

Conflitti tra paradigmi internazionali: gerarchia *versus* integrazione sistemica*

ABSTRACT

The international legal order lacks both a hierarchy of norms and a centralised judicial system for consistent interpretation and resolution of norm conflicts. This article considers the competing paradigms of human-right-based hierarchy and systemic integration and analyses case law in order to establish which one dominates judicial practice in norm conflict resolution. The authors argue that where human rights clash with other international obligations, judicial bodies tend to favour systemic integration, e.g. through harmonious interpretation, above conflict resolution through the acknowledgment of a human rights-based hierarchy. Whereas this reduces the relevance of the formal recognition of a hierarchy of human rights norms, it also opens up the possibility of increased accommodation of human rights within other international legal regimes.

KEYWORDS

Interpretation and International law – Norms Conflicts – Hierarchy and International Legal Order – Human Rights – International Legal Regimes.

1. INTRODUZIONE

Negli ordinamenti giuridici interni alcune norme sono di natura costituzionale e di conseguenza gerarchicamente superiori alle norme ordinarie¹. La gerarchia delle fonti si fonda sul sistema di valori di uno specifico ordinamento costituzionale². Gli ordinamenti giuridici interni prevedono anche un sistema giudiziario, il cui compito è quello di applicare e interpretare le norme giuridiche risolvendone gli eventuali conflitti³.

* Traduzione dall'inglese di Emanuela Roman.

1. Hans Kelsen sostiene che il diritto interno non è un sistema di «norme coordinate» che operano fianco a fianco allo stesso livello, «ma una gerarchia di diversi livelli di norme» (H. Kelsen, 1961, 115).

2. D. Shelton, 2006.

3. H. Kelsen, 1961.

Il diritto internazionale viene tradizionalmente visto come un sistema orizzontale di norme giuridiche⁴. Oltre all'assenza di una gerarchia chiara, all'ordinamento internazionale manca anche un sistema centralizzato di applicazione della legge⁵. La funzione del giudice internazionale è perciò limitata rispetto a quella del giudice nazionale. Questo non implica solo che l'applicazione del diritto internazionale resta un processo decentralizzato, ma anche che l'ordinamento internazionale manca di un meccanismo giudiziario che garantisca l'interpretazione coerente del diritto e la risoluzione dei conflitti tra norme.

La risoluzione dei conflitti tra norme è il modo in cui organi giudiziari in una particolare situazione riconciliano obblighi (apparentemente) incompatibili che sorgono da norme diverse, ciascuna delle quali è vincolante per uno specifico attore internazionale. Quando sono considerati incompatibili due obblighi giuridici internazionali? In questo articolo tale incompatibilità – e per estensione il concetto di conflitto tra norme – è definito in due modi, in senso stretto o in senso ampio. In senso stretto, un conflitto definisce quelle situazioni in cui dare applicazione ad un obbligo internazionale conduce inevitabilmente ad una violazione di un altro obbligo o diritto⁶. Una definizione ampia di conflitto tra norme (a volte detto anche «conflitto apparente») si riferisce, invece, a situazioni in cui l'adempimento di un obbligo di diritto internazionale non conduce necessariamente ad una violazione di un'altra norma, ma piuttosto ad una sua limitazione o anche alla limitazione di tutti i diritti e/o obblighi in questione⁷.

I conflitti in senso ampio possono spesso essere risolti attraverso l'interpretazione armonizzante, per mezzo della quale i diversi diritti e/o obblighi derivanti dai vari regimi giuridici internazionali vengono bilanciati l'uno con l'altro. Questo tipo di bilanciamento è anche noto come «interazione tra regimi». I conflitti che possono essere risolti attraverso l'interpretazione sono talvolta considerati conflitti solo apparenti, anziché autentici. Per alcuni autori i conflitti autentici sono solo quelli che rimangono irrisolvibili nonostante i tentativi di applicare i metodi dell'interpretazione armonizzante⁸.

4. P. Dupuy, 2008, 14-6.

5. Si può sostenere che la Corte internazionale di giustizia sia la corte centrale che fa rispettare internazionalmente le norme giuridiche applicabili, poiché il suo ambito non è limitato ad un particolare sotto-regime giuridico internazionale. Tuttavia, la giurisdizione di questa corte nel dirimere controversie internazionali è gravemente ostacolata dal fatto che dipende dal consenso dello Stato e che solo gli Stati possono essere parti dei procedimenti contenziosi.

6. W. Jenks, 1953.

7. Per una discussione si vedano, *inter alia*: M. Milanovic, 2010; 2009, 71-2; E. Vranes, 2006; J. Pauwelyn, 2003, 176.

8. M. Milanovic, 2011, 102. Usare il termine «conflitto apparente» come sinonimo di «conflitto ampio» può, tuttavia, essere fuorviante. Potrebbe causare l'impressione che un conflit-

La pratica giudiziaria indica che i conflitti tra norme, in senso ampio e in senso stretto, si manifestano tipicamente tra obblighi relativi ai diritti umani, da un lato, e altre categorie di obblighi internazionali dall'altro, in particolare: immunità, estradizione e non-refoulement, pace internazionale e sicurezza, commercio e investimenti, e diritto ambientale⁹. Talvolta ci si può trovare ad affrontare anche un conflitto tra diversi obblighi relativi ai diritti umani; questo può essere definito come un conflitto intra-regime.

Questo contributo considera i paradigmi concorrenti della gerarchia delle norme e dell'integrazione sistematica, e analizza la giurisprudenza allo scopo di stabilire quale dei due paradigmi domini la pratica giudiziaria. Questo contributo si rifà ai risultati di uno studio più ampio della pratica degli organi giudiziari nazionali e internazionali relativa ai conflitti tra norme e nello specifico tra, da un lato, i diritti umani e, dall'altro, gli altri sotto-regimi di diritto internazionale pubblico citati sopra¹⁰.

Ai fini di questo studio, gli organi giudiziari internazionali considerati includono corti e tribunali regionali sovranazionali e internazionali (comprese quelle penali e arbitrali), nonché organi quasi-giudiziari. Questi organi giudiziari internazionali e le corti nazionali forniscono preziose prove empiriche di quali norme siano formalmente riconosciute, nelle decisioni giudiziarie, come le norme gerarchicamente superiori dell'ordinamento internazionale, e di quanto tale *status privilegiato* possa contribuire alla risoluzione dei conflitti tra norme.

L'ampia gamma di decisioni giudiziarie considerate nell'analisi permette anche di acquisire dati empirici esaurienti circa l'impatto pratico del pluralismo giuridico nell'ordinamento internazionale. In un contesto di obblighi giuridici (internazionali) multipli, paralleli, sovrapposti e confliggenti, organi giudiziari diversi possono usare tecniche differenti allo scopo di risolvere i conflitti. Queste tecniche possono, a loro volta, aiutare a comprendere se gli organi giudiziari specializzati presentino un orientamento funzionale (orientato ad un certo regime) nel risolvere i conflitti tra norme e, in tal caso, se questo orientamento porti al rafforzamento di certe categorie di norme a spese di altre.

Il PAR. 2 considera se e fino a che punto gli organi giudiziari risolvono i conflitti tra norme, siano essi intesi in senso ampio o stretto, in modo tale da favorire gli obblighi derivanti dai diritti umani. Sebbene i diritti umani influenzino sempre di più gli standard normativi di altri regimi giuridici inter-

to tra norme ampio non possa qualificarsi come un conflitto. Questa supposizione non sarebbe corretta, poiché la limitazione dell'ambito di certi diritti o obblighi in certe circostanze è in effetti il risultato di e la soluzione a un conflitto tra norme.

9. E. De Wet, J. Vidmar, 2012, 5.

10. *Ibid.*

nazionali, non è certo che essi abbiano automaticamente la precedenza nei casi di conflitti tra norme. Il PAR. 3 analizza il paradigma della gerarchia basata sui diritti umani, così come si rispecchia nel concetto di *jus cogens*. Si sostiene che, sebbene la nozione di norme imperative sia stata formalmente riconosciuta in giurisprudenza, il suo impatto pratico è rimasto limitato. Nel PAR. 4 viene discusso il paradigma dell'integrazione sistemica, nell'ambito del quale gli organi giudiziari tendono a rifarsi a diverse tecniche interpretative al fine di riconciliare norme confliggenti, se non a evitare del tutto i conflitti tra norme. Nel PAR. 5 si conclude che, laddove i diritti umani si scontrano con altri obblighi internazionali, gli organi giudiziari tendono a favorire l'integrazione sistematica piuttosto che risolvere il conflitto riconoscendo l'esistenza di una gerarchia dei diritti umani nel diritto internazionale. Se da un lato questo riduce la rilevanza di un riconoscimento formale di una gerarchia di norme per la tutela dei diritti umani, dall'altro apre anche alla possibilità di una maggiore conciliazione degli obblighi relativi ai diritti umani all'interno di altri regimi giuridici internazionali.

2. IL RUOLO DEGLI ORGANI GIUDIZIARI INTERNAZIONALI E NAZIONALI NEL DETERMINARE LO SPAZIO DEI DIRITTI UMANI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

In dottrina si può riscontrare un certo supporto all'argomento secondo cui l'ordinamento giuridico internazionale opera sempre di più all'interno di un paradigma di gerarchia, con i diritti umani al suo apice. Tale interpretazione è particolarmente radicata nel concetto di norme imperative (*jus cogens*) come concretizzato nell'articolo 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, concetto che è principalmente riconducibile a un numero limitato di norme relative ai diritti umani¹¹. Un ulteriore possibile caso di gerarchia deriva dall'articolo 103 della Carta delle Nazioni Unite, che stabilisce una primazia per gli obblighi che derivano da questo trattato rispetto a quelli che derivano da altri accordi internazionali¹². Come tale, una gerarchia sarebbe applicabile in tutti i diversi sotto-regimi di diritto internazionale e garantirebbe una qualche certezza del diritto, contrastando le altrimenti frammentarie conseguenze di sotto-regimi pluralistici¹³.

Tuttavia, al fine di determinare l'impatto di questa apparente gerarchia, che ha le sue radici nel diritto pattizio, è necessario guardare alla pratica giudiziaria. Bisogna esaminare il modo in cui le corti interpretano gli obblighi giuridici derivanti dalle fonti del diritto internazionale e, in particolare, come

11. Si vedano le note 23-25, in questo contributo.

12. Si vedano le note 37-39, in questo contributo.

13. Per una discussione si veda: E. De Wet, 2006.

risolvono i conflitti quando determinate «norme ordinarie» sono in conflitto con norme che dovrebbero essere gerarchicamente superiori.

La prova di una gerarchia fondata sui diritti umani sarebbe ad esempio presente laddove una corte (nel caso di un conflitto normativo in senso stretto) dia preferenza ad un obbligo derivante dai diritti umani senza dare effetto ad un altro obbligo internazionale, derivante dalla regola *lex posterior* (*lex posterior derogat legi priori*)¹⁴ o da quella *lex specialis* (*lex specialis derogat legi generali*)¹⁵. Similmente, una gerarchia fondata sui diritti umani potrebbe essere evinta laddove una corte risolva un conflitto tra norme in senso ampio attraverso un'interpretazione favorevole ai diritti umani che comporti una limitazione considerevole dell'ambito di applicazione del diritto o dell'obbligo confligente e derivante da un'altra norma di diritto internazionale. Il paradigma della gerarchia sarebbe confermato se gli organi giudiziari fossero costantemente inclini a restringere altri obblighi allo scopo di promuovere gli obblighi derivanti dai diritti umani, essenzialmente sulla base della loro natura speciale.

Stante la natura decentralizzata dell'ordinamento giuridico internazionale, la risoluzione dei conflitti tra norme nell'ordinamento internazionale non è una prerogativa esclusiva delle corti internazionali. Concettualmente, i tribunali non internazionali non sono esclusi dalla funzione di sviluppo del diritto internazionale. Infatti, nel citare le decisioni giudiziarie quali fonti sussidiarie del diritto internazionale, l'articolo 38(1)(d) dello Statuto della Corte internazionale di Giustizia¹⁶ non parla di «decisioni giudiziarie internazionali» ma fa riferimento alle decisioni giudiziarie in generale. La definizione, perciò, include anche gli organi giudiziari nazionali e regionali. Inoltre, le pratica delle corti nazionali, essendo queste organi degli Stati, è da intendersi come pratica degli Stati, rilevante per lo sviluppo delle norme di diritto internazionale consuetudinario¹⁷.

In assenza di un sistema giudiziario centralizzato pienamente sviluppato all'interno dell'ordinamento internazionale, le corti nazionali e regionali svol-

14. Si vedano le note 52-54, in questo contributo.

15. In base al principio della *lex specialis* la norma giuridica più specifica prevale su quella più generale. Nel diritto internazionale la dottrina può essere applicata, *inter alia*, nel rapporto tra diritto convenzionale e diritto consuetudinario, dove il «più specifico» obbligo pattizio prevale sul «più generale» obbligo consuetudinario. Alcuni autori vedono questo come uno strumento per la risoluzione dei conflitti tra norme, laddove un obbligo pattizio confligge con un obbligo consuetudinario. Si veda: A. Orakhelashvili, 2010, 143-4.

16. Statuto della Corte internazionale di giustizia (1945), articolo 38(1)(d).

17. E. De Wet, J. Vidmar, 2012, 4. Si veda anche: A. Nollkaemper, 2006, il quale fornisce l'esempio della Corte internazionale di Giustizia che si è «riferita alle sentenze nazionali come pratica dello Stato nel determinare il diritto consuetudinario sulle immunità nell'*Arrest Warrant case*». Si veda anche A. Roberts, 2011.

gono sempre di più un ruolo chiave nell'applicazione e nel bilanciamento dei diversi obblighi internazionali, in un'epoca in cui è divenuto normale che molti aspetti della vita sociale vengano regolati a livello internazionale.

Il riconoscimento della crescente importanza della giurisprudenza delle corti nazionali per lo sviluppo del diritto internazionale non diminuisce il ruolo degli organi giudiziari internazionali. La giurisprudenza internazionale o sovranazionale non solo integra o fa da contrasto a quella delle corti nazionali, ma può anche fornire una guida giurisprudenziale che viene poi seguita dalle corti nazionali. La giurisprudenza internazionale può quindi porre le basi di una dottrina che viene successivamente sviluppata dalle corti nazionali. Laddove esiste una giurisprudenza regionale centralizzata sui diritti umani, le corti nazionali e altri organi giudiziari dell'area possono – nonostante il loro più ampio o diverso mandato funzionale – essere più inclini a prediligere i diritti umani¹⁸.

Particolarmente importanti per questa analisi sono le decisioni degli organi giudiziari diversi dagli organi legati ai diritti umani, incluse le corti nazionali. Questo perché il paradigma all'interno del quale tali organi giudiziari operano li rende un indicatore particolarmente rilevante per determinare il rapporto gerarchico tra diritti umani e altri obblighi internazionali. Mentre ci si può aspettare che il particolare paradigma funzionale di organi internazionali dei diritti umani quali la Corte Europea dei diritti dell'uomo (CEDU) o il Comitato per i diritti dell'uomo delle Nazioni Unite possano attribuire una posizione gerarchica superiore agli obblighi derivanti dai diritti umani, lo stesso non può essere necessariamente detto di altri organi giudiziari internazionali o delle corti nazionali¹⁹.

Altri organi giudiziari internazionali si caratterizzano per una diversa enfasi funzionale rispetto agli organi dei diritti umani, mentre le corti nazionali, da parte loro, operano all'interno di un paradigma ben più ampio. Se, ciononostante, questi organi giudiziari permetessero continuamente e uniformemente a (certi) obblighi internazionali derivanti dai diritti umani di sconfiggere altre norme internazionali nei casi di conflitto, questo rappresenterebbe la prova di un crescente riconoscimento generale del paradigma della gerarchia basata sui diritti umani all'interno del diritto internazionale²⁰.

Al fine di determinare fino a che punto la pratica giudiziaria sostiene il paradigma di una gerarchia basata sui diritti umani, è necessario prestare attenzione alle tecniche che gli organi giudiziari utilizzano quando sono impegnati nella risoluzione di un conflitto tra norme. Alcune tecniche mostrano la riluttanza da parte degli organi giudiziari di sostenere il paradigma della ger-

18. E. De Wet, J. Vidmar, 2012, 5.

19. Ivi, 5-6.

20. Ivi, 6.

chia per favorire, invece, quello dell'integrazione sistemica. In primo luogo, è possibile che le corti e gli altri organi giudiziari preferiscano evitare del tutto i conflitti tra norme, non risolvendo il conflitto in questione, né affrontando il problema di una potenziale gerarchia dei diritti umani²¹. In altre parole, gli organi giudiziari possono non riconoscere l'esistenza di un conflitto e così facendo non devono più stabilire quale norma sia «più importante».

In altri casi sarebbe possibile evitare il conflitto aperto per mezzo dell'interpretazione armonizzante, che limiterebbe uno o tutti i diritti e/o obblighi in questione, senza annullarne del tutto alcuno. Più imparziale è l'atto di bilanciamento della corte, meno probabile è che essa consideri una delle norme in questione come gerarchicamente superiore alle altre.

Pertanto, nel sistema decentralizzato del diritto internazionale, si deve fare affidamento su un approccio induttivo per cercare di determinare l'esistenza di una gerarchia basata sui diritti umani all'interno dell'ordinamento internazionale. È necessario esaminare fino a che punto gli organi giudiziari internazionali (funzionali) e nazionali sono disposti ad adottare gli obblighi derivanti dai diritti umani come metodo per la soluzione dei conflitti tra norme internazionali contrastanti.

3. IL PARADIGMA DI UNA GERARCHIA BASATA SUI DIRITTI UMANI

Almeno formalmente, il diritto internazionale conosce due potenziali casi di gerarchia, precisamente le norme di *jus cogens* e l'articolo 103 della Carta delle Nazioni Unite²². Questo paragrafo tenta di capire se la pratica giudiziaria può far concludere che questi concetti sono espressione di una gerarchia nel diritto internazionale.

*3.1. Norme imperative di diritto internazionale (*jus cogens*)*

In dottrina, la nozione di una gerarchia esistente nel diritto internazionale trova sostegno nel concetto di norme imperative o *jus cogens*²³. Infatti, l'articolo 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati definisce lo *jus cogens* come una norma di «diritto internazionale generale [che è stata] accettata e riconosciuta dalla comunità internazionale degli Stati nel suo insieme come norma alla quale non è consentita alcuna deroga e che può essere modificata

21. A. Tzanakopoulos, 2012, 51-2.

22. C. Chinkin, 2008, 63.

23. Per riferimenti al concetto di «norme fondamentali», si vedano ad esempio: P. Tavernier, 2006, 2-5; S. Kadelbach, 2006, 21-6. Per una trattazione sintetica sulle norme imperative, si veda: M. Byers, 1997, 213-9.

soltanto da una successiva norma del diritto internazionale generale avente lo stesso carattere»²⁴. Questa definizione rispecchia l'idea che la norma imperativa non è una norma ordinaria dalla quale gli Stati possono derogare o al cui obbligo possano venir meno. La gerarchia sottintesa sarebbe di natura sostanziale, nel senso che si fonderebbe sulla natura o il carattere di una norma specifica, piuttosto che sulla fonte formale dalla quale la norma origina²⁵.

Un'analisi della pratica giudiziaria conferma che organi giudiziari diversi hanno formalmente riconosciuto la natura speciale delle norme di *jus cogens* e che questi organi non sono particolarmente preoccupati del fatto che l'operatività di questo concetto fosse inizialmente confinata al diritto pattizio²⁶. Inoltre, la maggior parte delle norme nella (ancora piuttosto breve) lista di norme imperative sono diritti umani²⁷. Gli organi giudiziari hanno frequentemente riconosciuto lo statuto imperativo in particolare del divieto di genocidio e del divieto di tortura²⁸.

Tuttavia, di fatto, la rilevanza della natura gerarchicamente superiore delle norme di *jus cogens* rimane limitata nella risoluzione dei conflitti fra norme. Mentre gli organi giudiziari sono da una parte favorevoli a riconoscere formalmente il carattere imperativo dei divieti di genocidio e tortura, d'altra parte non hanno ancora collegato conseguenze a tale statuto imperativo nel contesto della risoluzione dei conflitti tra norme. Ad esempio, un'analisi delle sentenze e delle decisioni arbitrali nel diritto internazionale in materia di investimenti non mostra un'unica regola di gerarchia che possa essere applicata in maniera uniforme e diffusa. In particolare, non è emersa alcuna regola per cui un investimento che abbia violato una norma di *jus cogens* non possa avvalersi delle norme che regolano il diritto degli investimenti – almeno non nei casi di Stati investitori²⁹.

24. Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (1969), articolo 53.

25. International Law Commission, 2006, para 224 [*Fragmentation Report*].

26. *Armed Activities in the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v Rwanda) (Jurisdiction and Admissibility)* [2006] ICJ Rep 6 at 32; Lord Hutton and Lord Millet in *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate ex parte Pinochet Ugarte (No 3)* [2000] 1 AC 147 1999 All ER 97 (House of Lords); *Public prosecutor's office v Scilango Manzorro*, Final appeal judgment, No. 16/2005 (Spanish High Court); ILDC 136 (ES 2005), *Michael Dominques* (United States), Case 12.285, Inter-Am. C.H.R. Report No. 62/02, OEA/Ser.L/V/II.117 doc 1 rev.1 (2003), para 49.

27. Per un elenco delle norme di *jus cogens* più comunemente accettate si veda: *Commentary to Art 40 paras 4 and 5: Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, Yearbook of the International Law Commission (2001) [the ILC Articles on State Responsibility, with Commentaries], Vol II, Part II. Queste includono: il divieto di aggressione, schiavitù e lavoro forzato, genocidio, discriminazione razziale e apartheid, tortura, regole fondamentali di diritto internazionale umanitario applicabili nei conflitti armati e il diritto di auto-determinazione.

28. Si veda nota 21, in questo contributo.

29. S. Karamanian, 2012, 269.

L'unica area del diritto internazionale in cui lo *jus cogens* potrebbe svolgere un ruolo sempre più rilevante nella risoluzione dei conflitti tra norme è quella dell'immunità statale. Tuttavia, anche in questo caso, la giurisprudenza più significativa proviene da una giurisdizione specifica. Le corti italiane hanno attribuito un peso significativo ai valori sui quali si fondano le norme di *jus cogens* e alla necessità di rendere effettivi questi obblighi (e i valori che essi rappresentano). Nel caso *Ferrini* la Corte di Cassazione, ad esempio, ha tolto l'immunità statuale alla Germania relativamente ad una richiesta di risarcimento per crimini internazionali compiuti durante la Seconda guerra mondiale³⁰. Nel caso *Lozano*, invece, la Corte di Cassazione non ha tolto l'immunità *rationae materiae* a un ufficiale dell'esercito statunitense sotto processo in Italia, perché trattandosi dell'uccisione di un ufficiale dei servizi segreti italiani in Iraq, nelle circostanze del caso, non era possibile considerarlo un crimine internazionale. Ciononostante, la Corte ha confermato in un *obiter dictum* che l'immunità da un procedimento non si applica laddove è in gioco un crimine internazionale³¹. Secondo Philippa Webb, questi sono i pochi casi in cui delle corti hanno esplicitamente confermato il (potenziale) effetto di superiorità di una norma imperativa. Questa pratica delle corti nazionali è molto circoscritta e non può ancora essere generalizzata come applicabile in altre giurisdizioni³². Inoltre, il caso *Ferrini* ha portato ad una controversia tra Germania e Italia di fronte alla Corte internazionale di giustizia. In questo caso la Corte ha negato in maniera piuttosto categorica e inequivocabile un effetto di superiorità automatico delle norme imperative³³. Di conseguenza difficilmente la linea di

30. *Ferrini v. Germany*, No. 5044/04, 87 (2004) Rivista di diritto internazionale 539, ILDC 19 (rt 2004), 128 ILR 659 (11 March 2004); *Criminal Proceedings against Milde*, No. 1072/09, 92 (2009) Rivista di diritto internazionale 618, ILDC 1224 (rt 2009). Le sentenze italiane hanno avuto risonanza anche nell'opinione dissentente di *Al-Adsani v. United Kingdom*, Appl. No. 35763/97, ECTHR, 21 November 2001, para 55, Joint Dissenting Opinion of Judges Rozakis and Caflisch, Joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajic, para 3. Si veda anche: R. Pavoni, 2012, 87 ss.

31. *Lozano v. Italy*, Appeal Judgment Case No. 31171/2008, ILDC 1085 (rt 2008); si veda anche Lord Millet in *Pinochet (No 3)*, nota 26, 177; P. Webb, 2012, 122-3.

32. Per quanto riguarda l'immunità delle organizzazioni internazionali, in Europa le corti hanno fatto riferimento all'art. 6(1) CEDU per sollevare l'immunità in controversie di lavoro in cui l'organizzazione internazionale non aveva fornito un ricorso alternativo. Tuttavia, al di fuori del contesto delle controversie di lavoro, i tribunali rimangono restii a sollevare l'immunità delle organizzazioni internazionali. In un caso argentino, isolato e datato, la corte ha stabilito che l'assenza all'interno di un'organizzazione internazionale di un meccanismo per la soluzione delle controversie concernenti casi privati, violava una norma imperativa del diritto internazionale, precisamente il diritto di accesso alla giustizia. Si veda *Cabrera v Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*, 305 Fallos de la Corte Suprema 2150 (5 December 1983). Per una discussione estesa della giurisprudenza si veda: R. Pavoni, 2012, 99. Si veda anche: A. Reinisch, 2008.

33. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy, Greece Intervening) (Judgment)* [2012] ICJ Rep, at 39, para 97.

ragionamento seguita nel caso *Ferrini* potrà essere usata nelle controversie nazionali e internazionali.

Va aggiunto che, al fine di risolvere i conflitti tra norme in pratica, altre qualità formali quali la non derogabilità possono essere egualmente, o anche più, rilevanti dello *jus cogens*. Questo è particolarmente vero nel contesto dell’estradizione: prima che l’estradizione possa avere luogo, è infatti importante considerare l’obbligo di non estradare le persone verso paesi in cui potrebbero essere sottoposte a tortura (*non-refoulement*)³⁴. Nel rifiutare di dare effetto agli obblighi di un trattato di estradizione poiché ciò potrebbe portare alla tortura dell’estradato, le corti solitamente non fanno esplicito riferimento alla natura imperativa del divieto di tortura. Il fatto, invece, che il divieto di tortura sia considerato come un divieto assoluto, che non ammette deroghe, sembra rappresentare il fattore decisivo³⁵.

Si potrebbe dunque concludere che, da un punto di vista concettuale, la nozione di *jus cogens* non può esistere senza qualche tipo di gerarchia di norme all’interno del diritto internazionale³⁶. La pratica giudiziaria, tuttavia, dimostra che questa gerarchia non è altro che meramente retorica o formale, poiché nella pratica difficilmente si ricorre alla nozione di *jus cogens* come strumento per la risoluzione dei conflitti tra norme. Con l’eccezione degli sviluppi concernenti le immunità di alcune recenti sentenze italiane, gli organi giudiziari hanno persistentemente evitato di superare i conflitti tra obblighi internazionali vincolanti per uno Stato, attribuendo significato alla natura speciale degli obblighi di *jus cogens*, o ai valori che stanno alla base di tali obblighi.

3.2. L’articolo 103 della Carta delle Nazioni Unite

Al di là dello *jus cogens*, il principale candidato a rivendicare uno *status* gerarchicamente superiore nell’ordine giuridico internazionale sarebbe l’articolo 103 della Carta delle Nazioni Unite. Si può sostenere che l’articolo 103 presenta una gerarchia basata sulle fonti, piuttosto che basata sui valori (sulla sostanza). Tale articolo attribuisce precedenza agli obblighi che sorgono dalla Carta sulla base della loro origine, più precisamente per il fatto che derivano dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite (esso stesso una creazione del trattato)³⁷. Un argomento plausibile può anche essere che l’articolo 103

34. H. Van der Wilt, 2012, 149.

35. Ivi, 154. Si vedano anche: *Soering v. United Kingdom* (App No. 14038) (1989), Series A No. 161, para 88; *Vilvarajah and others v. United Kingdom* (App No. 45/1990/236/302-306) (1991), 14 EHRR 248, para 108; *Security v. Prabakar* [2004] HKCFA 43, [2005] 1 HKLRD 289 (Hong Kong), ILDC 1121 (HK 2004).

36. A. Orakhelashvili, 2006, 9.

37. M. Milanovic, 2009, 78-9; C. Chinkin, 2008, 63.

rappresenta una gerarchia basata sui valori, poiché è indirizzato a dare effetto agli obiettivi delle Nazioni Unite, ovvero il mantenimento della pace internazionale e della sicurezza³⁸. Secondo un'altra interpretazione, l'articolo 103 non stabilisce nessuna gerarchia, ma è stato inserito nel contesto della Carta come regola per i conflitti tra norme. Esso non intende elevare tutti gli obblighi della Carta ad una posizione gerarchicamente superiore. Piuttosto, attribuisce un effetto di superiorità a quegli obblighi che sorgono nell'ambito della Carta e che confliggono con degli obblighi specifici che derivano da altri trattati o dal diritto internazionale consuetudinario³⁹.

Pertanto, l'articolo 103 non è necessariamente una regola che fissa una gerarchia. Secondo Antonios Tzanakopoulos, l'articolo 103 non stabilisce che gli obblighi derivanti dalla Carta sono non-derogabili se non da una norma dello stesso livello o di livello più alto. Al contrario, esso stabilisce semplicemente che a volte gli obblighi derivanti dalla Carta possono condurre alla non-applicazione di altri obblighi di diritto internazionale⁴⁰.

Anche l'interpretazione opposta è possibile. In *Al-Jedda*, come deciso dalla (allora ancora) *House of Lords*, Lord Bingham of Cornhill affermò che nel contesto del Capitolo VII della Carta, «all'articolo 103 non dovrebbe [...] essere attribuito un significato stretto, basato sul patto. L'importanza del mantenimento della pace e della sicurezza nel mondo non può essere sopravvalutata»⁴¹. Si può dunque sostenere che Lord Bingham suggerisse che l'articolo 103, in combinazione con l'articolo 25⁴² e il Capitolo VII della Carta, avesse anche un importante valore sostanziale. Perciò, la gerarchia che deriva dall'articolo 103 potrebbe non solo essere legata alla fonte, ma essere anche sostanziale – avendo origine dalla preoccupazione per la pace e la sicurezza internazionale⁴³.

Nel caso *Nada* la Suprema Corte Federale svizzera doveva decidere se le risoluzioni vincolanti del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite – che obbligavano gli Stati membri a congelare i capitali delle persone inserite nella lista nera dal Comitato per le sanzioni del Consiglio di sicurezza a causa del loro sospetto coinvolgimento nel terrorismo internazionale – avessero la

38. D. Shelton, 2009, 178.

39. Il *Fragmentation Report* (si veda nota 25, in questo contributo) para 335 descrive l'articolo 103 come «un mezzo per garantire che gli obblighi della Carta vengano assolti effettivamente e non [un mezzo per] abolire i regimi di altri trattati».

40. A. Tzanakopoulos, 2012, 66.

41. *R (on the application of Al-Jedda) (FC) (Appellant) v Secretary of State for Defence (Respondent)* [2007] UKHL 58 (2008); 1 AC 332; ILDC 832 (UK 2007), para 34.

42. L'articolo 25 della Carta delle Nazioni Unite stabilisce: «I Membri delle Nazioni Unite convengono di accettare e di eseguire le decisioni del Consiglio di Sicurezza in conformità alle disposizioni della presente Carta».

43. A questo riguardo, si veda anche: D. Shelton, 2009, 178.

precedenza su, *inter alia*, il diritto a un equo processo sancito dall'articolo 6(1) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). La Corte, rifacendosi all'articolo 103 della Carta, ha risposto a questo quesito affermativamente, considerando l'articolo 103 come dotato di un «effetto di gerarchia normativa nel diritto internazionale»⁴⁴. Questo esplicito riconoscimento dell'articolo 103 come una manifestazione di gerarchia normativa rimane un esempio isolato nella pratica giudiziaria. Come è ben noto, la Corte di giustizia dell'Unione Europea nella sentenza *Kadi* non ha affrontato la questione della posizione gerarchica dell'articolo 103 all'interno del diritto internazionale, un punto su cui si ritornerà in seguito⁴⁵. Di conseguenza, sembra che non si sia ancora giunti ad un accordo sulla natura dello statuto speciale dell'articolo 103.

Nel complesso, la pratica giudiziaria dimostra che una gerarchia di norme non può essere più che un concetto teoretico (formale) nel diritto internazionale. Se l'impatto dello *jus cogens* nella pratica giudiziaria si è finora limitato al riconoscimento formale della sua esistenza, rimane da capire se l'articolo 103 della Carta possa rappresentare una gerarchia di norme.

4. IL PARADIGMA DELL'INTEGRAZIONE SISTEMICA ATTRAVERSO L'INTERPRETAZIONE

La pratica giudiziaria analizzata rivela come i conflitti in senso stretto – quali quelli dei casi *Kadi* e *Nada*, che coinvolgono conflitti tra obblighi derivanti dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite e il diritto ad un equo processo – siano rari⁴⁶. La maggior parte delle volte le corti si confrontano con conflitti in senso ampio (apparenti). Questo paragrafo analizza gli strumenti e i modelli di risoluzione dei conflitti così come applicati nelle decisioni giudiziarie. Si dimostra che le tradizionali regole dei conflitti svolgono una funzione molto limitata nella pratica degli organi giudiziari. Tali organi, invece, o riconciliano diversi diritti e/o obblighi attraverso l'interpretazione armonizzante, oppure evitano l'esplicito riconoscimento del conflitto tra norme attraverso tecniche formalistiche di elusione del conflitto.

4.1. L'irrilevanza delle tradizionali regole di soluzione delle antinomie

Le tradizionali regole di soluzione delle antinomie, derivanti dai principi generali del diritto e dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, sono:

44. *Youssef Nada v State Secretariat for Economic Affairs and Federal Department of Economic Affairs*, Administrative Appeal Judgment, BGE 133 II 450, 1A 45/2007; ILDC 461 (CH 2007), 14 November 2007, para 6.2.

45. Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P *Kadi and Al Barakaat* [2008] ECR I-6351.

46. Sentenza *Kadi*, nota 45; sentenza *Nada*, nota 44, in questo contributo.

lex specialis derogat legi generali e *lex posterior derogat legi priori*⁴⁷. Quando si tratta della risoluzione dei conflitti tra norme (sia stretti che ampi) discussi in questo contributo, la pratica giudiziaria rivela come sia improbabile che queste regole tradizionali abbiano rilevanza. Questo può spiegarsi con il fatto che nessuno di questi principi è adatto a risolvere il tipo di conflitti tra norme in questione. Infatti, se un nuovo trattato regola la stessa materia di un trattato precedente, questo non può essere descritto come un conflitto tra norme, ma significa piuttosto che la vecchia regolamentazione giuridica è stata sostituita da quella nuova⁴⁸.

Il principio della *lex specialis*, un principio generale del diritto internazionale⁴⁹, implica che qualora due o più norme trattino della stessa materia, la priorità dovrebbe essere data alla norma più specifica. Tuttavia, questo principio ha rilevanza solo laddove la norma confligente rappresenti una *lex generalis*. Poiché i conflitti oggetto di analisi originano tutti da diversi regimi specializzati, nei fatti ci si confronta con una *lex specialis* contro un'altra⁵⁰. Questo punto è articolato in maniera appropriata da Andreas Ziegler e Bertram Boie in relazione alle controversie tra regole del commercio internazionale e obblighi relativi ai diritti umani: controversie che possono essere descritte come conflitti inter-regime, che non potrebbero essere risolti grazie ai principi (quali quello della *lex specialis*) creati per risolvere conflitti intra-regime⁵¹.

Il principio della *lex posterior*, come enunciato nell'articolo 30 della Convenzione di Vienna, implica che quando tutte le parti di un trattato sono anche parti di un precedente trattato sulla stessa materia, il trattato precedente si applica solo se le sue disposizioni sono compatibili con quelle del trattato

47. Si vedano le note 52-54, in questo contributo.

48. Come prevede l'articolo 30(3) della Convenzione di Vienna, questa regola si applica solo laddove le parti dell'ultimo trattato sono identiche a quelle del trattato precedente. Si vedano anche le note 52-54, in questo contributo.

49. Si veda: *Fragmentation Report*, para 11, che si riferisce al principio anche come ad una tecnica standard di argomentazione giuridica.

50. Si veda: *Fragmentation Report*, para 129 e para 152, i quali descrivono degli ambiti di specializzazione funzionale quali il diritto internazionale commerciale o il diritto internazionale dei diritti umani come *lex specialis*. Un'area in cui la *lex specialis* può svolgere un ruolo (seppur limitato) è quella dei conflitti tra il diritto in materia di immunità e i diritti umani. La Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani e degradanti ha svolto un ruolo centrale nell'esito della sentenza *Pinochet (No 3)* (si veda nota 26). Tre dei sei Lords (Browne-Wilkinson, Hope and Saville) hanno fatto riferimento all'argomento secondo cui le parti al trattato avevano rinunciato all'immunità *rationae materiae*. Questo argomento equivale all'attribuzione di un effetto di *lex specialis* al trattato. Si veda anche: P. Webb, 2012, 144.

51. A. Ziegler, B. Boie, 2012, 290.

posteriore⁵². L'applicabilità di questo principio è però complicata dal fatto che non è chiaro come vada applicato a trattati posteriori le cui parti non sono le stesse del trattato precedente⁵³.

Inoltre, c'è ancora disaccordo su cosa costituirebbe dei trattati «relativi alla stessa materia». Se il principio è inteso in senso stretto, i conflitti inter-regime rimarrebbero fuori dall'ambito di applicazione del principio della *lex posterior*⁵⁴. Tuttavia, se il principio implicasse che i trattati hanno ad oggetto la stessa materia quando l'assolvimento di un obbligo relativo ad un trattato influenza l'assolvimento di un obbligo relativo ad un altro trattato, allora il principio della *lex posterior* sarebbe applicabile⁵⁵. Ma anche in questo caso, una priorità diretta sulla base dell'ordine cronologico degli obblighi è improbabile e sarebbe probabilmente insoddisfacente⁵⁶.

L'unico principio della Convenzione di Vienna significativo per la risoluzione dei conflitti tra norme è il principio di integrazione sistemica contenuto nell'articolo 31(3)(c), che è anche considerato far parte del diritto internazionale consuetudinario⁵⁷. Questo principio stabilisce che, nell'interpretare un trattato, qualsiasi norma pertinente di diritto internazionale applicabile alle relazioni tra le parti sarà tenuta in considerazione, ovvero, altri trattati, il diritto internazionale consuetudinario e i principi generali del diritto⁵⁸. Anche se gli organi giudiziari non fanno necessariamente riferimento a questo principio in modo esplicito, nella pratica lo applicano frequentemente⁵⁹.

4.2. La riconciliazione attraverso l'interpretazione restrittiva

Piuttosto che risolvere i conflitti tra norme attraverso il superamento di un diritto o di un obbligo da parte di un altro, gli organi giudiziari si impegnano nella riconciliazione dei diritti e/o degli obblighi concorrenti. Questo tentativo di risoluzione del conflitto tra norme attraverso l'interpretazione armonizzante armonica può avere un impatto significativo sull'ambito di applicazione delle norme in questione.

52. Convenzione di Vienna, articolo 30(1). Si veda anche: *Fragmentation Report*, paras 229-230.

53. *Fragmentation Report*, para 234.

54. *Fragmentation Report*, para 253.

55. *Fragmentation Report*, para 254. R. Pavoni, 2012, 78, ha seguito questa interpretazione nell'analizzare l'approccio della Corte EDU nei confronti del rapporto tra CEDU e altri trattati (inclusi gli strumenti costitutivi delle organizzazioni internazionali) vincolanti per gli Stati parti della CEDU.

56. *Fragmentation Report*, paras 254 and 272; R. Pavoni, 2012, 78-9.

57. *Fragmentation Report*, paras 427 and 479.

58. *Fragmentation Report*, para 462.

59. Un noto esempio è la sentenza *Al-Adsani*, nota 30, para 55; *Fragmentation Report*, para 174.

Nel PAR. 2 si suggeriva che il bilanciamento di diritti e obblighi concorrenti da parte degli organi giudiziari potesse portare all'implicito riconoscimento di una gerarchia basata sui diritti umani nel diritto internazionale. Questo sarebbe il caso se le corti tendessero ad interpretare in maniera ampia l'ambito di applicazione degli obblighi derivanti dai diritti umani a spese dell'ambito del diritto o dell'obbligo confligente⁶⁰. Tuttavia, l'analisi della giurisprudenza rivela che i soli organi giudiziari che tendono a dare un riconoscimento implicito alla supremazia degli obblighi internazionali relativi ai diritti umani sono quelli funzionalmente orientati, essendo stati creati per il preciso scopo di proteggere i diritti umani. Le altre corti sono più inclini ad evitare un conflitto attraverso l'interpretazione e durante il processo anche ad eliminare qualsiasi gerarchia⁶¹.

L'assenza di una gerarchia basata sui diritti umani non significa necessariamente che le norme sui diritti umani non abbiano un ruolo da svolgere come fattore di connessione tra regimi giuridici funzionalmente frammentati. C'è spazio per considerazioni relative ai diritti umani nei processi interpretativi nei quali gli organi giudiziari sono impegnati ed è possibile che l'impatto dei diritti umani su tali processi cresca nel tempo. Sarebbe, comunque, prematuro credere che i diritti umani costituiscano già un comune denominatore forte e ben sviluppato che collega i vari regimi giuridici all'interno dell'ordinamento internazionale.

Per illustrare l'orientamento funzionale citato sopra, risulta illuminante il confronto tra il trattamento riservato al diritto di proprietà rispettivamente dagli organi giudiziari dei diritti umani e dai tribunali arbitrali. La Corte interamericana dei diritti umani, ad esempio, ha mostrato una tendenza a favorire il diritto umano alla proprietà come garantito dall'articolo 21 della Convenzione interamericana sui diritti umani rispetto a pretese di investimento confliggenti, in particolare in relazione ai diritti di proprietà delle comunità indigene⁶². Una posizione simile è stata adottata da tempo anche dalla Commissione africana sui diritti dell'uomo e dei popoli⁶³. Tuttavia, i tribunali arbitrali sono meno inclini a seguire un ragionamento simile e anche se una

60. E. De Wet, J. Vidmar, 2012, 3.

61. D. Shelton, 2012, 235.

62. *Ivcher Bronstein v. Peru* (2001) Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 74; *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua* 2001 Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) No. 79; *Moiwana Village v. Suriname* (2005) Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 124; *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay* (2005) Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 125 paras. 124-27; *Saramaka People v. Suriname* Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 172; *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay* (2006) Inter-Am. Ct.H.R. (Ser. C) No. 146. Si veda anche: S. Karamanian, 2012, 252.

63. Afr. Comm. HPR, Case 276/2003 (2010), *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of the Endorois Welfare Council v. Kenya*, in www.up.ac.za/chr. Si veda anche: D. Shelton, 2012, 218-9.

particolare decisione di fatto porta alla protezione dei diritti umani di una comunità indigena, il fondamento di quella decisione viene con molta probabilità basato su altri principi (ad esempio, principi del diritto in materia di investimenti)⁶⁴.

Inoltre, non si può supporre che le corti specializzate nei diritti umani attribuiscano necessariamente un ampio ambito di applicazione agli obblighi relativi ai diritti umani ogniqualvolta si presenti un conflitto tra norme. Nei fatti, una ragione per la limitata rilevanza pratica degli obblighi di *jus cogens* è il ristretto spazio normativo che tutti gli organi giudiziari tendono ad attribuire alle norme imperative di diritto internazionale. Di conseguenza, essi riescono ad evitare i conflitti tra norme, poiché in tali circostanze è improbabile che possa sorgere un conflitto tra norme di *jus cogens* e altre norme.

Un esempio illuminante è quello del divieto di tortura, in cui l'ambito di applicazione dell'obbligo di *jus cogens* sembra includere solo il divieto di tortura in quanto tale (ovvero, l'obbligo negativo di non praticare tortura)⁶⁵. Tuttavia, il conflitto tra norme che può sorgere nel contesto della tortura con gli obblighi consuetudinari che riguardano l'immunità non ha a che fare con questo particolare obbligo negativo. Il conflitto esiste piuttosto tra obblighi consuetudinari concernenti l'immunità e obblighi pattizi che garantiscono il diritto delle vittime di tortura di avere accesso ad una corte. Il diritto (e l'obbligo corrispondente di garantire) accesso ad una corte in queste circostanze non costituisce oggetto di *jus cogens*, perché l'ambito del divieto imperativo di praticare tortura non include (ancora) un obbligo secondario di togliere l'immunità⁶⁶. Questa interpretazione più ampia dell'ambito di applicazione dello *jus cogens* è stata proposta dai giudici dissidenti nel caso *Al-Adsani*⁶⁷ ed è stata seguita in alcune recenti sentenze italiane. Tuttavia, essa non ha ancora ricevuto ampio riconoscimento nella pratica giudiziaria e, alla luce della sentenza *Germany v. Italy* della Corte internazionale di giustizia⁶⁸, è improba-

64. *Glamis Gold Ltd. v. United States* (2009) UCITRAL Case, Award. Il tribunale arbitrale ha evitato ogni riferimento esplicito all'impatto in termini di diritti umani dell'investimento legato all'attività estrattiva sulla comunità indigena. Similmente, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. Tanzania* (2008) ICSID Case No. ARB/05/22, Award. Il caso riguardava dei conflitti tra i diritti dell'investitore e il diritto alla salute e all'acqua pulita. Si vedano anche: *Suez v. Argentina* (2010) ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on Liability; *Methanex v United States* (2005) UNCITRAL Case, Award, 44 ILM 1345; S. Karamanian, 2012, 269.

65. J. Vidmar, 2012, 33-4.

66. *Jones v. Ministry of the Interior of the Kingdom of Saudi Arabia* [2006] UKHL 26, paras 44-45; sentenza *Al-Adsani*, nota 30, para 61; *Bouzari v. Iran*, 243 D.L.R. (4th) 406, ILDC 175 (CA 2004) para 90; *Schreiber v. Germany and Canada* [2002] 3 S.C.R. 269, ILDC 60 (CA 2002); P. Webb, 2012, 118; R. Pavoni, 2012, 74.

67. Sentenza *Al-Adsani*, nota 30 (in questo contributo), paras 35-41.

68. Si veda nota 33, in questo contributo.

bile che il parere dissensente del caso *Al-Adsani* possa imporsi nelle future decisioni giudiziarie.

Un altro esempio illuminante di annullamento del conflitto per mezzo di un'interpretazione in senso stretto di un obbligo relativo ai diritti umani riguarda la questione delle assicurazioni diplomatiche nella legislazione in materia di estradizione⁶⁹. Alcune corti hanno permesso l'estradizione verso Stati noti per praticare la tortura in casi in cui tali Stati avevano fornito assicurazioni che questo non sarebbe accaduto all'estradato in questione⁷⁰. Il conflitto tra l'obbligo di estradare in ottemperanza ad un trattato di estradizione e l'obbligo relativo ai diritti umani di astenersi dall'estradizione laddove questo possa tradursi in tortura è così evitato attraverso il restringimento dell'ambito (incluso il carattere assoluto) di quest'ultimo obbligo. Tale obbligo è violato solo se lo Stato estradante acconsente all'estradizione *senza* aver ricevuto garanzie dallo Stato richiedente che l'estradato non sarà soggetto a tortura. Pertanto, il divieto non si applica in maniera generale, cioè non nel senso che l'estradizione verso uno Stato con una storia tristemente nota di torture è sempre proibita. In pratica, lo stesso carattere assoluto del divieto di tortura può essere minacciato, poiché l'estradato potrebbe comunque essere torturato se le assicurazioni diplomatiche non venissero rispettate dopo l'estradizione⁷¹.

allo stesso modo, quando si confrontano con richieste di estradizione o deportazione, le corti tendono a essere molto severe nel determinare cosa costituisce tortura o trattamento inumano o degradante⁷², come nel richiedere le prove che il rischio per l'individuo è specifico e personale⁷³. Queste esigenze possono anche tradursi in un restringimento dell'ambito del divieto.

69. H. Van der Wilt, 2012, 165-6.

70. *Al Moayed v. Germany*, ECTHR, Appl. No. 35865/03, 20 February 2007, para 67 ff; *Judge v. Canada* (829/1998) 5 August 2002, UN doc. CCPR/C/78/D/829/1998, para 10.9; *United States v. Burns* [2001], 1 SCR 283; *Mohamed and another v President of the Republic of South Africa and others*, 2001 (3) SA 893 (CC) ILDC 284 (ZA 2001)\ para 3.1.1; *Short v. The Netherlands*, 1990 NJ 1991, 249. Si veda anche: H. Van der Wilt, 2012, 167.

71. Similmente, nell'ambito del diritto d'asilo, gli Stati hanno definito lo *status* di rifugiato in modo molto stretto. Di conseguenza, il dovere di non respingimento (*non-refoulement*) previsto dalla Convenzione sullo status dei rifugiati del 1951 sorge raramente. Si veda: G. Gilbert, 2012, 190 ss.

72. Per esempio, in *R (on the application of Bary) v. Secretary of State for the Home Department* [2009] WL 2392232; la House of Lords non ha accettato, nelle circostanze del caso, le dure condizioni di prigione combinate con la possibilità di rilascio anticipato sulla parola in una prigione in Florida come un impedimento all'estradizione. Si veda anche: H. Van der Wilt, 2012, 156.

73. Si vedano per esempio: United Nations Committee against Torture, *Chipana v. Venezuela*, CAT/C/21/D/110/1998, para 3; United Nations Human Rights Committee, 31 July 2008, *Maksudov, Rakhimov, Tashbaev and Pirmatov v. Kyrgyzstan*, CCPR/C/93/D 1461, 1462 and 1447/2006, para 12.4; *Saadi v. Italy*, ECTHR, Appl. No. 37201/06, 27 February 2008, paras 138, 139. Si veda anche: H. Van der Wilt, 2012, 170.

Un altro esempio di elusione del conflitto attraverso l'interpretazione che tocca la natura o l'ambito di applicazione delle norme contrastanti, riguarda i conflitti tra obblighi relativi ai diritti umani e obblighi in materia di diritto ambientale. Nell'affrontare diritti umani e obblighi ambientali concorrenti, gli organi giudiziari risolvono il conflitto interpretando gli interessi ambientali, per esempio, attraverso il principio della dignità umana o quello del diritto alla vita. Questo viene attuato facendo ricorso ad un insieme di strumenti internazionali e nazionali relativi ai diritti umani, in base all'idea che gli scopi delle tutela dell'ambiente e dei diritti umani siano entrambi finalizzati a garantire il benessere umano⁷⁴. Questa tecnica non elimina il conflitto tra norme ma lo sposta al livello di un conflitto intra-regime (all'interno del regime dei diritti umani). Questo viene solitamente risolto attraverso un atto di bilanciamento che riduce l'ambito di tutti i diritti ed obblighi in questione⁷⁵.

4.3. L'elusione del conflitto attraverso l'interpretazione formalistica

Oltre alle tecniche di interpretazione che toccano la sostanza (l'ambito di applicazione) di diritti e obblighi contrastanti, le corti ricorrono anche a tecniche formalistiche di elusione del conflitto. Una di queste tecniche è la distinzione tra diritto sostanziale e procedurale, applicata alla legislazione in materia di immunità⁷⁶. Secondo questa linea interpretativa, gli obblighi che pertengono alle immunità non possono confliggere con la norma di *jus cogens* inclusa nel divieto di tortura, poiché i primi sono una questione di diritto procedurale mentre la seconda costituisce diritto sostanziale⁷⁷.

74. Inter-Am. Comm. H.R., *Report on the Situation of Human Rights in Ecuador*, OAS doc. OEA/Ser.L/v/II.96, doc. 10 rev.1, 24 April 1997 at 92; *Leon and Agnieszka Kania v. Poland*, ECTHR, Appl. No. 12605/03, 21 July 2009, para 102; *Borysewicz v. Poland*, ECTHR, Appl. No. 71146/01, 1 July 2008, para 55; *J.K. Koolwal v. State of Rajasthan and Others*, 1988 A.I.R. (Raj.), 2; *K.M. Chinnappa, T.N. Godavaram Thirumalpad v. Union of India and Others*, [2002] INSC 453; *Narmada Bachao Andolan v. India and Ors*, AIR 2000 SC 3751, ILDC (IN2000). Si veda anche: D. Shelton, 2009, 225-6.

75. Ivi, 226 ss.

76. Casi nazionali che hanno confermato l'immunità *ratione personae* di ufficiali dello Stato e hanno (implicitamente) supportato la distinzione procedurale-sostanziale includono, *inter alia*: *Affaire Kadafi*, Judgment No. 1414 (Court de Cassation, 13 March 2001) 125 ILR 508-510; Court de Cassation (Chambre Criminelle) 19 January 2010, *L'Association Fédération Nationale des victimes d'accidents collectifs 'Fenvac sos catastrophe', L'association des familles des victimes du 'Joala'*, Arrêt No. 09-84.818; *The Hague City Party and ors v The Netherlands and ors*, Interlocutory Proceedings, KG 05/432, ILDC 849 (NL 2005); *Bow Street Magistrates' Court, Re Mofaz*, First Instance unreported (12 February 2004), ILDC 97 (UK 2004); *Bow Street Magistrates' Court, Re Mugabe*, First Instance unreported (14 January 2004), ILDC 96 (UK 2004); *Res Sharon and Yaron Final Appeal*, No. p 02 1139 F/1 (Court de Cassation, 12 February 2003), ILDC 5 (BE 2003). Si veda anche: P. Webb, 2012, 136-7.

77. Sentenza *Jurisdictional Immunities of the State*, nota 33, paras 52 ss. Si vedano in generale: P. Webb, 2012, 118; R. Pavoni, 2012, 74.

Un'analisi più puntuale rivela che questo argomento è accurato solo nella misura in cui concede che non ci sia conflitto tra il divieto imperativo di tortura e una norma di diritto internazionale di livello inferiore. L'argomento, comunque, non è preciso fintanto che suggerisce che il conflitto è tra una norma sostanziale e una norma procedurale. Come è già stato illustrato in precedenza, il vero conflitto in questo caso si dà tra obblighi di diritto consuetudinario concernenti l'immunità e obblighi di diritto pattizio relativi al diritto di accesso ad una corte. Entrambe le categorie di obblighi sono probabilmente di natura procedurale⁷⁸.

Per quanto riguarda l'immunità *ratione materiae* di un ufficiale dello Stato, un'altra tecnica formalistica di annullamento del conflitto relativo al diritto delle immunità riguarda la distinzione tra le azioni private e quelle ufficiali. Sostenendo che i crimini di diritto internazionale (quali il divieto di tortura) non possono costituire azioni «ufficiali», ma devono essere qualificati come «azioni private» dell'individuo, l'azione in questione è esclusa dall'ambito dell'immunità *rationae materiae*. Di conseguenza, un conflitto normativo con il diritto di accesso ad una corte o il diritto ad un ricorso non potrebbe sorgere⁷⁹. Tuttavia, resta discutibile se sia possibile etichettare la tortura come un'azione privata, poiché la tortura perpetrata da ufficiali dello Stato quasi per definizione implica il supporto dell'apparato dello Stato stesso, supporto che dovrebbe anche comportare la responsabilità dello Stato⁸⁰.

Inoltre, le corti nazionali e sovranazionali in certe occasioni si nascondono dietro l'argomento formale del dualismo come metodo di elusione del conflitto. Il caso *Kadi* presso la Corte di giustizia dell'Unione Europea è stato il primo caso in cui la Corte si è nascosta dietro il velo del dualismo per annullare il conflitto⁸¹. La Corte ha riscritto il conflitto tra norme come un conflitto «interno» da risolvere sulla sola base del diritto dell'Unione Europea. Sebbene la Corte abbia dato la precedenza alla tutela dei diritti umani rispetto a questioni relative alla sicurezza, la sua decisione si basa sul sistema di valori dell'Unione Europea. La Corte di giustizia, infatti, non ha affrontato il conflitto tra gli obblighi internazionali degli Stati membri dell'UE in materia di diritti umani e

78. Ma si veda R. Pavoni, 2012, 75. Alternativamente, si può sostenere che ciò che è in discussione è il diritto ad un ricorso e ad un risarcimento per le vittime di gravi violazioni dei diritti umani, il quale rappresenta un diritto sostanziale. Si veda anche H. Fox, 2008, 159.

79. Si veda, *inter alia*: Lord Hutton in *Pinochet (No 3)*, nota 26; *Bouterse, Judgment on Appeal, HR 00749/01 cw 2323; ILDC 80 (NL 2001)* para 4.2., Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium) (Merits)* [2002] ICJ Rep 3, para 85.

80. P. Webb, 2012, 122. Inoltre, l'autrice parla della pratica emergente di trattare in maniera diversa relativamente alle immunità i procedimenti civili rispetto a quelli penali, cosa che lei considera come una ulteriore (poco convincente) tecnica di elusione del conflitto (ivi, 142).

81. Sentenza *Kadi*, nota 45, in questo contributo.

gli obblighi relativi alla pace internazionale e alla sicurezza posti dalla Carta⁸². Questa sentenza è in netto contrasto con il caso *Nada* del Tribunale federale svizzero, che rimane un raro e controverso esempio di aperto supporto alla superiorità gerarchica delle decisioni del Consiglio di sicurezza rispetto agli obblighi internazionali relativi ai diritti umani⁸³.

Un ulteriore esempio di elusione del conflitto attuata «stendendo il velo del dualismo» è il caso *Samantar*, nel quale la Corte suprema degli Stati Uniti ha sostenuto che il *Foreign Sovereign and Immunities Act* (FSIA) non garantiva l'immunità ad un ex primo ministro e ministro della Difesa della Somalia contro una causa civile per atti di tortura praticati nella sua capacità ufficiale⁸⁴. La Corte ha concluso che niente nel testo del FSIA suggeriva che il termine «Stato straniero» dovesse essere letto a includere individui-ufficiali agenti per conto dello Stato. La Corte si è dunque concentrata esclusivamente sull'interpretazione della legislazione nazionale e non ha considerato la possibilità che *Samantar* potesse godere dell'immunità sulla base del diritto internazionale, né se questo potesse comportare un conflitto con gli obblighi relativi ai diritti umani⁸⁵.

Riassumendo, quando gli organi giudiziari si trovano ad affrontare conflitti tra norme in senso ampio o in senso stretto, è raro che li risolvano superandoli attraverso norme gerarchicamente superiori o attraverso qualsiasi altra regola di precedenza automatica. Gli organi giudiziari ricorrono piuttosto all'integrazione sistematica attraverso la riconciliazione e talvolta attraverso approcci formalistici di elusione del conflitto. In questo esercizio, un orientamento favorevole ai diritti umani può essere (in parte) ritrovato nel lavoro di organi specializzati nei diritti umani, ma non è un modello generale. Come gli altri organi giudiziari, le corti dei diritti umani sono propense a bilanciare i diversi obblighi internazionali applicabili nei casi in questione.

82. Per un simile approccio dualista nelle corti del regno Unito, si vedano: *HM Treasury v Mohammed Jabar Ahmed and others* (FC); *HM Treasury v Mohammed al-Ghabra* (FC); *R (Hani El Sayed Sabaei Youssef) v HM Treasury* [2010] UKSC 2 para 148 (Lord Phillips); para 168 (Lord Rodger); para 196 seq (Lord Brown). Si veda anche: A. Tzanakopolous, 2012, 53.

83. Sentenza *Nada*, nota 44, in questo contributo.

84. *Samantar v. Yousuf*, No. 08-1555 slip op (us 1 June 2010), ILDC 1505 (us 2010). Si veda anche P. Webb, 2012, 133.

85. Per una tecnica simile nell'ambito del diritto commerciale, si veda: *United States v. Lombardo and ors*, Ruling on Motion to Dismiss, Case No. 2:07-cr-286- TS (D Utah); ILDC 1055 (us 2007). La corte ha rifiutato di applicare direttamente una decisione del *wto Appellate Body* concernente il *General Agreement on Trade in Services* (GATS) e ha applicato solo la legge federale degli Stati Uniti. A. Ziegler e B. Boie, 2012, 292 hanno sostenuto che, così facendo, la corte ha evitato di dover stabilire se un obbligo legato al commercio internazionale confliggesse con altri diritti o obblighi internazionali, inclusi quelli relativi ai diritti umani.

5. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Il diritto internazionale si è sviluppato come, e rimane principalmente un, sistema orizzontale di norme. Organi giudiziari diversi, internazionali e nazionali, riconoscono formalmente l'esistenza di norme superiori che prendono la forma dello *jus cogens*. Questo implica a sua volta la costituzionalizzazione del diritto internazionale, nel senso che la breve lista di norme imperative, la maggior parte delle quali ha natura di diritti umani, si colloca ad un livello superiore nell'ordinamento giuridico internazionale. Tuttavia, la pratica rivela che questo sviluppo non ha avuto alcun impatto significativo sulla risoluzione dei conflitti tra norme nel ragionamento giudiziario. Questo perché le corti e gli altri organi giudiziari preferiscono evitare il riconoscimento esplicito di un conflitto tra norme nel diritto internazionale. Di conseguenza, evitano anche di risolvere i conflitti tra norme all'interno di un paradigma di gerarchia, e rimangono piuttosto all'interno di un paradigma di integrazione sistemica finalizzato a massimizzare la conciliazione di sotto-regimi di diritto internazionale pubblico concorrenti. Questi sotto-regimi si influenzano e modellano l'un l'altro, ma tra di loro non esiste un rapporto di superiorità e subordinazione.

La tecnica applicata più spesso per sostenere il paradigma dell'integrazione sistemica è il principio dell'interpretazione armonizzante, che trova anche riscontro nell'articolo 31(3)(c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Da una parte, questa tecnica sembra andare nella direzione di prevenire, o almeno ridurre significativamente, l'effetto di frammentazione che potrebbe derivare dallo sviluppo di un numero crescente di regimi specializzati all'interno del diritto internazionale. Dall'altra, potrebbe anche portare alla riduzione dell'ambito di applicazione degli obblighi relativi ai diritti umani, fino a farli esistere solo di nome. Questo, in particolare, sembrerebbe essere anche il destino delle norme di *jus cogens*, anche quando vengono interpretate da organi giudiziari aventi un orientamento funzionale favorevole ai diritti umani. Spesso, infatti, queste norme sono interpretate in senso così stretto dalle corti che il loro valore aggiunto ai fini della risoluzione dei conflitti tra norme è trascurabile e il loro formale carattere imperativo non è più di un'adesione a parole al paradigma di una gerarchia basata sull'essere umano nel diritto internazionale.

Considerando gli aspetti positivi, la tecnica dell'integrazione sistemica implica che gli organi giudiziari funzionali che operano fuori dal paradigma dei diritti umani, quali i collegi arbitrali in materia di investimenti, i collegi dell'Organizzazione mondiale del commercio ecc. possono prendere in considerazione sempre di più i diritti umani nel risolvere i conflitti tra norme – nonostante il fatto che i diritti umani in senso stretto non rientrino nel loro ambito di riferimento⁸⁶. Nel lungo periodo, e anche in assenza di una gerar-

86. C'è il rischio che l'integrazione di obblighi relativi al commercio e obblighi relativi ai

chia di norme sui diritti umani pienamente sviluppata, questo può produrre una maggiore tutela dei diritti umani a livello internazionale. In una comunità internazionale globalizzata, dove i destini degli individui sono sempre più determinati o influenzati da decisioni di governi e di organi giudiziari anche al di fuori dello Stato nazione, questo sarebbe di per sé uno sviluppo gradito.

In ultima analisi, tuttavia, è necessario concludere che allo stato attuale dello sviluppo del diritto internazionale, né il riconoscimento formale di una gerarchia di norme nella forma dello *jus cogens* né la tecnica dell'integrazione sistemica sono garanzia di un'efficace tutela dei diritti umani nei diversi sottoregimi del diritto internazionale. Spetta essenzialmente all'organo giudiziario in questione determinare, caso per caso, la misura in cui le norme sui diritti umani in gioco modelleranno il contenuto dell'obbligo internazionale configliente e l'esito della decisione. Anche all'interno di organi giudiziari che vantano una storia illustre e di lunga data, l'esito può non essere facilmente prevedibile.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ALSTON Philippe, 2002, «Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann». *European Journal of International Law*, 13: 815-44.
- BYERS Michael, 1997, «Conceptualising the Relationship Between Jus Cogens and Erga Omnes Rules». *Nordic Journal of International Law*, 66: 211-39.
- CHINKIN Christine, 2008, «*Jus Cogens*, Article 103 of the UN Charter and Other Hierarchical Techniques of Conflict Solution». *Finnish Yearbook of International Law*, 17: 63-82.
- DE WET Erika, 2006, «The International Constitutional Order». *International and Comparative Law Quarterly*, 55: 51-76.
- DE WET Erika, VIDMAR Jure (eds.), 2012, «Introduction». In *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, ed. by Erika De Wet and Jure Vidmar, 1-12. Oxford University Press, Oxford.
- DUPUY Pierre-Marie, 2008, *Droit International Public*, ix ed. Dalloz, Paris.
- FOX Hazel, 2008, *The Law of State Immunity*, ii ed. Oxford University Press, Oxford.
- GILBERT Geoff, 2012, «Human Rights, Refugees and Other Displaced Persons in International Law». In *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, ed. by Erika De Wet and Jure Vidmar, 176-205. Oxford University Press, Oxford.

diritti umani nel contesto di uno stesso trattato possa minacciare la tutela dei diritti umani come valore in sé e ridurla ad un mero strumento di protezione del libero commercio. A supporto di questa integrazione, si veda: E. U. Petersmann, 2002. Ma si veda anche: P. Alston, 2002, 843. Si vedano in generale anche: R. Howse, 2002; R. Howse, K. Nicolaidis, 2003. Tuttavia, questo dibattito concerne una fusione dei due regimi basata su un trattato. Il presente articolo, invece, considera l'interazione configliente tra i due regimi paralleli e la loro integrazione sistemica per mezzo di decisioni giudiziarie, senza mirare a ridisegnare la struttura pattizia esistente.

- HOWSE Robert, 2002, «From Politics to Technocracy – And Back Again: The fate of the multilateral trading regime». *American Journal of International Law*, 96: 94-117.
- HOWSE Robert, NICOLAIDIS Kalypso, 2003, «Legitimacy through “Higher Law”? Why Constitutionalizing the WTO is a Step too Far». In *The Role of the Judge in International Trade Regulation: Experience and Lessons for the WTO*, ed. by Thomas Cottier and Petros Mavroidis, 307-48. University of Michigan Press, Ann Arbor.
- JENKS Wilfred, 1953, «The Conflict of Law-Making Treaties». *British Yearbook of International Law*, 30: 401-53.
- KADELBACH Stefan, 2006, «*Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules – The Identification of Fundamental Norms*». In *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, ed. by Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin, 21-40. Martinus Nijhoff, Leiden.
- KARAMANIAN Susan, 2012, «The Human Rights Dimension of Investment Law». In *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, ed. by Erika De Wet and Jure Vidmar, 236-71. Oxford University Press, Oxford.
- KELSEN Hans, 1961, *General Theory of Law and State*. Russell and Russell, New York.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2006, *Report of the Study Group on Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, A/CN.4/L.682, 13 April [Fragmentation Report].
- MILANOVIC Marko, 2009, «Norm Conflict in International Law: Whither Human Rights?». *Duke Journal of International and Comparative Law*, 20: 69-131.
- ID., 2010, «A Norm Conflict Perspective on the Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law». *Journal of Conflict and Security Law*, 14: 459.
- ID., 2011, «Norm Conflicts, International Humanitarian Law, and Human Rights». In *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, ed. by Orna Ben-Naftali, 95-125. Oxford University Press, Oxford.
- NOLLKAEMPER André, 2006, «The Role of Domestic Courts in the Case Law of the International Court of Justice». *Chinese Journal of International Law*, 5: 304-22.
- ORAKHELASHVILI Alexander, 2006, *Peremptory Norms in International Law*. Oxford University Press, Oxford.
- ID., 2010, «Recent Practice on the Principles of Treaty Interpretation». In *40 Years of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, ed. by Alexander Orakhelashvili and Sarah Williams, 117-54. British Institute of International and Comparative Law, London.
- PAUWELYN Joost, 2003, *Conflict of Norms in Public International Law*. Cambridge University Press, Cambridge.
- PAVONI Riccardo, 2012, «Human Rights and the Immunities of Foreign States and International Organizations». In *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, ed. by Erika De Wet and Jure Vidmar, 71-113. Oxford University Press, Oxford.
- PETERSMANN Ernst-Ulrich, 2002, «Time for a United Nations “Global Compact” for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration». *European Journal of International Law*, 13: 621-50.

- REINISCH August, 2008, «The Immunity of International Organizations and the Jurisdiction of Their Administrative Tribunals». *Chinese Journal of International Law*, 7: 285-306.
- ROBERTS Anthea, 2011, «Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law». *International and Comparative Law Quarterly*, 60: 57-92.
- SHELTON Dinah, 2006, «Normative Hierarchy in International Law». *American Journal of International Law*, 100: 291-323.
- ID., 2009, «International Law and “Relative Normativity”». In *International Law*, ed. by Malcolm Evans, 159-85. Oxford University Press, Oxford.
- ID., 2012, «Resolving Conflicts between Human Rights and Environmental Protection: Is there a Hierarchy?». In *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, ed. by Erika De Wet and Jure Vidmar, 206-35. Oxford University Press, Oxford.
- TAVERNIER Paul, 2006, «L’identification des règles fondamentales, un problème résolu?». In *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, sous la direction de Christian Tomuschat et Jean-Marc Thouvenin, 1-20. Martinus Nijhoff, Leiden.
- TZANAKOPOULOS Antonios, 2012, «Human Rights and United Nations Security Council Measures». In *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, ed. by Erika De Wet and Jure Vidmar, 42-70. Oxford University Press, Oxford.
- VAN DER WILT Harmen, 2012, «On the Hierarchy between Extradition and Human Rights». In *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, ed. by Erika De Wet and Jure Vidmar, 148-75. Oxford University Press, Oxford.
- VIDMAR Jure, 2012, «Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System?». In *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, ed. by Erika De Wet and Jure Vidmar, 13-41. Oxford University Press, Oxford.
- VRANES Erich, 2006, «The Definition of “Norm Conflict” in International Law and Legal Theory». *European Journal of International Law*, 17: 395-418.
- WEBB Philippa, 2012, «Human Rights and the Immunities of State Officials». In *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, ed. by Erika De Wet and Jure Vidmar, 114-47. Oxford University Press, Oxford.
- ZIEGLER Andreas, BOIE Bertram, 2012, «The Relationship between International Trade Law and International Human Rights Law». In *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, ed. by Erika De Wet and Jure Vidmar, 272-99. Oxford University Press, Oxford.