista è l'introduzione dell'art. I-3 s(4) del Trattato costituzionale, il quale stabilisce che «la stretta osservanza e lo sviluppo del diritto internazionale, incluso il rispetto per i principi della Carta delle Nazioni Unite» sono un obiettivo dell'Unione Europea. L'Assemblea costituzionale che redasse il trattato costituzionale stava deliberando queste clausole nel contesto di ciò che era generalmente considerato come uno sfacciato disprezzo degli Stati Uniti per il diritto internazionale e le Nazioni Unite, specificatamente nel contesto della guerra in Iraq, che causava grandi dimostrazioni nelle capitali europee, incluse Londra, Roma e

Prendere il diritto internazionale sul serio non richiede un'incondizionata deferenza verso un regime di sicurezza globale gravemente difettoso⁷⁶. Al contrario, la prospettiva di sottoporre queste decisioni a un significativo controllo potrebbe aiutare a determinare delle riforme al livello delle Nazioni Unite. La prospettiva stessa di un controllo sulla decisione effettuato dalla CGCE ha già aiutato a mobilitare la discussione sui tentativi di riforma al livello delle Nazioni Unite. Se questi sforzi porteranno dei frutti, si può sperare che la CGCE avrà motivo per non insistere sulla necessità di un controllo indipendente del rispetto dei diritti nei singoli casi.

6. CONCLUSIONI: TECNICHE E DISTINZIONI DELL'AUTORITÀ GRADUATA

I principi costituzionali fissano un quadro normativo per giudicare e guidare le Corti interne nel loro tentativo di rapportarsi al diritto internazionale in un modo che rende giustizia sia agli impegni costituzionali sia alle crescenti esigenze che spingono verso la creazione di un sistema giuridico internazionale. Vi sono tre interessanti caratteristiche strutturali proprie di ogni insieme di dottrine che riflettono un impegno verso il modello costituzionale.

In primo luogo, le Corti assumono un approccio significativamente più variegato di quello suggerito dalle tradizionali norme di conflitto⁷⁷. I trattati non sono posti tutti sullo stesso piano, anche se, sotto il profilo costituzionale, radicate norme di conflitto suggeriscono che così dovrebbe essere. Al contrario, le dottrine utilizzate nella decisione sono sensibili alla specifica materia oggetto del trattato e alle considerazioni giurisdizionali che spiegano la sua particolare funzione, come l'esempio dei trattati sui diritti umani ha mostrato. Inoltre, il caso del riferimento da parte della ECHR alle istituzioni internazionali illustra come le considerazioni relative al risultato siano un fattore rilevante per valutare l'autorità della sua decisione.

In secondo luogo, lo schema dottrinale emergente suggerisce un'autorità più *graduata* rispetto a quella espressa dall'idea tradizionale delle norme di conflitto stabilite dalla Costituzione. Gli schemi dottrinali analizzati negli esempi illustrano uno *spostamento dalle norme di conflitto a quelle che si potrebbero denominare "norme di impegno"*. Queste ultime assumono peculiarmente le forme di un dovere di prendere in considerazione il diritto internazionale come elemento dotato di un certo peso o per formulare presunzioni di un certo

Madrid. Un impegno verso la legalità internazionale, in particolare in materia di sicurezza, può certo essere divenuto una parte centrale dell'identità europea.

76. Cfr. Scheppel, *The Migration of Anti-costitutional Ideas*, cit.

77. Cfr. anche M. Riesman, *The Democratization of Contemporary International Law-making Processes and the Differentiation of their Application*, in R. Wolfrum, V. Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty-making*, Springer, Berlin 2005, p. 15.

tipo. La vecchia idea del ricorso al diritto internazionale come “canone di costruzione” indica la giusta direzione, ma non inizia neppure a catturare la ricchezza e la sottigliezza degli schemi dottrinali elaborati. Anche l’idea di un “dialogo tra le Corti” è una risposta a questo mutamento. Essa cattura la forma ragionata che l’impegno verso il diritto internazionale spesso assume. Ma anche questa idea è insufficiente sotto il profilo concettuale. Essa non risulta sufficientemente sensibile alle pretese graduate di autorità che vari schemi dottrinali hanno costruito al proprio interno. Le questioni davvero interessanti riguardano le strutture dell’autorità graduata costruite negli schemi dottrinali: chi ha bisogno di guardare a che cosa e quale tipo di considerazione deve essere riconosciuta a ciò che viene detto e fatto⁷⁸.

Infine, sotto il profilo giurisprudenziale, la pratica è più complessa di quanto i modelli tradizionali suggeriscano. L’idea tradizionale per cui la gestione del rapporto tra diritto interno e diritto internazionale avviene per mezzo di consolidate norme di conflitto, intrecciate con la costituzione e individuate nelle fonti del diritto internazionale, è profondamente debitrice nei confronti della concezione giuspositivistica. Essa suggerisce che la costituzione sia la fonte delle norme di conflitto applicabili. A loro volta, queste norme di conflitto costituzionali sono esse stesse tipicamente organizzate intorno alle fonti del diritto internazionale: ai trattati e al diritto internazionale consuetudinario viene assegnato uno *status* particolare e distinto nell’ordine giuridico interno. Entrambe le idee sono seriamente messe in crisi dalla pratica attuale, che è conforme alla dottrina costituzionale. Tale pratica suggerisce che i principi morali relativi alla legalità internazionale, alla giurisdizione, alle procedure e agli esiti hanno un ruolo molto più centrale nella spiegazione e nella guida della pratica giuridica. Questi principi non sono estranei alla democrazia costituzionale liberale adeguatamente intesa né al diritto internazionale. Ma la loro forza deriva dalla loro capacità di dare conto della pratica giuridica e di svilupparla in un modo che ne realizzi l’integrità.

78. Vi sono altri due modi in cui il paradigma del “discorso tra le Corti” non è utile. Esso sottovaluta il significato della distinzione tra diritto internazionale e diritto straniero. Al di fuori dell’area dei diritti umani, le ragioni che supportano l’impegno nella considerazione giudiziale verso il diritto straniero sono in genere assai più deboli delle ragioni a favore della considerazione del diritto internazionale. Senza alcunché di strano, in molte giurisdizioni queste differenze si riflettono nelle differenti strutture dottrinali che riguardano la considerazione del diritto internazionale. Inoltre, l’idea del “dialogo tra le Corti” è eccessivamente focalizzata su queste ultime. La diffusione delle Corti costituzionali e delle Corti internazionali è chiaramente un fattore che alimenta le tendenze qui descritte. Ma questo cambiamento non riguarda solo le Corti che si interessano all’attività di altre Corti. Esso riguarda le Corti nella misura in cui prendono in considerazione le varie istituzioni che interpretano il diritto internazionale.