

DIALOGHI

CON

UGO VILLANI

I

a cura di

Ennio Triggiani

Francesco Cherubini Ivan Ingravallo

Egeria Nalin Roberto Virzo



CACUCCI  EDITORE
BARI

GIANLUIGI PALOMBELLA*

“THE JUDICIAL LODESTAR”.
FUNZIONE GIUDIZIARIA E IDENTITÀ
DEL DIRITTO INTERNAZIONALE

1. Non si può dubitare che la funzione giurisdizionale nel diritto internazionale, come altrove, abbia lo scopo di trattare i conflitti tra le parti, prevenga il ricorso alla giustizia “privata”, miri a scongiurare l’uso della forza come mezzo di risoluzione delle controversie.

Il suo fine, in definitiva, soprattutto nell’ordine internazionale, sarebbe sempre e comunque il mantenimento della pace. Ugo Villani nota che il “quadro giuridico complessivo, nel quale si colloca la problematica relativa alla soluzione delle controversie, muta profondamente con la nascita delle Nazioni Unite”, la cui Carta impone il divieto del ricorso alla guerra, come essenziale presupposto per il conseguimento dello scopo dell’Organizzazione, che consiste (art. 1, par. 1), nel “mantenere la pace e la sicurezza internazionale”¹. Il legame tra l’obbligo di soluzione delle controversie (art. 2, par. 3), tramite accordo o tramite un giudice (art. 33, par. 1), e l’obiettivo della pace nella Comunità internazionale è confermato altresì dal fatto che l’obbligo copre non solo quei conflitti la cui natura è tale da mettere a rischio direttamente la pace, “ma riguarda tutte le possibili controversie”². E tale obbligo è ormai divenuto norma di diritto internazionale consuetudinario³.

Occorre aggiungere che un secondo elemento identitario della funzione giurisdizionale è, com’è noto, la libera scelta dei mezzi di regolamento, che dipende a sua volta dalla natura in linea di principio volontaria della giurisdizione.

Questa cornice generale resta dominante, nonostante le molte trasformazioni che il diritto internazionale ha subito negli ultimi 70 anni, e viene considerata tuttora “capiente”: perché non apparirebbe contraddetta ma semmai arricchita dall’emergere di obblighi *erga omnes*⁴ e dalla comparsa di tribunali permanenti (di natura “propriamente giurisdizionale”), o di fatto consimili. Il suo fondamentale senso, anche innanzi alla larga proliferazione di tribunali precostituiti, resta confermato poiché questi ultimi moltiplicano le possibilità di raggiungere la soluzione delle controversie e quindi di perseguire la pace. Come permeata da questo obiettivo, l’unità

* Professore ordinario di Filosofia del diritto, Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Sant’Anna.

¹ VILLANI, *La funzione giudiziaria nel diritto internazionale e la sua incidenza sul diritto sostanziale*, in *La Comunità Internazionale*, 2014, p. 9.

² Ivi, p. 10.

³ Sentenza della Corte internazionale di giustizia, del 27 giugno 1986, *Nicaragua c. Stati Uniti*.

⁴ PICONE, *Comunità internazionale e obblighi “erga omnes”*, Napoli, 2006.

dell'ordinamento, rispetto alla quale si paventano da tempo rischi di frammentazione, resta salda⁵ nonostante l'assenza di un ordinamento *giudiziario* unitario e la natura di "self contained system"⁶ posseduta da ciascun tribunale⁷. Con le parole di Conforti: "in realtà, trattasi di regimi speciali che come tali prevalgono sul diritto generale in virtù della regola, antica quanto il mondo, secondo cui il particolare prevale sul generale. Si tratta pur sempre, però, di regimi che si fondano su norme internazionali, ed è quindi difficile negare che il diritto generale sia chiamato a colmarne le lacune"⁸. Il fatto che poi possano prodursi divergenze interpretative non preoccupa: al contrario "siffatte divergenze vanno considerate come un importante fattore di crescita" e oltre che diffuse in ogni ordinamento, non sembrano mettere a rischio "la certezza del diritto internazionale"⁹. Anche per Villani, il fenomeno della frammentazione "non va drammatizzato"¹⁰. L'arricchimento "delle opportunità di soluzione delle controversie" costituisce un "importante contributo alla pace, riducendo le situazioni conflittuali che ne possono pregiudicare il mantenimento"¹¹.

2. Poiché queste tesi sono generalmente condivise, e proprio sulla loro base, è possibile accedere a un successivo livello di analisi. Sino a che punto la funzione giudiziaria contemporanea nel diritto internazionale si riflette nel mantenimento della pace e può essere spiegata entro questi limiti? In quanto segue, porrò la questione se vi sia una connessione tra la funzione giudiziaria e quella che, sinteticamente, potremmo chiamare l'identità del diritto internazionale o la sua costruzione.

L'ottica delle Nazioni Unite, come quella di qualsiasi ordinamento in grado di sottrarre collettività a un mero stato di natura, impone il superamento dell'hobbesiano *bellum omnium contra omnes*, e l'obiettivo di una *coesistenza* pacifica. Ma anche nel dettato statutario di questa organizzazione, una volta posta una tale premessa, compaiono scopi ulteriori che, sul presupposto della coesistenza e superandolo, perseguono poi la *cooperazione*, come si legge nel par. 2 ss. dell'art. 1 del suo Statuto. L'idea stessa di *fini comuni* (par. 4), già nell'impianto delle Nazioni Unite, sposta l'accento al di là della coesistenza, ed inevitabilmente proietta su tutti i possibili attori internazionali e sulla medesima "funzione giurisdizionale" una ragion d'essere che eccede il mero mantenimento dell'ordine e la regolazione dei conflitti.

⁵ O se non altro si ritiene che esistano larghe tendenze in direzione della "convergenza": si vedano, ad esempio, i capitoli contenuti in ANDENAS, BJORGE (eds.), *A Farewell to Fragmentation. Reassertion and Convergence in International Law*, Cambridge, 2015.

⁶ Decision of the Appeal Chamber of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, of 2 October 1995, on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, *Tadić*, par. 10 s.: "11. [...] International law, because it lacks a centralized structure, does not provide for an integrated judicial system operating an orderly division of labour among a number of tribunals, where certain aspects or components of jurisdiction as a power could be centralized or vested in one of them but not the others. In international law, every tribunal is a self-contained system (unless otherwise provided). This is incompatible with a narrow concept of jurisdiction, which presupposes a certain division of labour".

⁷ Per alcune ipotesi circa l'interpretazione e le implicazioni dei *self-contained regimes* v. SIMMA, PULKOWSKI, *Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law*, in *European Journal of International Law*, 2006, pp. 483-529. L'articolo ricorda altresì l'uso della nozione di *self-contained regimes* in una pronuncia della Corte permanente di giustizia (del 17 agosto 1923, *S. S. Wimbledon*): "The phrase 'self-contained regime' was coined by the Permanent Court of International Justice in the *S.S. Wimbledon case*. There, the Court was faced with the question whether the provisions of the Treaty of Versailles relating generally to German waterways also applied to the Kiel Canal" (ivi, p. 491).

⁸ CONFORTI, *Il ruolo del giudice nel diritto internazionale*, in *European Journal of Legal Studies*, 2007, n. 2, p. 2, reperibile on line.

⁹ Ivi, p. 3.

¹⁰ VILLANI, *op. cit.*, p. 35.

¹¹ Ivi, p. 36.

Certo, anche rileggendo le molte pagine di Hans Kelsen, il diritto internazionale resta come sul *limite* di fondazione di un ordinamento, dove, rispetto a un ipotetico stato pre-civile, il diritto deve esercitare, con la sua nascita, e come diritto pubblico internazionale, l'essenziale funzione di argine contro la guerra. Tuttavia, la mera coesistenza ordinata *non* è il segno distintivo *sufficiente* di nessun ordinamento (maturo) *in particolare*, sebbene sia *necessaria* e prima ragion d'essere degli ordinamenti *in generale*.

Si potrebbe sostenere che il ruolo del giudice non muti né per il moltiplicarsi delle obbligazioni assunte dagli Stati in molteplici settori "specializzati", in materie come la tutela dei diritti umani, o la regolazione del commercio internazionale, l'ambiente e via seguendo, né per il fiorire di impegni comuni o solidali. In linea di principio, il compito di dirimere controversie resterebbe relativamente *neutro* rispetto ai contenuti delle reciproche pretese delle parti, e conseguentemente la caratterizzazione essenziale degli organi giudicanti resterebbe totalmente identificata nel ridurre i contrasti, e con ciò, di nuovo, proteggere o ristabilire la pace. Tuttavia, è anche vero che la risoluzione delle controversie avviene, e ampiamente, sulla base di norme la cui *ratio* e le cui finalità oltrepassano di gran lunga l'obiettivo di prevenire le occasioni di guerra. E pertanto nell'amministrare giustizia, i giudici *non solo* prevenendo conflitti (tra gli Stati), ma divengono anch'essi attori necessari per il perseguimento dei molti fini che la Comunità internazionale si è andata proponendo negli ultimi decenni, necessari sin tanto che il diritto internazionale, infinitamente arricchito e trasformato almeno a partire dal secolo scorso, richiede interpretazione ed applicazione. Questa graduale maturazione – si potrebbe dire con Yuval Shany – fa sì che il centro di gravità del lavoro delle corti internazionali "has also changed in ways that emphasise their norm elaboration (or, formally speaking, law-interpretation) and law application functions"¹².

Per la verità, la funzione giudiziaria internazionale non dovrebbe discostarsi, per quello che la sua struttura acefala e decentrata consente, dal ruolo ormai complesso che ai giudici gli altri ordinamenti affidano, e che certamente comprende, tra l'altro, la *protezione del diritto*, la *costruzione della sua coerenza*, l'*attuazione delle sue norme e dei suoi principi*, e naturalmente l'accertamento delle violazioni, sia con riguardo a norme che tutelano diritti, sia a norme che pongono obiettivi comuni (perseguiti attraverso *policies* pubbliche). E peraltro l'*accesso ai giudici*, un diritto¹³ protetto da norme di rango primario, è a sua volta fondato nel dettato positivo del diritto internazionale come nelle costituzioni di molti ordinamenti: esso stesso costituisce appunto un diritto (soggettivo) "fondamentale", e da garantirsi innanzitutto dagli Stati, ma – si dovrebbe presumere – anche da quegli organismi o organizzazioni internazionali i cui provvedimenti incidano direttamente sugli individui. Circostanza questa che introduce elementi di tensione in alcune narrazioni dottrinali del diritto internazionale, il quale ormai chiama in causa individui e non solo Stati, e non solo disciplina l'indipendenza *esterna* degli Stati ma penetra la loro autonomia, o sovranità *interna*.

La pace e l'ordine, presi in sé come scopo dell'operato dei giudici, restano pertanto qualificazioni identitarie insufficienti. Essi non presupporrebbero per la verità alcuna specificazione, né dipendono direttamente dalla *giustizia*, comunque intesa:

¹² SHANY, *One Law to Rule Them All: Should International Courts Be Viewed as the Guardians of Procedural Order and Legal Uniformity?*, in FAUCHALD, NOLLKAEMPER (eds.), *The Practice of International and National Courts and the (de-)Fragmentation of International Law*, Oxford, 2014, p. 18.

¹³ FRANCONI (ed.), *Access to Justice as a Human Right*, Oxford, 2007.

e persino la pace dell'antro di Polifemo potrebbe trovare imparziale (e funzionale) sostegno in un giudice ligio alle "regole". Per questa ragione la "composizione e la soluzione delle controversie", anche nel sistema delle NU, devono avvenire "in conformità ai principi della giustizia e del diritto internazionale" (art. 1, par. 1). Ciò detto, tuttavia, non solo la pace e l'ordine, ma nemmeno la "giustizia" tra le parti, rifletterebbero completamente l'insieme delle ambizioni che il diritto internazionale ormai espone.

Fortunatamente, e certo contingentemente, il diritto internazionale contemporaneo promuove sul piano normativo – non su un qualche suo sfondo meramente "morale" – sia criteri procedurali di giustizia, sia principi sostanziali; inoltre, e questo è anch'esso un connotato qualificante, nelle sue norme positive compare una sempre più densa tessitura di obiettivi solidali della Comunità internazionale¹⁴, di cui il sistema delle Nazioni Unite rappresentò il nuovo inizio.

La domanda circa la ragion d'essere di un ordinamento e conseguentemente della funzione giurisdizionale che vi è inclusa, non ha infatti a che fare solo con la struttura formale della sua organizzazione, anzi, non riceve in essa alcuna risposta adeguata, poiché vi si può rispondere solo a seguito dell'analisi degli impegni sostanziali che caratterizzano la rete normativa del "sistema". E da questa prospettiva, entro un impianto che pur resta quello descritto qui in apertura, il ruolo del giudice internazionale assume ormai i caratteri che progressivamente lo sviluppo del diritto "posto" ha prodotto, e la *ratio* delle sue decisioni si uniforma ai più ampi scopi da cui deve dipendere. Infine, tutto ciò non può non avere conseguenze sulle decisioni e le loro giustificazioni, o sul modo in cui i giudici tessono relazioni tra i diversi sub-sistemi internazionali "separati" e il diritto internazionale generale.

È vero dunque che i molti regimi internazionali – o globali –, i vari tribunali permanenti non dissolvono l'unità dell'ordinamento, ma nel contempo essi suscitano – se non ansietà¹⁵ – qualche legittima attesa, prima fra tutte che essi rinuncino ad operare, come secondo Petersmann spesso e volentieri accade specie al di fuori del sistema del WTO, in "splendid isolation"¹⁶. Certo, giudici rigorosamente auto-referenziali, restii al "dialogo", la coordinazione, o l'armonizzazione, valorizzerebbero la propria "unicità" e manterrebbero più salda la specifica legittimazione che di volta in volta li supporta. Ma, di contro, i giudici non dovrebbero ignorare che la loro credibilità e l'attesa di giustizia che la sottende non si giovano di atteggiamenti e decisioni puramente "idiosincrici"¹⁷.

Se l'unità dell'ordinamento internazionale si rafforzerà, ciò non dipenderà solo dall'uso di tecniche di corretta qualificazione formale, cui, come nel caso della coppia specialità-generalità, sembrano attribuirsi troppo spesso effetti salvifici, ma dalle ragioni sostanziali che innervano il sistema e le sue parti: dipenderà anche dal senso che i giudici attribuiscono al proprio compito, ossia dall'ideologia del diritto internazionale che essi sposano, dalla capacità che essi hanno di "prendere sul serio" principi e norme che sembrano suggerire una funzione giudiziaria diversa

¹⁴ Anche questo è un concetto che sospinge oltre l'arbitraggio degli interessi di parti in causa, sebbene il suo significato sia soggetto a ricorrenti oscillazioni: v. SIMMA, PAULUS, *The International Community: Facing the Challenge of Globalization*, in *European Journal of International Law*, 1998, pp. 266-277.

¹⁵ KOSKENNIEMI, *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*, in *Leiden Journal of International Law*, 2002, p. 553 ss.

¹⁶ Il rimprovero viene da PETERSMANN, *Justice as Conflict Resolution: Proliferation, Fragmentation and Decentralization of Dispute Settlement in International Trade*, in *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 2006, p. 283.

¹⁷ "[T]he perception of a special court as being driven by idiosyncratic legal agendas may detract from the value of their decisions in the eyes of their international judicial counterparts" (SHANY, *op. cit.*, p. 27).

rispetto al mero *arbitraggio degli interessi delle parti*, travalicando così il compito, per definizione *content-independent*, di condurre *alla pace* parti che *volontariamente si sottopongono* al loro verdetto.

Ciò non toglie che le difficoltà siano, notoriamente, più d'una (né potrebbero elencarsi qui). Tra esse, ad esempio, il fatto che profili procedurali e sostanziali non proseguono allo stesso passo, così che nell'attuale logica di quella parte del diritto internazionale intesa al "delivering of public goods"¹⁸, le due dimensioni finiscono per interferire, o meglio per contrastare. È vero che, mentre da un lato "the classic objective of inter-state judicial procedure is the preservation of individual rights of states", dall'altro, "global public goods, and the community interests with which they are associated, cannot be reduced to bilateral schemes"¹⁹. Non a caso, la stessa Corte internazionale di giustizia è esposta alla tensione "between the collective, multilateral nature of substantive principles that the Court may be asked to litigate, and the bilateral nature of its procedures"²⁰. Pertanto, laddove la tutela di *common public goods* non è più estranea all'ordinamento, spostando per molti versi l'ago della bilancia oltre le sole logiche del consenso²¹, la questione dell'adeguatezza del diritto concernente la giurisdizione e le procedure rispetto all'applicazione delle corrispondenti norme "sostanziali" resta scarsamente discussa, ma dovrebbe esserlo²², sul presupposto che per un sistema giudiziario "funzionante" le due cose dovrebbero andare di pari passo.

3. Non mancano prospettazioni della funzione giurisdizionale che ne riconoscono una varietà di inediti profili. José Alvarez ha sostenuto che agli *international adjudicators* pertengono di fatto compiti di "dispute settlement, fact-finding, law-making, and governance", e che tutti offrono necessarie informazioni indipendenti ad attori statali razionali²³. Di contro – lo nota prudentemente Samantha Besson –, ogni revisione della funzione giurisdizionale dovrebbe preventivamente chiarire questioni teoriche essenziali riguardanti "the sources of international law itself and its legitimacy", dal momento che non si dovrebbero superare i confini di definiti compiti istituzionali che garantiscono "the respect of the sources thesis and the democratic accountability of international judges"²⁴. Ma ciò non toglie che, in ogni caso, in molti nuovi scenari la funzione dei giudici si carichi di nuove aspettative. Joanne Scott e Susan Sturm, ad esempio, vedono come nei complessi processi di *governance* sovranazionale, le corti agiscano quali "catalizzatori" di una serie di valori o principi d'ordine sia procedurale sia sostanziale²⁵.

¹⁸ Sul tema e sulla frizione rispetto al mero presupposto del consenso, v. KRISCH, *The Decay of Consent: International Law in an Age of Public Goods*, in *American Journal of International Law*, 2014, pp. 1-40. Altresì NOLLKAEMPER, *International Adjudication of Global Public Goods: The Intersection of Substance and Procedure*, in *European Journal of International Law*, 2012, p. 770: "For instance, by adjudicating claims based on the European Convention on Human Rights (ECHR), the European Court of Human Rights (ECtHR) can help produce the public good of human-rights protection. The roles of other human rights bodies, the Dispute Settlement Body of the World Trade Organization (WTO) and the International Criminal Court (ICC) are comparable".

¹⁹ Ivi, p. 771.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Per le quali, v. GUZMAN, *Against Consent*, in *Virginia Journal of International Law*, 2012, p. 747 ss.

²² Per alcune note sull'argomento, rimando a PALOMBELLA, *Senza identità. Dal diritto internazionale alla Corte costituzionale tra consuetudine, Jus cogens e principi "supremi"*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, pp. 815-830.

²³ ALVAREZ, *What are International Judges for? The Main Functions of International Adjudication*, in ROMANO et al. (eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford, 2013, pp. 158-180.

²⁴ BESSON, *Legal Philosophical Issues of International Adjudication: Getting over the Amour Impossible between International Law and Adjudication*, in ROMANO et al. (eds.), *op. cit.*, p. 433. Circa il tema della legittimazione democratica, v. VON BOGDANDY, VENZKE, *On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking*, in *German Law Journal*, 2011, p. 1341 ss.

²⁵ SCOTT, STURM, *Courts as Catalysts: Rethinking the Judicial Role in New Governance*, in *Columbia Journal of European Law*, 2006-2007, pp. 565-594.

La verità è che ai giudici si è aperto un vasto campo di intervento e di elaborazione, e ciò non dipende dall'abbandono o dal travisamento dei loro compiti essenziali, ma dalle circostanze e dai contesti normativi sulla cui base essi devono essere svolti. La caratterizzazione che Joseph Weiler ha dato del diritto internazionale, come una formazione a strati successivi, mette bene a fuoco che all'originario strato "convenzionale" si è aggiunto un diritto di tipo "comunitario" (*community law*) e uno di tipo spiccatamente "regolativo"²⁶.

Ora, la maggior parte delle trasformazioni nella funzione giudiziaria, se ve ne sono, dipende innanzitutto dal lento ma sicuro espandersi di quello che Antonio Cassese chiamava un diritto "super partes", o dalla capacità della nozione stessa di obblighi *erga omnes*, e anche di norme di *jus cogens*, di alterare il – o di sovrapporsi al – paradigma meramente volontaristico, la chiave di volta della derogabilità e della disponibilità del diritto internazionale. Lo strato regolativo, poi, pare persino più irriducibile o incompressibile di quello "comunitario", dal momento che segue le necessità di funzionamento di ogni settore vitale della prassi ultra-nazionale, e vede, accanto agli Stati, impegnate autorità di *governance*, le quali, nate per volontà degli Stati o meno, svolgono funzioni jusgenerative divenute imprescindibili in un numero indefinito di materie specifiche. È a questo strato che appartengono sempre più numerosi organismi di trattamento dei conflitti, che sono di volta in volta legati però alla specialità degli obiettivi statuari del proprio regime istituzionale, e per la verità lavorano per sostenerli.

Non si può negare che proprio questo stato di cose generi ambiguità e che per sfuggire ad essa, si elegga spesso, e un po' unilateralmente, uno degli strati a baricentro epistemico al quale ricondurre gli altri e grazie al quale spiegarli. La prospettiva del diritto internazionale convenzionale, per esempio, dispone di argomenti normativi per provare ad assorbire in sé, senza apparenti traumi, le novità proprie di una "community law" e il fiorire del richiamato diritto regolativo sopranazionale. Ma è indubbio che risalenti rappresentazioni del ruolo archimedeo di volontà e consenso²⁷ non reggono le nuove trasformazioni, e divengono piuttosto facile preda dell'ideologia realista, pronta a ridurre il diritto internazionale al perseguimento di vantaggi relativi e autoreferenziali degli Stati²⁸.

Non diversamente potrebbe dirsi dell'elezione dello strato "comunitario" a nocciolo e ragion d'essere dell'intero ventaglio normativo del diritto internazionale. Che quest'ultimo sia divenuto un complesso sistema di protezione dell'umanità (*humanity law*²⁹) anziché poggiare sul solo dogma della sovranità degli Stati – con quel che ne consegue –, può cogliere una parte, forse la più promettente, ma non la complessità dell'ordinamento attuale. E infine, per simili ragioni, provare a incorporare il diritto internazionale in quella *global administrative law*³⁰ che ormai riassume sia lo strato regolativo del diritto internazionale sia le innumerevoli forme di regolazione "amministrativa" prodotte anche al di fuori del controllo degli Stati, peccherebbe di una *hybris* "globalistica": laddove né gli Stati né il diritto interna-

²⁶ WEILER, *The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2004, p. 547 ss.

²⁷ Già nel lavoro di circa vent'anni fa, SIMMA, PAULUS, *op. cit.*, osservavano e spiegavano il progressivo abbandono del "Lotus paradigm".

²⁸ GOLDSMITH, POSNER, *The Limits of International Law*, Oxford, 2007.

²⁹ TEITEL, *Humanity's Law*, Oxford, 2011; HOWSE, TEITEL, *Humanity Bounded and Unbounded: The Regulation of External Self-Determination under International Law*, in *Law & Ethics of Human Rights*, 2013, pp. 155-184; e naturalmente, A. CASSESE, *The Human Dimension of International Law. Selected papers*, Oxford, 2008.

³⁰ S. CASSESE (ed.), *Global Administrative Law. Research Handbook*, Northampton, 2016.

zionale possono trovare nella assolutizzazione del paradigma regolativo il posto che invece nella realtà conservano ancora ben saldo.

E se ciascuna delle tre prospettive epistemiche e normative, corrispondenti ai tre menzionati strati di sviluppo del diritto internazionale, rimane insufficiente, se presa in sé, a rendere conto dell'intero, è l'equilibrio dell'insieme a dover essere perseguito, ed è per un tale equilibrio, di priorità, di funzioni, di scopi, e di principi (differenti) che il diritto internazionale deve attendersi una "funzione giudiziaria" capace di uscire dalle strettoie spesso formalistiche nelle quali il suo statuto "convenzionale" prudentemente la colloca.

4. Il passaggio *from bilateralism to community interest*³¹, che sia interamente realistico o meno, costituisce una ragione esso stesso per sostenere la funzione giurisdizionale in compiti più maturi, che tengano in primo piano la compiutezza sostanziale del diritto internazionale nel suo insieme, la sviluppino e la producano: basta ripercorrere le autorevoli ammonizioni del (giudice) Lauterpacht per comprendere la centralità di tale modello giurisdizionale, specialmente di argomentazione e di giustificazione normativa, che appare oggi indispensabile, sebbene quasi un secolo fa indicasse un orizzonte relativamente lontano. Nel suo argomentare per la prevenzione del *non-liquet*, Lauterpacht suggeriva, tra l'altro, che il giudice operasse tenendo in conto sempre "the entirety of international law and the necessities of the international community"³².

Dall'art. 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati si desume il principio della *systemic integration*, che impone di tener conto di tutte le norme rilevanti di diritto internazionale applicabili tra le parti. Il rango ormai consuetudinario di tale principio deporrebbe per un suo ruolo decisivo. Ma il senso, l'ampiezza, e la direzione della *systemic integration* restano ovviamente controversi, aprendo ad usi piuttosto divergenti, che oscillano da nozioni minimaliste ad ambizioni ricostruttive dell'unità sostanziale dell'ordinamento. Ed è per questa ragione che l'autocomprensione dei giudici e l'ideologia del diritto internazionale che essi possiedono sono determinanti.

Se guardassimo agli ordinamenti statali, troveremmo un *corpus* normativo in cui principi fondamentali definiscono l'orizzonte finale, gli scopi del sistema giuridico nel suo insieme, così da indirizzare l'interpretazione delle singole norme e consentendo un progressivo adattamento nel tempo, nell'ottica di costruire una consistenza complessiva, sia sotto il profilo della coerenza logica sia sotto quello della convergenza e dell'integrità dei significati materiali. Questo, in linea di principio, non può non valere anche per il diritto internazionale, indipendentemente dalla configurazione istituzionale dell'ordine dei suoi giudici, semplicemente perché, al di là delle declaratorie, la conoscenza e l'applicazione del diritto sono sempre un effetto interpretativo strettamente dipendente dalla concezione che i giudici hanno di sé e degli impegni "ultimi" che costituiscono la ragion d'essere del sistema giuridico in cui operano. Si tratta tuttavia di un compito *in itinere* rispetto al quale sovente affiora lo scetticismo interno della "ricevuta" cultura internazionalista, sin troppo consapevole dei rischi delle fughe in avanti, e diffidente delle teorizzazioni d'insieme che mirino a elaborare una nozione condivisa dell'*identità* stessa del diritto internazionale.

³¹ FASTENRATH et al. (eds.), *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Bruno Simma*, Oxford, 2011.

³² LAUTERPACHT, *The Function of Law in the International Community*, Oxford, 2011, p. 327.

Non si tratta però di trasformare le corti in *creatrici* di nuovo diritto, ma di assumere quella stessa cultura della giustificazione che si è sviluppata tra le corti nazionali, innanzi a divergenti norme e alla inevitabile scelta tra principi che in astratto appaiono sovrapporsi. In fondo, a questo si riferivano le note dissenzienti del giudice Rosalyn Higgins: “[T]he corpus of international law is frequently made up of norms that, taken in isolation, appear to pull in different directions [...]. It is the role of the judge to resolve, in context, and on grounds that should be articulated, why the application of one norm rather than another is to be preferred in the particular case. As these norms indubitably exist, and the difficulties that face the Court relate to their application, *there can be no question of judicial legislation*”³³.

E come ho ricordato nelle pagine che precedono, le scelte risalgono, che lo si voglia o no, alla visione che si possiede del sistema e della sua integrità, e a ciò che si pensa dei suoi propositi fondamentali. E anche per questo, vale rileggere, avvertiti del peso che le parole meritano, un ultimo passo della Higgins: “The judicial lodestar, whether in difficult questions of interpretation of humanitarian law, or in resolving claimed tensions between competing norms, must be those values that international law seeks to promote and protect”³⁴.

³³ Opinione dissenziente del giudice Higgins nel parere della Corte internazionale di giustizia, dell’8 luglio 1996, sulla *Liceità della minaccia o dell’uso delle armi nucleari*, par. 40 (cors. agg.).

³⁴ Ivi, par. 41.

ISBN 978-88-6611-591-5



Due tomi indivisibili

€ 120,00