

UNIVERSITÀ DEL PIEMONTE ORIENTALE
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA E SCIENZE
POLITICHE, ECONOMICHE E SOCIALI

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA

TESI DI LAUREA

Il ruolo del precedente nella giurisdizione internazionale

Relatore:

Chiar.mo Prof. Stefano Saluzzo

Candidata:

Luisa Affatato

ANNO ACCADEMICO 2022/2023

SOMMARIO

INTRODUZIONE	4
CAPITOLO I - IL PRECEDENTE GIUDIZIALE: ASPETTI GENERALI E IMPLICAZIONI INTERNAZIONALI	
<i>1. Una panoramica sul precedente giudiziale</i>	<i>7</i>
<i>2. La dottrina dello stare decisis nel diritto internazionale: le norme che regolano lo status del precedente</i>	<i>11</i>
<i>3. Il problema della frammentazione del diritto internazionale come ostacolo all'uso del precedente</i>	<i>17</i>
<i>3.1. L'incremento della legislazione internazionale</i>	<i>17</i>
<i>3.2. La proliferazione dei tribunali internazionali e la cd. frammentazione istituzionale</i>	<i>18</i>
<i>4. Mezzi di risoluzione delle controversie internazionali</i>	<i>22</i>
<i>5. Gli effetti generali della sentenza internazionale: l'immutabilità e l'obbligatorietà</i>	<i>23</i>
<i>6. Il valore riconosciuto dai tribunali interni alle sentenze internazionali</i>	<i>24</i>
<i>6.1. I possibili effetti della sentenza internazionale nel successivo processo interno</i>	<i>24</i>
<i>6.1.1. L'adattamento degli ordinamenti nazionali alle sentenze internazionali: il caso Germania c. Italia</i>	<i>28</i>
<i>6.2. Il valore della giurisprudenza internazionale nei processi interni</i>	<i>33</i>
CAPITOLO II – IL RUOLO DEL PRECEDENTE NELLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA	
<i>1. La Corte Internazionale di Giustizia e il contesto in cui essa opera</i>	<i>34</i>
<i>2. Le decisioni della CIG: fonti formali o meri mezzi sussidiari</i>	<i>37</i>
<i>3. Il modo in cui i precedenti vengono impiegati dai giudici dell'Aja.....</i>	<i>41</i>
<i>3.1. I motivi sottostanti alla prassi seguita dalla Corte</i>	<i>47</i>
<i>3.2. L'impatto sulla Corte e sulle parti coinvolte</i>	<i>50</i>
<i>4. I valori che giustificano la prassi della Corte Internazionale di Giustizia</i>	<i>52</i>
<i>5. L'evoluzione del diritto internazionale attraverso le decisioni della CIG</i>	<i>55</i>

5.1. <i>L'impatto della Corte sullo sviluppo di alcuni importanti settori del diritto internazionale: i diritti umani, la responsabilità degli Stati e il diritto del mare</i>	59
5.2. <i>Il ruolo della Corte come promotrice del diritto internazionale</i>	66
5.3. <i>I fattori che determinano l'influenza della Corte</i>	67
 CAPITOLO III – IL RUOLO DEL PRECEDENTE NELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO	
1. <i>La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo</i>	70
1.1. <i>Il ruolo della Corte EDU</i>	74
1.2. <i>Le peculiarità della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo</i>	77
2. <i>L'impiego del precedente da parte della Corte EDU</i>	79
3. <i>La forza assunta dal precedente nel contesto della Corte EDU</i>	89
4. <i>Il superamento del precedente da parte della Corte EDU</i>	93
5. <i>Il rilievo della giurisprudenza della Corte EDU nell'ordinamento italiano</i>	97
 CAPITOLO IV – IL RUOLO DEL PRECEDENTE NELL'ARBITRATO DI INVESTIMENTI	
1. <i>Una panoramica sul sistema di risoluzione delle controversie nel diritto internazionale degli investimenti con particolare riferimento all'arbitrato</i>	100
2. <i>Gli ostacoli al sistema del precedente nell'arbitrato internazionale di investimento</i>	103
3. <i>La rilevanza della giurisprudenza arbitrale</i>	105
4. <i>Ricorso al precedente: il modo e le ragioni dell'affidamento da parte dei tribunali arbitrali</i>	110
5. <i>Lodi contrastanti: perché i tribunali non si conformano alla giurisprudenza arbitrale?</i>	115
6. <i>L'influenza della giurisprudenza sui diritti e sugli obblighi degli Stati</i>	117
7. <i>La proposta della Commissione europea per l'istituzione di una Corte multilaterale di investimento</i>	119
 CONCLUSIONI	121
 BIBLIOGRAFIA	124

*Il giudice deve garantire la stabilità nel cambiamento
così come il cambiamento nella stabilità.
Proprio come l'aquila in volo che mantiene la sua stabilità solo quando è in movimento,
il diritto anch'esso, è stabile solo quando si evolve.*

Aharon Barak

INTRODUZIONE

Con la presente Tesi di laurea, si è voluto proporre un'analisi relativa al tema del precedente con riferimento all'ordinamento internazionale. Quest'ultimo risulta un *mare magnum* di estrema vastità e complessità, in virtù dell'immanente natura disomogenea del sistema stesso. La coesistenza di Stati molto diversi tra loro, la compresenza di numerose Corti internazionali e la vigenza di un *corpus* normativo così variegato in assenza di una norma regolatrice, sono solo alcuni degli elementi che danno la misura di quanto sia intricato il contesto entro il quale è stato effettuato questo studio.

Il lavoro, che viene sviluppato attraverso i capitoli, muove i passi da una panoramica che introduce il lettore al tema del precedente. Panoramica, questa, volutamente concepita con una marcata genericità, nella quale viene chiarito il significato di precedente e dei concetti ad esso correlati, analizzando l'obiettivo che esso intende perseguire – l'uniformità giuridica – con particolare attenzione alle diverse tradizioni giuridiche esistenti, al diverso ruolo che il precedente svolge nei vari ordinamenti e alle dimensioni che questo può assumere. Non stupirà il lettore, poi, scoprire che sistemi caratterizzati da assetti così distanti, il differire tra loro lasci spazio anche a contaminazioni reciproche e convergenze.

Proseguendo, la trattazione abbandona il suo carattere generale, concentrandosi maggiormente sul diritto internazionale, dove – come detto – non esiste una regola che disciplini il precedente. Per tale ragione, gli approfondimenti relativi a questo tema ruotano largamente attorno al dettato dell'articolo 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, il quale – ancorché si riferisca alle sole fonti applicabili dal Tribunale Internazionale dell'Aja – *de facto* è riconosciuto come una statuizione delle fonti di diritto internazionale in generale. Esso fa riferimento alla giurisprudenza come mezzo sussidiario per la determinazione delle norme giuridiche internazionali che, tuttavia, incontra un significativo limite nella disposizione dell'articolo 59 del medesimo Statuto il quale, consacrando gli effetti interstatali delle sentenze, esclude una rigida applicazione della regola dello *stare decisis*. Si vedrà, peraltro, come non si sia mai giunti a una risposta davvero univoca circa il valore e il ruolo del precedente nell'ordinamento internazionale, lasciando il tema aperto e altrettanto dibattuto.

Un elemento di centrale importanza è il ruolo che la proliferazione dei tribunali e la vastità della legislazione assumono rispetto alla frammentarietà del diritto internazionale; è così del tutto pacifico ritenere che ciò, specie nella sua dimensione istituzionale, rappresenti il principale ostacolo all'uso del precedente in ambito internazionale.

Un altro elemento problematico, relativamente al precedente, attiene al valore che i tribunali dei singoli Stati riconoscono alle decisioni internazionali. Da ciò, discendono due temi: il modo in cui i tribunali nazionali recepiscono le decisioni emesse nei confronti dello Stato stesso, processo che riflette il grado di obbedienza di quell'ordinamento; e la *gestione*, da parte dei giudici nazionali, della giurisprudenza internazionale. La commistione dei due temi è così capace di mettere in luce il ruolo e l'importanza che le sentenze internazionali assumono nell'ordinamento giuridico di uno Stato, valutando il grado di adesione al diritto sovranazionale e la volontà di conformarsi agli obblighi e ai principi che ne derivano.

Nei capitoli che seguono si propone un'analisi attorno al ruolo del precedente nell'ambito della Corte Internazionale di Giustizia, della Corte Europea dei diritti dell'Uomo e dell'arbitrato di investimenti. La CIG, infatti, svolge un ruolo preminente nell'ordinamento internazionale, in virtù della sua appartenenza all'assetto organico dell'ONU, ed è dunque stato doveroso dedicarle una particolare attenzione. La Corte EDU, d'altra parte, esercita una funzione che potremmo assimilare a quella di una Corte costituzionale, per via del fatto che la sua Convenzione assume i connotati di una Carta costituzionale, riconoscendo, sotto forma di principi generali e astratti, i diritti e le libertà fondamentali degli individui. Mentre l'arbitrato di investimenti è un settore nel quale il precedente, malgrado le difficoltà riscontrate, ha acquisito una particolare rilevanza. Come si avrà modo di constatare, per esaminare il ruolo svolto dalla giurisprudenza nell'ambito di un determinato organo, è essenziale considerare il contesto istituzionale in cui l'organo stesso opera. L'analisi di ogni sistema, pertanto, partirà sempre dall'illustrazione dello scenario in cui i giudici e gli arbitri si trovano ad agire.

Il quadro evidenzia come sia ormai consuetudine, per i giudici internazionali, seguire la propria prassi giudiziaria: ciò emerge non solo indirettamente, attraverso i continui richiami che i giudici fanno alle *loro* pronunce passate, ma anche da quanto esplicitamente riconosciuto da essi. Innanzitutto, si riscontrano, a livello sovranazionale, le medesime necessità di coerenza, certezza e uguaglianza che inducono i giudici nazionali – in particolare nei sistemi di *common law*, ma non solo – ad adeguarsi alle decisioni pregresse. Inoltre, la giurisprudenza gioca un ruolo indispensabile nella conoscenza del diritto in vigore: l'attività ermeneutica, infatti, è considerata come una parte essenziale del diritto esistente in un particolare sistema giuridico. La dottrina illuminista secondo cui *il giudice è bocca della legge*, risalente al principio della separazione dei poteri attribuito a Montesquieu, si è ormai dissolta. Dunque, l'impiego del precedente è un'abitudine consolidata in pressoché tutti gli ordinamenti – e senz'altro in quello

internazionale – ma ciò che può variare, tra i diversi organi giudiziari, è la forza e il modo in cui tale pratica viene messa in atto.

Ciò premesso, se da un lato è indiscutibile che i giudici internazionali abbiano ormai intrapreso questa strada, ossia quella di seguire la propria giurisprudenza, dall'altro le peculiarità del sistema internazionale precludono la possibilità di discutere di un'autentica teoria del precedente in tale ordinamento. Non si può, infatti, trascurare né il fatto che i precedenti non siano vincolanti dal punto di vista giuridico, né che essi non siano inclusi tra le fonti del diritto internazionale.

Questa è, senza dubbio, la cornice formale. Tuttavia, è altrettanto diffuso l'assunto per il quale gli effetti delle sentenze internazionali non siano meramente interpretativi e men che meno si esauriscano in quelli coercitivi e definitivi legati all'autorità di *res iudicata*. Gli articoli 38 e 59 dello Statuto della CIG, come il lettore avrà modo di osservare nel corso dei capitoli, non sono sufficienti ad impedire il raggiungimento di tali affermazioni.

Ancora una volta, risulta essere proprio il carattere marcatamente *anarchico* del diritto internazionale il principale ostacolo affinché possa consolidarsi un sistema in grado di disciplinare il ruolo del precedente in tale ordinamento.

CAPITOLO I

IL PRECEDENTE GIUDIZIALE: ASPETTI GENERALI E IMPLICAZIONI INTERNAZIONALI

SOMMARIO: 1. Una panoramica sul precedente giudiziale – 2. La dottrina dello *stare decisis* nel diritto internazionale: le norme che regolano lo status del precedente – 3. Il problema della frammentazione del diritto internazionale come ostacolo all'uso del precedente – 3.1. L'incremento della legislazione internazionale – 3.2. La proliferazione dei tribunali internazionali e la cd. frammentazione istituzionale – 4. Mezzi di risoluzione delle controversie internazionali – 5. Gli effetti generali della sentenza internazionale: l'immutabilità e l'obbligatorietà – 6. Il valore riconosciuto dai tribunali interni alle sentenze internazionali – 6.1. I possibili effetti della sentenza internazionale nel successivo processo interno – 6.1.1. L'adattamento degli ordinamenti nazionali alle sentenze internazionali: il caso *Germania c. Italia* – 6.2. Il valore della giurisprudenza internazionale nei processi interni

1. Una panoramica sul precedente giudiziale.

Per condurre uno studio mirato alla comprensione del valore del precedente giudiziale all'interno di un ordinamento giuridico, come quello internazionale, è essenziale iniziare con una chiara definizione del concetto di precedente. Il precedente, tema ampio e lungamente dibattuto, può essere descritto come una decisione, divenuta ormai immutabile, pronunciata da un giudice in un caso specifico, che viene richiamata da un altro giudice per la risoluzione di un caso successivo e analogo al primo. Da questa definizione icastica emergono all'istante i due aspetti peculiari che contraddistinguono il precedente, ossia l'anteriorità temporale e la similitudine o analogia tra il caso sottoposto al giudice e quello già deciso¹.

Il fenomeno, così descritto, permette di perseguire valori quali l'uguaglianza di trattamento di casi simili², la previsione delle decisioni giudiziarie – con la speranza di diminuire i conflitti – e la certezza del diritto attraverso la coerenza degli orientamenti interpretativi, principi ritenuti ormai fondamentali pressoché in ogni ordinamento giuridico. In

¹ M. G. BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2015, p. 70.

² A tal proposito è utile citare il cd. principio di Leibniz, noto anche come legge degli indiscernibili, secondo cui non possono esistere due fatti identici; perciò, se due descrizioni coincidono significa che esse si riferiscono in realtà allo stesso fatto.

altre parole, l'obiettivo auspicato dagli ordinamenti moderni è l'uniformità, che si raggiunge mediante l'omogenea interpretazione e applicazione del diritto³.

L'uniformità, dunque, è un principio considerato imprescindibile tanto nel sistema giuridico continentale, quanto nel sistema giuridico anglosassone; nonostante nell'immaginario giuridico collettivo persista la convinzione, benché da tempo criticata, che i suddetti sistemi siano sostanzialmente differenti sotto questo punto di vista. Tradizionalmente, infatti, nei sistemi di *common law* il precedente non solo vincola il giudice successivo ad adattarsi alla decisione del giudice che l'ha preceduto nella risoluzione di un caso simile, ma il riferimento alla sentenza antecedente è anche sufficiente a sostenere la sua decisione. Al contrario, nei sistemi di *civil law* il ruolo svolto dal precedente è meramente persuasivo e l'eventuale richiamo da parte del giudice non lo esonera dal dovere di motivare, mediante il riferimento ad una norma legislativa, la sentenza emessa⁴. Ciò è indubbiamente vero, ma si è consolidata l'idea che il giudice di *common law*, nel deliberare, sia fortemente vincolato dalla giurisprudenza passata, mentre quello di *civil law* abbia un'assoluta libertà decisionale. La realtà, tuttavia, è tutto fuorché così definita dal momento che i due modelli, spesso, finiscono per sovrapporsi⁵. Infatti, sia nella tradizione continentale che in quella anglosassone, la questione del valore del precedente sta gradualmente inclinandosi verso una soluzione basata sul cd. "*take into account approach*", ossia sull'idea che il giudice è sempre tenuto a considerare la giurisprudenza passata riguardante casi simili a quello a lui sottoposto, ma non ha alcun obbligo di adeguarsi ad essa. Perdipiù non è accurato parlare in modo così schematico di due sistemi, sussistendo significative differenze anche tra ordinamenti che appartengono alla medesima tradizione giuridica, come quello americano e quello inglese⁶. Una discussione completa sul ruolo che il precedente svolge nei vari paesi, continentali e anglosassoni, esula dallo scopo di questo lavoro ma, essendo il diritto internazionale un diritto che regola i rapporti tra ordinamenti, ossia i rapporti della comunità internazionale, è indispensabile tenere ben presente le diverse tradizioni giuridiche con cui il diritto internazionale inevitabilmente si scontra.

³ M. TARUFFO, *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia Annuario di scienze penalistiche*, 2014, p. 38.

⁴ M. POLLERA, *Precedente giudiziale e modelli decisionali*, in *Cassazione penale*, 2018, p. 3987.

⁵ M. CROCE, *Precedente giudiziale e giurisprudenza costituzionale*, in *Contratto e impresa*, 2006, p. 1117.

⁶ V. MARINELLI, *Precedente giudiziario*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè Editore, 2012, p. 882. L'autore mette in luce come nello stesso Regno Unito ci siano variazioni tra il Galles e l'Inghilterra da un lato, e la Scozia e l'Irlanda del Nord dall'altro: situazione che evidenzia l'assenza di una coesione giuridica all'interno dei sistemi che derivano dalla tradizione inglese.

Tornando al significato del termine precedente – che rimane lo stesso pur svolgendo un ruolo differente nei vari ordinamenti – è necessario porre in luce i fattori che contribuiscono a darne una definizione in senso proprio⁷.

Innanzitutto, per poter parlare propriamente di precedente giudiziale, è importante sottolineare come esso non sia costituito da tutto ciò che è affermato in una decisione, ma solo dalla *ratio decidendi*, ossia la regola giuridica – letteralmente “il fondamento della decisione” – alla quale l’organo giudicante si riferisce per giustificare la sua sentenza e qualificare giuridicamente la questione in esame. Al contrario, gli *obiter dicta*, ossia quelle questioni affrontate dal giudice solo in via incidentale e non determinanti ai fini della decisione, non assumono valore di precedente. L’organo giudicante, tuttavia, ha sempre la facoltà di richiamare una questione incidentale affrontata in passato da un altro giudice ma, in tal caso, non si può parlare di un autentico precedente; benché nella pratica la distinzione tra *ratio decidendi* e *obiter dicta* sia difficile da tracciare e frequentemente, questi ultimi, finiscono indebitamente per assumere tale valore⁸.

In secondo luogo, come ho già anticipato, perché si possa discutere di precedente in senso proprio, è essenziale che i fatti del primo e del secondo caso siano sufficientemente simili, altrimenti non si potrebbe applicare a quest’ultimo la stessa *ratio decidendi* che ha guidato la decisione passata. Se le circostanze fattuali differiscono in modo significativo, il secondo giudice può giustificare la non applicazione del precedente attraverso la tecnica del *distinguishing* (e non solo)⁹, dimostrando le divergenze. Ne deriva che il riferimento ai fatti è un fattore essenziale per l’applicazione o meno, alla fattispecie in questione, della regola adottata in precedenza¹⁰.

Precisato il significato originario del termine precedente, è necessario tener presente che spesso – come ho preannunciato a proposito degli *obiter dicta* – esso viene utilizzato in modo del tutto improprio e, sostanzialmente, inesatto. È ormai consuetudine, infatti, considerare alla stregua di un precedente qualsiasi argomento, contenuto in una delibera, che possa orientare la risoluzione di casi successivi e, addirittura, anche qualora la decisione che si assume come ipotetico precedente non si occupi, in realtà, di fatti¹¹. Per fare un esempio concreto basta

⁷ M. TARUFFO, *Aspetti del precedente giudiziale*, cit., pp. 39 ss.

⁸ G. VISINTINI, *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile*, CEDAM, Padova, 1988, pp. 25 ss., 113 ss., 125 ss.

⁹ G. MARSHALL, *Trentatré cose che si possono fare con i precedenti*, in *Ragion pratica*, 1996, fasc. 6, pp. 29 ss.

¹⁰ M. SERIO, *La rilevanza del fatto nella struttura del precedente giudiziario inglese*, in *Europa e diritto privato*, 2013; S. WHITTAKER, *Precedent in english law: a view from the citadel*, in *European Review of Private Law*, Vol. 14 (6), 2006, pp. 705-746 ss.

¹¹ M. TARUFFO, *Aspetti del precedente giudiziale*, cit., p. 41.

pensare alle decisioni e alle massime della nostra Corte di Cassazione, alle quali si fa ordinariamente riferimento, che – in virtù della funzione istituzionale della Corte che è giudice di legittimità e della nomofilachia – non si occupano mai dei fatti. Eppure, nonostante non vi possano essere, per ovvie ragioni, connessioni fattuali tra i due casi – fattore imprescindibile per poter parlare di precedente in senso proprio – è comunemente riconosciuta alla Suprema Corte la facoltà di enunciare precedenti. Di conseguenza, il precedente può derivare da qualsiasi affermazione riguardante la risoluzione di una questione di diritto, senza necessariamente riflettere la vera *ratio decidendi* che ha guidato la decisione del caso originale. Anzi, talvolta, qualsiasi cosa sia stata enunciata nella relativa sentenza può assumere valore di precedente.

Infine, per comprendere a fondo il concetto di precedente giudiziale e concludere la panoramica attorno a questo fenomeno, conviene effettuare alcune brevi riflessioni sulle sfaccettature che esso può assumere. Il precedente, infatti, può avere una duplice dimensione – verticale o orizzontale – che attiene al rapporto che intercorre tra l'organo giudiziario che ha emesso la prima sentenza, ossia quella che viene utilizzata come precedente, e il giudice del caso successivo¹². La dimensione verticale, che si connette con la struttura gerarchica dell'organizzazione giudiziaria, riguarda l'applicazione, da parte di un tribunale inferiore, di un precedente stabilito da un tribunale di grado superiore. Al contrario, la dimensione orizzontale si riferisce all'applicazione di un precedente da parte di tribunali appartenenti al medesimo livello gerarchico. All'interno di quest'ultima categoria si può includere il cd. autoprecedente, ossia quel particolare caso in cui il giudice, per decidere una controversia attuale, si serve di una propria decisione passata; fenomeno molto comune nella prassi giuridica.

Distinguere tra le suddette dimensioni che il precedente può assumere è rilevante sia su un piano teorico, in quanto permette di individuare il fondamento su cui esse si basano; sia su un piano pratico, in quanto consente di rivelare il grado di intensità del vincolo¹³.

Per quanto riguarda il piano teorico, infatti, la dimensione verticale del precedente rispecchia la struttura gerarchica del sistema giudiziario in quanto è pacifico che una corte di grado superiore abbia il potere di influenzare – o addirittura di vincolare, nel caso del sistema inglese – le corti di grado inferiore: il fondamento su cui si basa il precedente verticale, dunque, è l'autorevolezza della decisione, che è legata all'organo giudiziario che l'ha emessa. La dimensione orizzontale del precedente, al contrario, trova il suo fondamento esclusivamente nella cd. giustizia formale – che oltretutto giustifica la forza vincolante/persuasiva del

¹² *Ibidem*.

¹³ M. POLLERA, *Precedente giudiziale e modelli decisionali*, cit., p. 3989.

precedente in generale, anche nella sua dimensione verticale – per cui “casi uguali devono essere decisi in modo uguale, e casi diversi in modo diverso”¹⁴: il precedente orizzontale, pertanto, si basa sull’esigenza di garantire la certezza del diritto e la prevedibilità delle decisioni giudiziarie.

Dal punto di vista pratico, come ho anticipato, le due dimensioni che il precedente può assumere permettono, invece, di mostrare il grado di intensità della sua efficacia. Nella sua dimensione verticale il precedente opera nel suo massimo livello di influenza: le decisioni delle corti sovraordinate sono ritenute particolarmente autorevoli dalle corti sottostanti – tanto che il sistema inglese impone ai giudici inferiori di applicarle perfino se in disaccordo con esse (salva la tecnica del *distinguishing*). Il grado di intensità del precedente orizzontale, invece, è generalmente inferiore¹⁵.

Tuttavia, in un contesto come quello dell’ordinamento internazionale – caratterizzato dall’assenza di un organo giudiziario centrale e, quindi, dalla mancanza di un assetto gerarchico – questa distinzione perde di fatto la sua importanza. Ciò nonostante, la Corte Internazionale di Giustizia, che svolge la funzione di principale organo giudiziario delle Nazioni Unite, ha un ruolo predominante in tal contesto e, dunque, le sue decisioni sono molto più influenti rispetto a quelle degli altri tribunali.

2. La dottrina dello stare decisis nel diritto internazionale: le norme che regolano lo status del precedente.

La panoramica sul precedente appena illustrata è stata necessaria per l’obiettivo di questo elaborato. I suddetti concetti, infatti, si ripropongono in modo quasi analogo con riferimento all’ordinamento internazionale che però, al contrario degli ordinamenti nazionali, è privo di una norma di rango superiore nella quale individuare le fonti del diritto¹⁶. Per questa ragione le discussioni su questa tematica prendono spesso le mosse dall’articolo 38, paragrafo 1, lettera d), dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia (CIG), considerato come un’autorevole enunciazione delle fonti del diritto internazionale. Esso stabilisce che la Corte – fatta salva l’applicazione dell’articolo 59 dello stesso Statuto¹⁷ che esclude qualsiasi avallo di una rigida regola dello *stare decisis* – è tenuta ad utilizzare “*judicial decisions and the teachings*

¹⁴ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, SEBASTIANO MAFFETTONE (a cura e revisione di), UGO SANTINI (traduzione italiana di), Feltrinelli, Milano, 2009, pp. 70 ss.

¹⁵ M. POLLERA, *Precedente giudiziale e modelli decisionali*, cit., p. 3989.

¹⁶ M. N. SHAW, *International Law*, 8^a ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 51.

¹⁷ Art. 59 Statuto CIG “*The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case*”.

*of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law*¹⁸. Dal combinato disposto di queste due norme emerge – o comunque sia così è stato inteso – che la Corte non ha nessun obbligo di applicare le decisioni precedenti nella risoluzione delle controversie che le sono sottoposte¹⁹.

Letture analoghe sono state date all'articolo 53 della Convenzione ICSID che afferma che *“The award shall be binding on the parties”*²⁰ e all'articolo 1136, paragrafo 1, del NAFTA che stabilisce che *“An award made by a Tribunal shall have no binding force except between the disputing parties and in respect of the particular case”*²¹.

I sostenitori di siffatta tesi rifiutano la dottrina dello *stare decisis* sulla base della mancanza di una disposizione che le dia effettivamente atto, ma è bene ricordare che, anche in quei sistemi in cui si è sviluppata una forte cultura al vincolo del precedente, raramente il riconoscimento di tale pratica è incluso nella legge fondamentale²². Ciò che è certo, tuttavia, è che la questione se i giudici internazionali siano, in linea di principio, obbligati ad applicare le decisioni giudiziarie pertinenti non ammette una risposta agevole.

Ad oggi, l'unico tribunale che adotta questo approccio sulla base di disposizioni di legge è la Corte di Giustizia caraibica (CCJ, acronimo inglese di Caribbean Court of Justice) secondo la quale, com'è stabilito all'articolo 221 del Revised Treaty of Chaguaramas (RTC) che ha istituito il mercato unico e l'economia dei Caraibi (CSME), *“Judgments of the Court shall constitute legally binding precedents for parties in proceedings before the Court unless such judgments have been revised in accordance with Article 219”*²³. Nella sua breve vita, la CCJ ha confermato una interpretazione piuttosto letterale della suddetta norma, sottolineando il suo dovere di conformarsi alle proprie decisioni. Un esempio significativo di ciò si è verificato nel caso *Myrie c. Barbados*, nel quale la Corte ha adottato una visione rigorosa dello *stare decisis* giustificando tale approccio sulla base dell'articolo 221 RTC e, in seguito, confrontandolo con quello diversamente delineato nell'articolo 59 dello Statuto della CIG.

¹⁸ Art. 38, § 1, lett. d), Statuto CIG.

¹⁹ G. ACQUAVIVA e F. POCAR, *Stare decisis*, in R. WOLFRUM (a cura di), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, 2007, consultabile dal sito https://derecho.aulavirtual.unc.edu.ar/pluginfile.php/113583/mod_resource/content/1/Sesion3MayoEPIL_Stare_decisis.pdf.

²⁰ Art. 53 Convenzione ICSID.

²¹ Art. 1136, §1, NAFTA.

²² Un'eccezione degna di nota è l'art. 141 della Costituzione indiana, che stabilisce che *“la legge dichiarata dalla Corte suprema è vincolante per tutti i tribunali all'interno del territorio indiano”* (traduzione della sottoscritta).

²³ Art. 221 RTC.

Nel contesto dell'accordo sullo spazio economico europeo (accordo SEE o, in inglese, EEA agreement), entrato in vigore il 1° gennaio 1994 con l'obiettivo di riunire gli Stati membri dell'UE e i tre Stati EFTA del SEE — Islanda, Liechtenstein e Norvegia — in un mercato unico, denominato “mercato interno”, è stato adottato un approccio apparentemente diverso. L'articolo 6, infatti, prevede che “*Without prejudice to future developments of case law, the provisions of this Agreement, in so far as they are identical in substance to corresponding rules of the Treaty establishing the European Economic Community and the Treaty establishing the European Coal and Steel Community and to acts adopted in application of these two Treaties, shall, in their implementation and application, be interpreted in conformity with the relevant rulings of the Court of Justice of the European Communities given prior to the date of signature of this Agreement*”²⁴. La norma, dopo aver stabilito che le disposizioni del presente accordo devono essere interpretate in modo conforme alle pertinenti sentenze della CGUE, introduce una scadenza che distingue le decisioni dotate di piena autorità di precedente da quelle prive di tale autorità. Il desiderio di coerenza perseguito, che si è tradotto nella necessità di seguire la giurisprudenza della CGUE precedente al 1992, non è tuttavia venuto meno, ovviamente, e a spinto così la Corte EFTA a considerare anche le decisioni più recenti²⁵.

Lo Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale (CPI) ha adottato un approccio intermedio in merito all'uso delle decisioni precedenti. La norma chiave è rappresentata dall'articolo 21, paragrafo 2, che concede alla Corte il potere di “*apply principles and rules of law as interpreted in its previous decisions*”²⁶. Le differenze tra l'articolo 38 e l'articolo 21, sebbene entrambi confinino le decisioni giudiziarie ad un mero *status* accessorio, sono però notevoli. Innanzitutto, anziché fare un riferimento generico alle decisioni giudiziarie, l'articolo 21 allude alle decisioni della Corte Penale Internazionale, senza stabilire nessuna gerarchia tra la giurisprudenza delle camere istruttorie, di primo grado e d'appello²⁷. In secondo luogo, l'articolo 21 afferma che la Corte ha la possibilità – non il dovere – di utilizzare tali decisioni,

²⁴ Art. 6 Accordo SEE.

²⁵ Studi specifici hanno dimostrato che il fatto che una sentenza sia stata pronunciata prima o dopo il 1992 non sembra costituire una variabile rilevante per determinare il peso attribuitole dalla Corte EFTA. A tal proposito si veda V. SKOURIS, *The ECJ and the EFTA Court under the EEA Agreement: A Paradigm for International Cooperation between Judicial Institutions*, in C. BAUDENBACHER, P. TRESSELT e T. ORLYGSSON (a cura di), *The EFTA Court. Ten Years On*, Bloomsbury Publishing, 2005, pp. 123-135.

²⁶ Art. 21, § 2, Statuto CPI.

²⁷ G. BITTI, *Article 21 of The Statute of the International Criminal Court and the Treatment of Sources of Law in the Jurisprudence of the ICC*, in C. STAHN e G. SLUITER (a cura di), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, 2008, pp. 281-292.

evidenziando in tal modo la discrezionalità dell'atto²⁸. Infine, l'articolo 21 specifica che a poter essere applicate non sono le decisioni stesse, bensì i principi di diritto in esse contenuti. Lo scopo della norma, senza dubbio, è quello di favorire lo sviluppo di una giurisprudenza uniforme, caposaldo di tutti gli ordinamenti moderni. Vale la pena sottolineare che, nonostante le differenze che intercorrono tra l'articolo 38 e la norma in esame, entrambe le disposizioni concedono ai giudici il potere di utilizzare le decisioni precedenti come esplicative del diritto internazionale²⁹.

In effetti, sebbene le disposizioni che regolano la materia tendano ad essere intese come un rifiuto della dottrina dello *stare decisis*, sono molti i giudici internazionali favorevoli a questa pratica. Le medesime esigenze ravvisate a livello nazionale – come la certezza, la coerenza e l'uguaglianza nell'applicazione del diritto – sono infatti state riscontrate anche dalle corti e dai tribunali internazionali.

Tornando ad esaminare l'articolo 38 dello Statuto della CIG, al quale si attribuisce una certa portata generale, esso fa riferimento alla giurisprudenza (così come alla dottrina) come *subsidiary means* per la determinazione delle norme giuridiche. È opinione ampiamente condivisa, sebbene criticabile con riferimento al diritto internazionale, che la norma in commento indichi una chiara gerarchia tra le fonti elencate alle lettere a), b) e c) – ossia le convenzioni, le consuetudini e i principi generali di diritto – e i mezzi sussidiari della lettera d). Le decisioni giudiziarie sono qualificate come utile strumento per chiarire il significato delle norme giuridiche: il loro uso, in linea di principio, dovrebbe essere ausiliario, mai sostitutivo, rispetto a quello delle altre fonti elencate.

In realtà le sentenze dei giudici internazionali non vengono utilizzate solo per spiegare la portata di una norma e, inoltre, i loro effetti non si esauriscono nell'obbligatorietà e nella definitività della stessa. Spesso, nella prassi, queste vengono impiegate come *supplementary means*, ossia come strumenti supplementari – non meramente sussidiari – per l'interpretazione del diritto internazionale. A tal proposito occorre citare l'articolo 32 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (VCLT)³⁰, rubricato “*supplementary means of interpretation*”, il quale consente l'utilizzo di ulteriori strumenti ermeneutici quando si desidera avvalorare l'esito

²⁸ A PELLET, *Applicable Law*, in A. CASSESE, P. GAETA, J. R. JONES e A. ESER (a cura di), *The Rome Statute for an International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

²⁹ G. BITTI, *Article 21 of The Statute of the International Criminal Court*, cit., p. 288.

³⁰ Art. 32 CVLT “*Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31: (a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or (b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable*”.

a cui si è giunti mediante l'applicazione dei canoni delineati all'articolo 31, o quando l'impiego di questi non è stato sufficiente per chiarire il significato del testo che è perciò rimasto incerto, oppure ancora quando tali canoni hanno condotto a un'interpretazione irragionevole. Tra i mezzi supplementari l'articolo 32 VCLT menziona espressamente i lavori preparatori del trattato e le circostanze della sua conclusione, senza citare altresì le decisioni giudiziarie. Ad onore del vero l'elenco dei mezzi supplementari previsti dalla norma in esame non è esaustivo³¹, ma la questione non è tanto se le decisioni giudiziarie possano rientrare o meno nel campo di applicazione dell'articolo 32 VCLT, quanto piuttosto se la loro qualificazione come sussidiarie ex articolo 38 Statuto CIG escluda il loro utilizzo quali mezzi supplementari.

Il problema è stato affrontato nel caso *Canadian Cattlemen c. USA* nel quale il tribunale ha ribadito che l'elenco dei mezzi di interpretazione supplementari previsto nell'articolo 32 VCLT non è completo³² e ha altresì affermato che “*Article 38 [paragraph 1.d.] of the Statute of the International Court of Justice provides that judicial decisions are applicable for the interpretation of public international law as ‘subsidiary means’. Therefore, they must be understood to be also supplementary means of interpretation in the sense of Article 32 VCLT*”³³. Il tribunale, dunque, ha compiuto un salto concettuale ritenendo i due termini – sussidiario e supplementare – non così diversi. Questa posizione è stata criticata in un altro caso³⁴ nel quale il tribunale ha invece evidenziato che, nonostante la somiglianza testuale, le due norme sono molto diverse tra loro.

Al di là delle contrastanti posizioni in merito e delle perplessità emerse, va tenuto presente che è del tutto comprensibile che un precedente possa orientare il giudice nella spiegazione di una regola di diritto internazionale e che le decisioni giudiziarie vengano impiegate quali strumenti supplementari di interpretazione³⁵. Ne consegue che queste rilevano

³¹ Su questo punto c'è un consenso generale da parte degli studiosi. Si veda a tal proposito I. VAN DAMME, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, in *International Economic Law Series*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 49; L. SBOLCI, *Supplementary Means of Interpretation*, in E. CANNIZZARO (a cura di), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 158; Y. LE BOUTHILLIER, *Article 32*, in O. CORTEN e P. KLEIN (a cura di), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 851; R. GARDINER, *Treaty Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 347.

³² UNCITRAL, *Canadian Cattlemen for Fair Trade v. USA*, Award on Jurisdiction, 28 gennaio 2008, § 50 “*On the other hand, Article 32 VCLT permits, as supplementary means of interpretation, not only preparatory work and circumstances of conclusion of the treaty, but indicates by the word “including” that, beyond these two means expressly mentioned, other supplementary means may be applied*”.

³³ *Ibidem*.

³⁴ LCIA, *Arbitration on Ontario and Québec Programs (USA v. Canada)*, Case No. 81010, Award, 20 gennaio 2011.

³⁵ N. RIDI, *Rule of Precedent and Rules on Precedent*, E. DE BRABANDERE e altri (a cura di), *Comparative Procedure in State-to-State Disputes*, Cambridge University Press, 2020, consultabile dal sito <https://ssrn.com/abstract=3697226>.

anche oltre il caso concreto³⁶, a discapito dell'articolo 59 dello Statuto della CIG. Per quanto riguarda le decisioni relative all'applicazione e interpretazione del diritto internazionale consuetudinario ciò è particolarmente evidente: determinando il contenuto di una regola di diritto internazionale generalmente applicabile, queste assumono importanza al di fuori del caso specifico³⁷. Quando queste pronunce sono coerenti, per giunta, possono acquisire efficacia vincolante, anche se indirettamente, divenendo elementi della stessa consuetudine internazionale, riflesso del consenso generale degli Stati. Quanto alle decisioni che applicano regole racchiuse nei trattati internazionali le conclusioni sono simili. Anche tali pronunce, infatti, finiscono per esplicitare i loro effetti oltre il caso specifico perché, altrimenti, si dovrebbe accettare che la medesima convenzione possa essere interpretata in modi differenti a seconda delle diverse parti coinvolte nella controversia³⁸. Pertanto, nonostante l'assenza di una regola dello *stare decisis*, il precedente può comunque svolgere un ruolo di rilievo nel diritto internazionale.

Peraltro, né l'articolo 38 e né l'articolo 59 dello Statuto della CIG impediscono di giungere a tali deduzioni. L'articolo 59, infatti, si limita ad affermare che gli effetti obbligatori delle sentenze sono circoscritti alle parti e all'oggetto della controversia, omettendo di chiarire se queste possano produrre effetti diversi da quelli obbligatori al di là di quel caso specifico. In altre parole, la norma non nega che le pronunce possano avere effetti al di fuori di quel caso, ma sottolinea semplicemente che queste non devono essere considerate vincolanti, lasciando ai giudici la libertà di discostarsene. Quanto all'articolo 38 è importante sottolineare che esso non designa una gerarchia tra le fonti del diritto, com'è sostenuto da molti in dottrina. Una gerarchia ordinata di fonti del diritto, infatti, presuppone l'esistenza di meccanismi centralizzati per la produzione di norme giuridiche che, nel contesto del diritto internazionale, mancano. Quest'ultimo, suo malgrado, è caratterizzato proprio dal decentramento dei mezzi di produzione del diritto. Da ciò deriva non solo che le consuetudini, le convenzioni, i principi generali, la dottrina e la giurisprudenza (elencati nell'articolo 38) non esauriscono tutte le fonti a disposizione dei giudici internazionali – che includono, tra le altre, le risoluzioni delle Nazioni Unite – ma anche che queste non sono affatto in rapporto gerarchico tra loro, eccetto quelle norme che rientrano nello *ius cogens*, ossia quelle norme consuetudinarie che tutelano valori

³⁶ L. N. C. BRANT, *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, LGDJ, Parigi, 2003.

³⁷ N. RIDI, *Rule of Precedent and Rules on Precedent*, cit., p. 364.

³⁸ *Ibidem*.

considerati fondamentali dalla comunità internazionale e per questo ritenute gerarchicamente superiori rispetto alle altre e inderogabili³⁹.

In definitiva, dunque, non sono le suddette disposizioni ad ostacolare lo sviluppo di un sistema di regole che guidi l'uso delle decisioni giudiziarie precedenti nell'ordinamento internazionale, ma piuttosto l'anarchia che lo contraddistingue.

3. Il problema della frammentazione del diritto internazionale come ostacolo all'uso del precedente.

Nel contesto del diritto internazionale il precedente giudiziale incontra una specifica e intuitiva problematica, ossia la disorganicità che caratterizza profondamente tale ordinamento. Le ragioni che hanno contribuito alla frammentazione del diritto internazionale sono molteplici e, alcune di esse, sono insite nella sua stessa natura, perché riflettono la complessità delle relazioni internazionali, la diversità degli attori coinvolti e la pluralità dei settori di cui esso si occupa. Senza dubbio, però, il continuo incremento della legislazione internazionale e la proliferazione dei tribunali – e, di conseguenza, delle decisioni – rappresentano le principali cause di tale fenomeno. Cause che andrò ora a esporre.

3.1. L'incremento della legislazione internazionale.

L'incremento della legislazione internazionale non è un fenomeno eccezionale, ma piuttosto una tendenza ormai stabile e persistente che ha provocato quella che, alcuni giuristi, definiscono “congestione normativa”⁴⁰. Ad ogni modo è possibile individuare due momenti decisivi che hanno portato all'attuale condizione, i quali coincidono, rispettivamente, con la fine dei conflitti mondiali e con la conclusione della guerra fredda.

A partire dalla seconda metà del Novecento, infatti, gli Stati hanno mostrato un maggiore interesse nell'adottare, per disciplinare le proprie reciproche relazioni, accordi internazionali che, evidentemente, offrono una tutela normativa superiore rispetto alle consuetudini, oltretutto essere più adatti a includere un regolamento basato sulla parità di impegno concordata tra le parti⁴¹. Il processo di decolonizzazione e, di conseguenza, l'intensificarsi delle relazioni tra gli Stati, che hanno portato la comunità internazionale ad

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ D. K. ANTON, “*Treaty Congestion*” in S. ALAM, J. H. BHUIYAN, T. M. R. CHOWDHURY e E. J. TECHERA (a cura di), *Routledge Handbook of International Environmental Law*, Routledge, 2012.

⁴¹ E. SCISO, *Gli accordi internazionali confliggenti*, Cacucci Editore, Bari, 1986, pp. 2-3.

espandersi, sono stati certamente fattori determinanti per la proliferazione degli accordi internazionali ma, in questo periodo, il loro ruolo era ancora piuttosto limitato⁴².

Successivamente, verso la fine del secolo scorso, si è assistito ad una metamorfosi del diritto internazionale. La globalizzazione, la tecnologia e la scienza hanno determinato la creazione di settori emergenti di interesse condiviso, quali la tutela dei diritti umani, la protezione dell'ambiente, la prevenzione e il regolamento degli scontri armati e la politica economica. Gli Stati hanno perciò lavorato insieme – attraverso diverse organizzazioni internazionali nate proprio per promuovere la cooperazione tra le nazioni – per la realizzazione di trattati che disciplinassero i suddetti settori⁴³.

Il diritto internazionale si è perciò esteso sottoponendo alla sua normativa materie tradizionalmente appartenenti al dominio riservato degli Stati, come nel caso delle note norme a tutela dei diritti umani e quelle ambientali. L'espansione, però, non si è limitata solo a queste aree, ma ha coinvolto anche altri settori, come quello degli investimenti, che ha portato, in un breve lasso di tempo, alla conclusione di oltre 3.000 trattati bilaterali di investimento (BITs) e di altri trattati multilaterali.

3.2. *La proliferazione dei tribunali internazionali e la cd. frammentazione istituzionale.*

In concomitanza con l'incremento della legislazione internazionale si è assistito, negli ultimi decenni, anche alla proliferazione di tribunali internazionali – problematica ben più rilevante ai nostri fini – frutto dell'avvertita esigenza di istituire enti settoriali e specializzati in grado di affrontare dispute relative alle nuove aree di interesse. Nel proseguo userò volontariamente, per semplicità, i termini “corte” e “tribunale” come se fossero sinonimi. Tra i due vocaboli, in realtà, vi è una sottile distinzione legata alla stabilità dell'organo: le corti esercitano le proprie funzioni con riferimento a una serie indeterminata di casi e sono perciò considerate più importanti; mentre i tribunali operano rispetto a singoli casi prestabiliti. Questa distinzione, tuttavia, non ha nessuna rilevanza sul piano giuridico – che è regolato dai precetti vigenti per ciascuna istituzione – e per questo motivo è ritenuta dai più superflua⁴⁴.

⁴² J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, Cambridge University Press, New York, 2003, p. 17. Questo stadio di sviluppo del diritto internazionale viene descritto dall'autore come il periodo in cui il diritto internazionale è «legge sulla “coesistenza” tra Stati sovrani».

⁴³ *Ibidem*. L'autore evidenzia come con la fine della guerra fredda si è passati dalla «legge sulla “coesistenza” (...) a una legge che regoli anche la “cooperazione” tra Stati nel perseguimento di obiettivi comuni, come la legge creata sotto gli auspici delle organizzazioni internazionali per il commercio, l'ambiente e i diritti umani».

⁴⁴ T. R. TREVES, *Le controversie internazionali. Nuove tendenze, nuovi tribunali*, Giuffrè, Milano, 1999.

Innanzitutto, per corte o tribunale internazionale si intende un organo giudiziario – monocratico o collegiale – competente a dirimere le controversie sorte tra soggetti internazionali – ossia tra Stati, tra Stati e organizzazioni internazionali o tra Stati e privati – attraverso una decisione vincolante per le parti in lite e basata, naturalmente, sul diritto internazionale. La prima nozione di controversia internazionale è stata formulata dalla Corte Permanente di Giustizia Internazionale che, nel caso *Mavrommatis* del 1924, la descrive come un “*Disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons*”⁴⁵; nozione successivamente ripresa anche dalla Corte Internazionale di Giustizia. I disaccordi, dunque, possono riguardare non solo l’ambito giuridico, ma altresì quello politico⁴⁶.

I tribunali internazionali, come ho anticipato, stanno vivendo un periodo di crescente diffusione nei diversi ambiti, tant’è che il fenomeno viene descritto con il termine “proliferazione”⁴⁷. Inoltre, la mancanza di un organo centrale, presente in ogni ordinamento statale, contribuisce all’assenza di un sistema gerarchico tra corti.

Tra i tribunali internazionali, per di più, sussistono significative differenze. Esistono tribunali con una vocazione cd. universale – ai quali possono adire tutte o quasi tutte le Nazioni – a cui si contrappongono quei tribunali a carattere regionale che possono risolvere dispute che coinvolgono solo alcuni Stati. Inoltre, i tribunali possono essere distinti anche in virtù dell’ampiezza delle materie su cui hanno il potere di pronunciarsi e, a tal proposito, si parla di tribunali aventi giurisdizione generale – che sono idonei a decidere liti vertenti qualsiasi materia – e tribunali con giurisdizione speciale – che, al contrario, sono specializzati nella risoluzione di controversie riguardanti determinati settori⁴⁸.

La giurisdizione nell’ambito di questi tribunali non è obbligatoria, ma ha natura fondamentalmente arbitrale, poiché essa è concessa esclusivamente mediante un accordo tra gli Stati. Di conseguenza, al contrario di quanto avviene negli ordinamenti interni⁴⁹, non esiste un giudice precostituito per legge. Questo implica che ogni corte internazionale, così come avviene per i tribunali arbitrali, può conoscere e decidere un caso solo quando le parti coinvolte le hanno precedentemente attribuito tale potere, in via preventiva tramite clausole convenzionali o

⁴⁵ PCIJ, *The Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. UK)*, Judgment, 30 agosto 1924.

⁴⁶ In teoria la via giudiziaria dovrebbe riguardare solo le controversie giuridiche ma, nella pratica, difficilmente i tribunali internazionali negano la propria giurisdizione alle controversie politiche.

⁴⁷ J. I. CHARNEY, *The proliferation of Court and Tribunals: Piecing Together the Puzzle*, in *New York University journal of international law and politics*, 1999, pp. 679-933.

⁴⁸ M. PEDRAZZI, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali I Supplemento*, Treccani, 2001, consultabile dal sito https://www.treccani.it/enciclopedia/corti-internazionali_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/.

⁴⁹ Ad esempio, l’art. 25, comma 1, della nostra Costituzione prevede proprio che “*Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge*”.

all'insorgere della disputa. Tale attribuzione può riguardare un caso specifico o una serie più o meno ampia di casi, ma è sempre il risultato di un accordo tra le parti interessate, in difetto del quale non è possibile costringerle a sottoporsi a giudizio. Quando l'accordo è stato raggiunto precedentemente, ossia prima che la controversia sia emersa, la giurisdizione del tribunale a cui si è consentito di adire è detta obbligatoria.

Per quanto riguarda la Corte Internazionale di Giustizia, il suo sistema non impone agli Stati parte dello Statuto di essere automaticamente soggetti alla giurisdizione obbligatoria della CIG: affinché ciò avvenga è necessario, come avrò modo di sottolineare nel prossimo capitolo, che le parti abbiano prestato il loro consenso mediante uno dei mezzi predisposti.

Al contrario, la giurisdizione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è automatica: ciascuno Stato parte della Convenzione può infatti essere sottoposto alla giurisdizione obbligatoria della CEDU, se sussistono i requisiti previsti.

Sebbene il processo internazionale sia essenzialmente arbitrale e, quindi, basato sulla volontà degli Stati coinvolti in una controversia, l'istituto dell'arbitrato ha comunque preso piede, specie a partire dalla seconda metà del diciannovesimo secolo. Si è così gradualmente e adeguatamente lavorato per perfezionare un sistema in grado di permettere ai Paesi coinvolti in una disputa di raggiungere un accordo in tal senso e capaci altresì di promuovere l'istituzionalizzazione della procedura arbitrale, che consiste nella creazione di tribunali *ad hoc* i cui membri vengono scelti dai rappresentanti dei governi delle Nazioni (a differenza delle corti non arbitrali che, invece, sono organi permanenti e autonomi formati da giudici indipendenti).

La presenza di diversi tribunali internazionali, potenzialmente idonei a pronunciarsi sulle medesime dispute, solleva due questioni: il rischio che insorgano conflitti di giurisdizione – che si verificano quando due o più tribunali rivendicano la competenza per trattare una stessa controversia – e conflitti di giurisprudenza – ossia interpretazioni divergenti o contrastanti sulla stessa questione da parte di organi diversi. La possibilità che si verificano tali conflitti ha suscitato preoccupazione tra coloro che temono che ciò possa minare l'unità del sistema giuridico internazionale – rendendolo frammentato – e compromettere il principio della certezza del diritto. La Camera d'Appello del Tribunale Penale Internazionale per l'ex-Jugoslavia, nel caso *Prosecutor c. Tadić*, dichiarò infatti che “*in international law, every tribunal is a self-contained system (unless otherwise provided)*”⁵⁰.

⁵⁰ Appeals Chamber ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Judgment, 2 ottobre 1995, § 11.

L'anarchia che, suo malgrado, caratterizza l'ordinamento internazionale influisce notevolmente anche sull'esecuzione delle sentenze. Infatti, l'assenza di mezzi coercitivi centralizzati, implica che l'adempimento o meno delle disposizioni racchiuse nelle pronunce dipenda dalla volontà di collaborazione degli Stati, dall'adeguamento di questi ultimi ai principi internazionali e dalle possibili reazioni della parte le cui pretese sono state accolte. Ciò ha portato all'istituzione – mediante accordi internazionali o nell'ambito di organizzazioni internazionali – di vari organi di controllo, che hanno il compito di assicurare il rispetto dei precetti contenuti negli accordi o negli statuti delle organizzazioni da parte di quei Paesi che li hanno conclusi o che ne sono membri. Questi organi – che sono attivi principalmente nel campo dei diritti umani – vengono considerati quasi giudiziari: essi, infatti, sono formati da soggetti indipendenti, i quali possono ricevere lamentele circa violazioni ad opera di uno Stato, esaminare le questioni rispettando il contraddittorio tra le parti ed infine emanare conclusioni che devono essere pubbliche, motivate e sostenute giuridicamente. Ciò che differenzia questi organismi dalle corti è l'assenza di vincolatività nelle conclusioni da questi emesse. Tuttavia, al pari delle sentenze, le conclusioni degli organi quasi giudiziari generano una certa pressione sugli Stati a cui si rivolgono, i quali sono consapevoli di doversi conformare alle disposizioni. Vale la pena altresì sottolineare che le decisioni, sia quelle dei tribunali che quelle degli organi in questione, forniscono un contributo significativo all'evoluzione del diritto internazionale, con effetti che vanno perciò ben oltre i singoli casi.

In ogni caso l'assenza di un sistema centralizzato – sia dal punto di vista normativo ma, soprattutto, dal punto di vista giurisprudenziale – non semplifica il ruolo del precedente nel contesto del diritto internazionale. Infatti, la presenza di molteplici organi giurisdizionali e di regimi normativi diversi tra loro può rendere il precedente meno affidabile e influente rispetto a quanto avviene in sistemi giuridici più coesi. La frammentazione, inevitabilmente, crea incertezza e complessità nell'ambito del diritto internazionale poiché le decisioni adottate dai vari organi riflettono le esigenze e i valori dei loro regimi normativi, che potrebbero non essere coerenti con quelli degli altri organi. Tuttavia, è importante osservare che, negli ultimi anni, si stanno compiendo importanti sforzi per armonizzare e coordinare l'interpretazione delle norme internazionali tra gli organi giurisdizionali, con l'obiettivo di mitigare gli effetti negativi della frammentazione e garantire la coerenza del diritto internazionale.

4. Mezzi di risoluzione delle controversie internazionali.

Prima di specificare gli effetti generalmente riconosciuti alle sentenze internazionali e di addentrarmi nel tema del valore che tali sentenze assumono nei giudizi interni, è opportuno soffermarsi brevemente sui mezzi di risoluzione delle controversie internazionali. La sentenza, infatti, non è l'unico atto volto a dirimere una disputa tra due Stati, i quali hanno come unico obbligo, sancito dalla Carta delle Nazioni Unite, quello di risolvere pacificamente le eventuali controversie sorte tra di loro, in virtù del divieto di uso della forza nelle relazioni internazionali⁵¹.

La dottrina distingue i mezzi di soluzione pacifica tra a) procedimenti diplomatici⁵² – tra cui negoziati, buoni uffici, inchiesta, mediazione e conciliazione – volti al raggiungimento di un accordo tra le parti tramite la diplomazia o l'intervento di un terzo a cui seguirà, eventualmente, il consenso delle stesse e b) procedimenti ad esito vincolante⁵³ – che comprendono l'arbitrato e il ricorso ai tribunali internazionali – dai quali scaturisce un lodo arbitrale o una sentenza che, al contrario degli accordi raggiunti mediante i procedimenti diplomatici, hanno efficacia vincolante tra le parti in lite. La differenza fondamentale tra i due procedimenti, pertanto, sta nella vincolatività degli atti che ne discendono: gli accordi emersi dai mezzi diplomatici non sono vincolanti per gli Stati parte della disputa; mentre hanno efficacia obbligatoria i lodi arbitrali e le sentenze frutto dei procedimenti arbitrali e giudiziari. La scelta sul mezzo di risoluzione da adottare, purché sia pacifico, non è imposta dalla comunità internazionale, ma sono gli Stati a decidere liberamente quello che ritengono più appropriato, anche in base alla natura e alla complessità della controversia.

Ai fini di questo elaborato interessano principalmente gli atti che emergono dai procedimenti ad esito vincolante, ossia la sentenza internazionale e i lodi arbitrali, che possono in alcuni casi creare precedenti.

La sentenza internazionale, nello specifico, è un atto di rilevanza giuridica – vale a dire una manifestazione di volontà da cui derivano conseguenze giuridiche – emanato da un tribunale precostituito e competente a risolvere una controversia sorta tra due Stati, mediante una procedura istituzionalizzata. Mi limito ad anticipare che essa ha efficacia obbligatoria per

⁵¹ F. MUNARI, *Risoluzione pacifica e prevenzione delle controversie transnazionali*, in *Istituzioni di diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 239-278.

⁵² J. G. MERRILLS, *International Dispute Settlement*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2005, pp. 1-87.

⁵³ *Ivi*, pp. 91 ss.

le parti coinvolte rispetto alla lite in questione ed è idonea ad acquisire l'effetto di *res iudicata*, divenendo così immutabile.

Il lodo arbitrale, più propriamente lodo internazionale, è invece un atto emanato da un arbitro, singolo individuo o collegio giudicante, che viene scelto dalle parti (a differenza del giudice). Anch'esso però, al pari della sentenza, risolve la controversia in modo vincolante ed è immutabile.

Ciò premesso, nel proseguo verranno analizzati gli effetti riconosciuti alle sentenze internazionali che, come ho avuto modo di constatare, possono essere sintetizzati nell'obbligatorietà e nell'immutabilità delle stesse.

5. Gli effetti generali della sentenza internazionale: l'immutabilità e l'obbligatorietà.

L'immutabilità e l'obbligatorietà della sentenza internazionale, al pari di ciò che accade negli ordinamenti interni, sono caratteristiche strettamente legate al concetto di giudicato, che a sua volta ha due diverse accezioni⁵⁴. Si parla innanzitutto di giudicato formale quando la sentenza ha raggiunto la sua stabilità, non potendo più essere contestata mediante i mezzi di impugnazione previsti – o perché già esperiti, o perché non più proponibili a causa dell'inutile decorso dei termini – e, di conseguenza, è divenuta immutabile, definitiva. A seguito del giudicato formale poi, che rende la sentenza incontrovertibile, si verificano gli effetti del giudicato sostanziale che la rendono vincolante per le parti in lite rispetto alla questione decisa⁵⁵.

Ritengo sia opportuno precisare che i concetti di giudicato e sentenza, seppur spesso coincidenti, ricoprono ambiti diversi. Per quanto riguarda la vincolatività, infatti, il giudicato obbliga esclusivamente le parti in lite; mentre la sentenza ha altresì il potere di influenzare le decisioni successive, venendo in soccorso al giudice a cui è stata sottoposta una controversia analoga a quella già decisa.

Quanto detto, con riferimento alla sentenza internazionale, trova conferma nel più volte citato articolo 38, lett. d), dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, secondo cui quest'ultima, quando si trova a dirimere una controversia, è tenuta ad applicare le decisioni giudiziarie anteriori come mezzo sussidiario per la determinazione delle norme giuridiche. La stessa disposizione richiama tuttavia l'articolo 59 del medesimo Statuto, il quale precisa che le

⁵⁴ F. M. PALOMBINO, *Gli effetti della sentenza internazionale nei giudizi interni*, Napoli, 2008, p 20.

⁵⁵ *Ibidem*.

decisioni della Corte hanno valore obbligatorio solo fra le parti in lite e riguardo alla controversia decisa, escludendo tassativamente la dottrina del precedente vincolante.

Ad ogni modo, pur essendo ormai chiara l'interpretazione data dai più alla disposizione contenuta nell'articolo 59⁵⁶, non mancano pareri contrari che dubitano che la norma avesse originariamente l'intenzione di escludere il valore di precedente delle decisioni. Ciò che è indubbio, invece, è che essa sancisce il principio della *res iudicata* che rende la sentenza definitiva e vincolante per le parti in lite, oltre a precludere ogni possibilità di tornare nuovamente sulla medesima questione (il cd. *ne bis in idem*).

6. Il valore riconosciuto dai tribunali interni alle sentenze internazionali.

Quando si discute del valore attribuito alle sentenze internazionali dagli ordinamenti statali, emergono due temi fondamentali che richiedono di essere approfonditi. Il primo riguarda il modo in cui i tribunali interni recepiscono le decisioni emesse dalle istituzioni sovranazionali nei confronti dello Stato stesso, processo che riflette il grado di obbedienza di quell'ordinamento. Il secondo, invece, riguarda la gestione, da parte dei giudici interni, della giurisprudenza internazionale – dunque non solo delle decisioni direttamente applicabili allo Stato in questione, ma anche di quelle emesse nei confronti di altri Paesi. I due temi, insieme, riescono a mettere in luce il ruolo e l'importanza delle sentenze internazionali nell'ordinamento giuridico di uno Stato, valutando la sua adesione al diritto internazionale e la sua volontà di conformarsi agli obblighi e ai principi che ne discendono. Esaminerò entrambi gli aspetti, premettendo che la questione del valore assunto dalle pronunce internazionali nei processi interni è un aspetto raramente affrontato dai trattati istitutivi dei tribunali sovranazionali⁵⁷. Questi ultimi, infatti, si concentrano principalmente sull'enunciazione dell'obbligatorietà delle decisioni emesse dai tribunali che costituiscono, senza chiarire l'impatto concreto che queste devono produrre nell'ambito di un prossimo giudizio interno⁵⁸.

6.1. I possibili effetti della sentenza internazionale nel successivo processo interno.

Per quanto riguarda il primo tema – ossia l'utilizzo da parte dei giudici nazionali delle sentenze internazionali emanate nei confronti dello Stato medesimo – è opportuno fare alcune necessarie premesse.

⁵⁶ C. BROWN, *Article 59*, in A. ZIMMERMANN, C. J. TAMS, K. OELLERS-FRAHM, C. TOMUSCHAT, F. BOOS e E. METHYMAKI (a cura di), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 1587.

⁵⁷ F. M. PALOMBINO, *Gli effetti della sentenza internazionale nei giudizi interni*, cit., pp. 22-24.

⁵⁸ *Ibidem*.

Il primo luogo, la questione non è sempre stata al centro dell'attenzione della dottrina in quanto, nella prima metà del '900, erano rari i casi in cui esse venivano citate dinnanzi ad un tribunale nazionale. Successivamente, a seguito della incessante applicazione di norme internazionali ad ambiti tradizionalmente considerati di esclusiva competenza statale e, di conseguenza, della proliferazione di tribunali internazionali competenti nella risoluzione di dispute riguardanti tali settori, il tema ha acquisito rilevanza pratica perché il concorso tra le due giurisdizioni – nazionali e internazionali – è diventato sempre più frequente⁵⁹.

In secondo luogo, è già stato precedentemente sottolineato che, in virtù dell'articolo 59 dello Statuto della CIG che ha portata pressoché generale, le decisioni internazionali sono vincolanti per gli Stati coinvolti. In capo ad essi, dunque, incombe l'obbligo, ex articolo 94 della Carta delle Nazioni Unite, di dare esecuzione alle sentenze emesse nei loro confronti; sebbene l'attuazione dipenda, essenzialmente, dalla spontanea volontà di adempiere dello Stato soccombente, oppure, in caso di rifiuto, dal successivo intervento dello Stato vincitore.

In terzo luogo, poiché le decisioni assumono autorità di *res iudicata* solo tra le parti coinvolte, esse non vincolano né gli individui cittadini dello Stato parte e né il giudice interno che, eventualmente, si trovi a pronunciarsi su un caso di cui essi sono parti in causa. Questi soggetti, infatti, sono terzi rispetto al processo internazionale svoltosi e nei loro confronti possono discendere obblighi solo in virtù di uno specifico atto di adattamento interno volto ad adeguarsi agli standard internazionali.

Infine, sebbene sia indiscutibile il suddetto principio secondo cui le decisioni internazionali non obbligano il giudice di un successivo giudizio interno nel quale siano coinvolti individui, è tuttavia innegabile che il rifiuto di conformarsi ad esse possa coinvolgere – in virtù del legame organico che intercorre tra lo Stato e il suo sistema giudiziario – la responsabilità internazionale dello Stato in questione. Dunque, com'è stato brillantemente osservato da Palombino⁶⁰, due sono le considerazioni da fare. Da un lato, si deve escludere che le decisioni internazionali impongano vincoli ai giudici interni. D'altra parte, però, l'assenza di uno specifico atto di adeguamento interno non impedisce al giudice nazionale di considerare le

⁵⁹ *Ivi*, pp. 24-26.

⁶⁰ Si veda, a tal proposito, F. M. PALOMBINO, *L'esecuzione e l'applicazione delle sentenze della Corte Internazionale di Giustizia tra ordinamento internazionale ed ordinamenti interni*, in Quaderni 2006 del dottorato di ricerca di Bari in Diritto Internazionale e dell'Unione Europea, Cacucci Editore, Bari, 2007, pp. 157-158; F. M. PALOMBINO, *Les arrêts de la Cour internationale de Justice devant le juge interne*, in *Annuaire français de droit international*, Vol. 51, 2005, pp. 136-137; nonché F. M. PALOMBINO, *Gli effetti della sentenza internazionale nei giudizi interni*, cit., pp. 124-125.

suddette decisioni, osservandole per esigenze ermeneutiche oppure con lo scopo di evitare il riesame di questioni già da queste risolte.

Sono diverse, oggi, le teorie formulate dalla dottrina circa il ruolo che le sentenze internazionali assumono nei procedimenti nazionali ma, valore indiscusso ad esse riconosciuto è certamente quello interpretativo, che trova il suo fondamento giuridico nella dottrina del precedente giudiziario. Tuttavia, la forza che questo dovrebbe assumere a livello internazionale non trova consenso unanime. Le decisioni rese dai tribunali internazionali, secondo la tesi prevalente, avrebbero efficacia persuasiva, influenzerebbero dunque i giudici interni nella risoluzione dei casi a loro sottoposti (come avviene nei sistemi di *civil law*). Per una parte minoritaria della dottrina, al contrario, le sentenze internazionali avrebbero natura vincolante, obbligando cioè il giudice interno a conformarsi ad esse (secondo i principi dei sistemi di *common law*). Entrambe le tesi, tuttavia, non tengono in considerazione un'importante dato di fatto: il precedente giudiziario, oggi, è concepito come un obbligo, per i giudici successivi, di considerare la giurisprudenza pregressa; sia nella tradizione giuridica continentale che in quella anglosassone. Nei sistemi di *civil law*, infatti, il precedente non svolge più un ruolo meramente persuasivo; nei sistemi di *common law*, di converso, si è fortemente attenuata la rigida regola del precedente vincolante. Il medesimo approccio è oggi adottato anche con riferimento alle sentenze internazionali che vengono considerate e richiamate, ai fini interpretativi, da sempre più giudici interni. Tale richiamo, in alcuni casi, è spontaneo – è perciò il giudice che, volontariamente, sceglie di fare riferimento alla sentenza internazionale per la risoluzione del caso che gli è stato sottoposto – in altri, invece, il richiamo è obbligatorio – è una norma interna che impone al giudice, espressamente o implicitamente, di considerare le decisioni emesse a livello internazionale⁶¹.

Gran parte della dottrina contemporanea, però, ritiene che le sentenze internazionali assumano un ruolo decisamente più incisivo, riconoscendo ad esse la possibilità di essere eccepite, in un procedimento successivo e interno, come cosa giudicata. La *ratio* sottostante a questa seconda teoria sarebbe, come ho già accennato, la seguente: i giudici che operano nel foro degli Stati contro e a favore dei quali è stata emessa una sentenza internazionale vincolante sono legati, con lo Stato stesso, da un rapporto organico, che li obbligherebbe, pena una responsabilità internazionale, ad applicare le suddette sentenze. Tuttavia, se da una parte è vero

⁶¹ Casi in cui l'obbligo di considerazione deriva da una norma interna sono, ad esempio, la sezione 2, § 1, dello Human Rights Act del 1998; la sezione 50 dell'International Criminal Court Act del 2001; e la direttiva interpretativa resa dalla Corte Suprema russa il 10 ottobre 2003.

che il legame tra lo Stato e il giudice interno è un requisito essenziale affinché quest'ultimo possa eseguire la sentenza internazionale, dall'altro questo non è sufficiente a giustificare tale applicazione, dovendo sussistere anche identità – sia sotto il profilo soggettivo che oggettivo – tra il caso sottoposto al giudice internazionale e quello sottoposto al giudice nazionale. Solo nel caso in cui tutti e tre gli elementi – legame organico, identità soggettiva e identità oggettiva – siano presenti, il giudice interno potrà accogliere l'eccezione di cosa giudicata sollevata; in caso contrario dovrà respingerla. Parte della dottrina, infatti, ha avanzato un'altra giustificazione ad una tale incidenza, richiamando i principi tipici delle teorie moniste, secondo le quali esisterebbe un unico sistema comune tra gli ordinamenti nazionali e quello internazionale.

Possiamo dunque ricondurre a due diversi filoni le posizioni dottrinali esistenti oggi: all'interno del primo filone troviamo le teorie secondo le quali le sentenze internazionali fungerebbero da mero supporto per il giudice interno che, in un processo successivo, si trovi a dover definire il significato di una norma, nazionale o internazionale che sia; all'interno del secondo filone, invece, rientrano quelle teorie secondo le quali le sentenze internazionali impedirebbero altresì al giudice interno di riesaminare le questioni, sia di fatto che di diritto, già risolte a livello transnazionale, operando in qualità di giudicato esterno⁶².

Oltre ai due principali filoni appena illustrati, esiste una terza corrente di pensiero secondo cui una sentenza internazionale, passata in giudicato, può altresì essere idonea a togliere efficacia e a sostituirsi all'eventuale sentenza contrastante emessa da un giudice interno. Se quest'ultimo accoglie la richiesta di una delle parti di rendere inefficace la sentenza da lui emessa, a favore di quella internazionale, nulla quaestio: quest'ultima disciplinerà, da sola, il caso controverso. In caso contrario, invece, i due giudicati si troveranno a coesistere. Per evitare tale problema sono due le strade percorribili. Innanzitutto, è possibile prevedere, all'interno degli statuti dei vari tribunali internazionali, una clausola contenente una riserva di giurisdizione; riserva che può essere a favore del tribunale internazionale⁶³, degli organi giudiziari interni⁶⁴ o, altresì, del giudice che per primo è stato adito⁶⁵. In secondo luogo, è possibile prevedere, a livello statale, clausole che precisino quale dei due giudicati, in caso di coesistenza, abbia la prevalenza; modalità che, nella pratica, ha avuto scarso successo⁶⁶. Nel

⁶² F. M. PALOMBINO, *Gli effetti della sentenza internazionale nei giudizi interni*, cit., pp. 27-30.

⁶³ Ad esempio, nell'art. 9, § 2, dello Statuto del Tribunale per l'ex-Jugoslavia; nell'art. 8, § 2, dello Statuto del Tribunale per il Ruanda; e nell'art. 8, § 2, dello Statuto del Tribunale per la Sierra Leone si riconosceva il primato dei tribunali internazionali su quelli interni.

⁶⁴ L'art. 2, § 1, della Dichiarazione di Algeri del 1981 esclude la giurisdizione del tribunale internazionale.

⁶⁵ Un esempio è rappresentato dall'art. 10.18, § 2, del Central American Free Trade Agreement.

⁶⁶ Gli esempi più significativi sono da ricondurre all'esperienza honduregna (art. 15, § 2, della Costituzione dell'Honduras) e a quella peruviana (art. 40 della legge peruviana di hábeas corpus del 1982).

caso in cui il problema del contrasto tra giudicati non si riesca a prevenire, mediante la previsione di una delle suddette clausole, viene in rilievo la questione del giudicato ingiusto, che già in epoca romana divideva il mondo giuridico tra chi rifiutava qualsiasi rilevanza all'ingiustizia della sentenza e chi, al contrario, la riconosceva. Oggi l'opinione prevalente è quella che nega rilievo giuridico all'infondatezza della decisione quando per essa sono già stati esperiti tutti i mezzi di impugnazione previsti, a meno che non siano state emesse due sentenze contrastanti – divenute definitive – sul medesimo fatto. In quest'ultima ipotesi prospettata, a livello nazionale, ossia quando le due sentenze in contrasto sono state rese nel foro del medesimo Stato, i criteri utilizzati sono diversi: in alcuni casi prevale la sentenza giusta su quella ingiusta; in altri casi, a prescindere dalla giustizia, gli ordinamenti scelgono di far prevalere la prima sentenza emessa (criterio utilizzato, solitamente, dai paesi di *common law*) oppure la seconda (tendenza prevalente dei paesi di *civil law*). A livello internazionale, ossia quando il conflitto riguarda una sentenza interna e una sentenza internazionale, se non sono state previste apposite clausole in grado di risolvere il problema, è il giudicato ingiusto a soccombere a favore di quello giusto.

In definitiva, dunque, sono tre i possibili effetti che una sentenza internazionale può generare quando viene presa in considerazione da un tribunale interno: essa può essere valutata a fini ermeneutici, ossia come strumento di supporto per interpretare le norme; o venire in rilievo come giudicato esterno, idoneo a precludere il riesame delle questioni già affrontate dal giudice internazionale; oppure ancora rendere inefficace una contrastante sentenza interna.

6.1.1. *L'adattamento degli ordinamenti nazionali alle sentenze internazionali: il caso Germania c. Italia.*

Nel presente paragrafo esaminerò un particolare caso, ossia la controversia *Germania c. Italia*, che metterà in luce come lo Stato italiano ha gestito una rilevante pronuncia emessa dall'organo giudiziario più importante dell'ordinamento internazionale, ossia la Corte Internazionale di Giustizia. Sebbene l'Italia abbia aderito alla giurisdizione obbligatoria della CIG, infatti, ciò non ha impedito alla nostra Corte Costituzionale, con la celebre sentenza 238/2014, di non riconoscere la consuetudine internazionale dell'immunità dello Stato dalla giurisdizione straniera confermata invece dal Tribunale dell'Aja nel caso in esame.

Sembra utile procedere, per meglio comprendere l'importanza di tale pronuncia, con una ricostruzione sommaria dei fatti che hanno spinto la Germania ad adire alla CIG avverso una storica sentenza della Suprema Corte italiana. Quest'ultima, infatti, non riconosceva allo

Stato tedesco l'immunità giurisdizionale per i drammatici eventi verificatesi durante il secondo conflitto mondiale, ossia gli abusi subiti dai cittadini italiani deportati nel Terzo Reich, e consentiva quindi all'Italia di esercitare la sua giurisdizione con riferimento ai processi intentati per l'ottenimento del risarcimento degli enormi danni – sia morali che materiali – patiti dalle vittime.

È in tal contesto che emerse il caso di Luigi Ferrini – cittadino italiano deportato nel campo di concentramento di Kahla, in Germania, tra il 1944 e il 1945 – il quale nel '98 presentò ricorso al Tribunale di Arezzo, chiedendo la condanna dello Stato tedesco ad un indennizzo per le atrocità a cui egli era stato sottoposto. Tuttavia, il Tribunale di Arezzo prima, e la Corte d'Appello di Firenze poi, rigettarono il ricorso di Ferrini dichiarando il difetto di giurisdizione del giudice italiano in quanto, la domanda ad essi avanzata, riguardava azioni compiute da uno Stato straniero, la Germania, nell'esercizio della sua sovranità – i cd. *acta jure imperii* – e che quindi, in virtù del principio consuetudinario dell'immunità funzionale ristretta, all'Italia fosse esclusa la giurisdizione della disputa in questione⁶⁷.

Al contrario, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, accolsero la richiesta di Ferrini, ribaltando le precedenti decisioni, dichiarando con sentenza 5044/2004 che *“l'immunità funzionale non può trovare applicazione, perché l'atto compiuto si configura quale crimine internazionale”*⁶⁸ e, dunque, *“non vi è alcuna valida ragione per tener ferma l'immunità dello Stato e per negare, conseguentemente, che la sua responsabilità possa essere fatta valere davanti all'autorità giudiziaria di uno Stato straniero”*⁶⁹.

Tale pronuncia determinò una proliferazione dei ricorsi, da parte delle vittime contro la Germania, dinanzi ai tribunali italiani e, verosimilmente, il timore che i tribunali delle altre Nazioni emulassero l'approccio seguito dall'Italia. Ciò indusse lo Stato tedesco, il 23 dicembre 2008, a presentare ricorso alla CIG – chiamata quindi a decidere sulla responsabilità internazionale dell'Italia a seguito del suo rifiuto di riconoscere l'immunità giurisdizionale alla Germania – la quale, il 3 febbraio 2012, emise una decisione fortemente dibattuta in dottrina. La CIG, infatti, accolse le pretese tedesche riconoscendo, in maggioranza, l'esistenza dell'immunità dello Stato e respingendo tutte le argomentazioni avanzate dalla difesa italiana⁷⁰.

A questa rigida posizione sostenuta dal Tribunale dell'Aja si contrappose, in risposta, la nostra Corte Costituzionale – chiamata ad esaminare la questione dal Tribunale di Firenze –

⁶⁷ N. RONZITTI, *“Tenue speranza per le vittime delle stragi naziste”*, in *Affari Internazionali*, 2012.

⁶⁸ Cass. Civ. Sez.Unite., sentenza n. 5044 del 11 marzo 2004, p. 31.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ CIG, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, 3 febbraio 2012.

che, con la nota sentenza 238/2014, neutralizzò gli effetti della sentenza pronunciata dalla CIG sul caso *Germania c. Italia*, impedendo l'ammissione della suddetta immunità. Quella della Corte Costituzionale fu, senza dubbio, una decisione epocale e rivoluzionaria. La Corte, infatti, si trovò davanti ad una situazione di conflitto tra due fondamentali principi: da una parte il dovere dello Stato italiano di riconoscere l'immunità giurisdizionale della Germania, principio basato sul diritto internazionale consuetudinario e confermato dalla CIG con la sua sentenza del 2012; dall'altra la necessità di salvaguardare i diritti fondamentali e inalienabili degli individui, garantiti e protetti dal nostro ordinamento. Quale delle due esigenze dovrebbe prevalere sull'altra? Fu questo il quesito centrale intorno al quale la Corte Costituzionale sviluppò il suo ragionamento. A tal proposito, emerse la cd. teoria dei controlimiti, elaborata al fine di proteggere i principi e i diritti fondamentali di uno Stato da interferenze esterne, ossia dall'applicazione di norme comunitarie o internazionali, ritenute, in linea di principio, prevalenti rispetto a quelle interne. La nostra Costituzione, infatti, negli articoli 10⁷¹ e 11⁷² rinuncia a parte della propria sovranità, riconoscendo, rispettivamente, il primato del diritto internazionale e di quello dell'Unione Europea, fatta salva la sindacabilità costituzionale circa la ratifica di quelle leggi che contrastano con i principi supremi e con l'essenza dell'ordinamento interno. La Corte Costituzionale italiana, con la suddetta sentenza, riconosce l'egemonia della Corte Internazionale di Giustizia, sottolineando che *“l'interpretazione da parte della CIG della norma consuetudinaria sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati per atti ritenuti iure imperii è un'interpretazione particolarmente qualificata, che non consente un sindacato da parte di amministrazioni e/o giudici nazionali, ivi compresa questa Corte. [...]”*.

E infatti il giudice rimettente non entra nel merito dell'interpretazione resa dalla CIG della norma internazionale sull'immunità per atti ritenuti iure imperii. Egli prende atto, sia pure con preoccupazione, che quella è la portata attuale della norma consuetudinaria internazionale in quanto così definita dalla CIG”⁷³. Ciò premesso, tuttavia, la Corte continua affermando che *“resta da verificare e risolvere il prospettato conflitto tra la norma internazionale da immettere ed applicare nell'ordinamento interno, così come interpretata*

⁷¹ Art. 10, co. 1, Cost. *“L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute”*.

⁷² Art 11 Cost. *“L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo”*.

⁷³ Corte Cost., sentenza n. 238 del 22 ottobre 2014, § 3.1.

nell'ordinamento internazionale, norma che ha rango equivalente a quello costituzionale, in virtù del rinvio di cui all'art. 10, primo comma, Cost., e norme e principi della Costituzione che con essa presentino elementi di contrasto tali da non essere superabili con gli strumenti ermeneutici"⁷⁴. Nel tentativo di risolvere la questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice fiorentino, la Corte dichiara ferreamente che *"i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscano un «limite all'ingresso [...] delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10, primo comma della Costituzione» [...]. Essi rappresentano, in altri termini, gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, per ciò stesso sottratti anche alla revisione costituzionale"*⁷⁵.

La decisione rappresenta un esempio eloquente dell'approccio dualista, tra ordinamento italiano e ordinamento internazionale, storicamente difeso dal nostro giudice delle leggi⁷⁶. Secondo tale visione i due sistemi sarebbero distinti e autonomi, pur essendo coordinati tra loro. Al punto di vista della Corte Costituzionale si è sempre opposta, in ambito comunitario, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la quale difende l'idea monista che vede i due ordinamenti – nazionale ed europeo – integrati in uno unico, in cui le norme comunitarie prevalgono su quelle nazionali, in conformità con il principio della preminenza del diritto sovranazionale. Di conseguenza, la legislazione interna in contrasto con quella europea dovrebbe essere rimossa dai giudici nazionali. Il concetto si presenta, in termini analoghi, tra l'ordinamento nazionale e quello internazionale.

Con la suddetta sentenza la Corte Costituzionale ha voluto chiarire che, data la gravità dei crimini perpetrati dal Terzo Reich, il bilanciamento tra il rispetto della sovranità degli Stati e la salvaguardia dei diritti essenziali degli individui, non deve essere attuato in quanto superfluo. I crimini internazionali, infatti, sarebbero così gravi per il nostro sistema, da ostacolare il corretto funzionamento del primo comma dell'articolo 10 della nostra carta fondamentale, ricca di valori che risultano contrari, e non solo in contrasto, all'immunità degli Stati riguardo a delitti di tale portata⁷⁷. Per la Corte, la consuetudine internazionale che offre

⁷⁴ *Ibidem.*

⁷⁵ *Ibidem.*

⁷⁶ A. ANZON DEMMING, *La Corte costituzionale è ferma sui "controlimiti", ma rovescia sulla Corte europea di Giustizia l'onere di farne applicazione bilanciando esigenze europee e istanze identitarie degli Stati membri*, in *Giurisprudenza costituzionale*, Vol. 62, n. 1, 2017, pp. 507-533.

⁷⁷ A. LANCIOTTI, M. LONGOBARDO, *La Corte Costituzionale risponde alla Corte Internazionale di Giustizia: l'ordinamento italiano non si adatta alla regola sull'immunità degli Stati*, in <http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=29181>, 2015, p. 9; R. DICKMANN, *Il "Diritto al giudice" di cui all'art. 24 Cost. come principio supremo e limite al diritto internazionale generalmente*

l'immunità giurisdizionale agli ordinamenti stranieri, non è attuabile quando questa si estende ad atti, seppur *iure imperii*, che violano i diritti umani, impedendo alle vittime di ricorrere alla giustizia. La prima questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice fiorentino alla Corte Costituzionale, infatti, riguardava proprio la verifica della compatibilità dell'immunità giurisdizionale (così come definita dalla CIG nella sentenza del 3 febbraio 2012) con la nostra legge fondamentale, in particolare con gli articoli 2 e 24 i quali garantiscono, rispettivamente, i diritti inviolabili dell'uomo e la possibilità di agire in giudizio per la loro tutela. La Consulta, com'è stato osservato, ha ritenuto l'interpretazione della CIG sulla menzionata consuetudine incompatibile con il sistema italiano e, di conseguenza, ha dichiarato infondata la questione eccepita dal giudice rimettente circa la costituzionalità della norma sull'immunità recepita nel nostro ordinamento ex articolo 10, comma 1, della Costituzione, il quale prevede un processo automatico di adeguamento interno alle consuetudini internazionali. L'articolo 10, secondo la Corte, esclude preventivamente dal contesto normativo italiano tutto ciò che ritiene inaccettabile ed incompatibile con i suoi principi⁷⁸.

Rispetto alle altre due questioni sollevate dal Tribunale di Firenze – che si riferivano alla legittimità dell'articolo 1 della Legge sull'esecuzione dello Statuto delle Nazioni Unite⁷⁹ e alla legittimità dell'articolo 3 della Legge sull'adesione della Repubblica italiana alla Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni⁸⁰ – la Corte Costituzionale ne ha riconosciuto invece la fondatezza. L'articolo 1 della L. 848/1957 è stata dichiarata incostituzionale *“limitatamente all'esecuzione data all'art. 94 della Carta delle Nazioni Unite, esclusivamente nella parte in cui obbliga il giudice italiano ad adeguarsi alla pronuncia della Corte internazionale di giustizia (CIG) del 3 febbraio 2012, che gli impone di negare la propria giurisdizione in riferimento ad atti di uno Stato straniero che consistano*

riconosciuto (Nota a Corte Cost., sent. n. 238 del 22 Ottobre 2014), in https://www.federalismi.it/nv14/articolo_documento.cfm?Artid=27990, 2014, p. 21.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ Art. 1 L. 848/1957 *“Piena ed intera esecuzione è data allo Statuto delle Nazioni Unite, firmato a San Francisco il 26 giugno 1945, a decorrere dal 14 dicembre 1955, data di ammissione dell'Italia alle Nazioni Unite”*.

⁸⁰ Art. 74 L. 5/2013 *“1. Ai fini di cui all'articolo 94, paragrafo 1, dello Statuto delle Nazioni Unite, firmato a San Francisco il 26 giugno 1945 e reso esecutivo dalla legge 17 agosto 1957, n. 848, quando la Corte internazionale di giustizia, con sentenza che ha definito un procedimento di cui è stato parte lo Stato italiano, ha escluso l'assoggettamento di specifiche condotte di altro Stato alla giurisdizione civile, il giudice davanti al quale pende controversia relativa alle stesse condotte rileva, d'ufficio e anche quando ha già emesso sentenza non definitiva passata in giudicato che ha riconosciuto la sussistenza della giurisdizione, il difetto di giurisdizione in qualunque stato e grado del processo. 2. Le sentenze passate in giudicato in contrasto con la sentenza della Corte internazionale di giustizia di cui al comma 1, anche se successivamente emessa, possono essere impugnate per revocazione, oltre che nei casi previsti dall'articolo 395 del codice di procedura civile, anche per difetto di giurisdizione civile e in tale caso non si applica l'articolo 396 del citato codice di procedura civile”*.

in crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona"⁸¹. Allo stesso modo la Corte ha ritenuto illegittimo anche l'articolo 3 della L. 5/2013.

La pronuncia, dunque, la cui portata è significativa, permette ai giudici italiani di condannare civilmente un Paese straniero che abbia commesso crimini internazionali contro i diritti inalienabili della persona umana. Prima di allora, infatti, l'Italia non poteva giudicare uno Stato estero per le azioni da questo svolte nell'esercizio della sua sovranità.

6.2. Il valore della giurisprudenza internazionale nei processi interni.

Per quanto riguarda il secondo tema, ovvero il valore che la giurisprudenza internazionale – costituita dalla generalità delle sentenze emesse dai tribunali sovranazionali che non implicano una questione di attuazione diretta – assume nei processi interni, sarà qui solo accennato. La domanda che ci si pone è la seguente: i giudici interni sono in qualche misura vincolati, nell'esercizio della loro funzione giurisdizionale, a conformarsi alle pronunce che i giudici internazionali emettono anche nei confronti di altri Stati?

Com'è stato più volte ribadito, le sentenze internazionali hanno forza vincolante solo per gli Stati parte della controversia e non comportano alcun obbligo al di fuori del caso per cui sono state emesse. Tuttavia, è indubbio che gli Stati utilizzano la giurisprudenza internazionale come fonte di interpretazione per comprendere il significato e la portata delle norme internazionali, in quanto essa fornisce indicazioni circa il modo in cui i Paesi devono applicare tali norme nel contesto nazionale. A tal proposito, con riferimento all'Italia, la riforma costituzionale operata nel 2001 e la successiva giurisprudenza della Consulta hanno cercato di delineare un modello che i giudici interni sono tenuti a seguire quando si trovano a dover applicare una norma internazionale pattizia la cui portata è stata offerta dai tribunali sovranazionali. Il tema assume rilevanza, in special modo, con riferimento alla protezione dei diritti umani e, dunque, al valore della prassi della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel nostro ordinamento; sarà quindi affrontato alla fine del terzo capitolo di questo elaborato dedicato proprio a questa Corte⁸².

⁸¹ Corte Cost., sentenza n. 238 del 22 ottobre 2014.

⁸² Si veda § 5 del terzo capitolo.

CAPITOLO II

IL RUOLO DEL PRECEDENTE NELLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA

SOMMARIO: 1. La Corte Internazionale di Giustizia e il contesto in cui essa opera – 2. Le decisioni della CIG: fonti formali o meri mezzi sussidiari? – 3. Il modo in cui i precedenti vengono impiegati dai giudici dell’Aja – 3.1. I motivi sottostanti alla prassi seguita dalla Corte – 3.2. L’impatto sulla Corte e sulle parti coinvolte – 4. I valori che giustificano la prassi della Corte Internazionale di Giustizia – 5. L’evoluzione del diritto internazionale attraverso le decisioni della CIG – 5.1. L’impatto della Corte sullo sviluppo di alcuni importanti settori del diritto internazionale: i diritti umani, la responsabilità degli Stati e il diritto del mare – 5.2. Il ruolo della Corte come promotrice del diritto internazionale – 5.3. I fattori che determinano l’influenza della Corte

1. La Corte Internazionale di Giustizia e il contesto in cui essa opera.

Pur mancando, tra le giurisdizioni internazionali, una struttura gerarchica, è però indubbio che la Corte Internazionale di Giustizia (nota anche con l’acronimo CIG) sia considerata l’organo più importante e prestigioso⁸³, essendo parte dell’assetto organico della massima organizzazione mondiale, l’ONU. La Corte fu istituita nel 1945 in seguito all’approvazione della Carta delle Nazioni Unite, alla quale – a conferma della sua autorevolezza – fu annesso il suo stesso Statuto⁸⁴. Nella composizione della CIG – sono 15 i giudici che la compongono – trovano rappresentanza i principali Paesi che aderiscono al suo Statuto; in particolare c’è sempre un rappresentante degli Stati Uniti, della Russia, del Regno Unito, della Francia e della Cina, ossia dei membri permanenti del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite. Nella loro configurazione e nel modo in cui operano, difatti, le altre corti internazionali prendono spunto dal modello adottato dalla CIG, ed è perciò doveroso dedicarle un’attenzione particolare. Essa rappresenta la prosecuzione naturale della Corte Permanente di Giustizia Internazionale, tanto da riferirsi sovente alle precedenti decisioni di quest’ultima, ed è competente a dirimere le controversie tra Stati membri dell’ONU – la cd. competenza contenziosa – e a formulare pareri su questioni legali avanzate dagli organi autorizzati – la cd.

⁸³ Art. 92 Carta ONU “*The International Court of Justice shall be the principal judicial organ of the United Nations. It shall function in accordance with the annexed Statute, which is based upon the Statute of the Permanent Court of International Justice and forms an integral part of the present Charter*”.

⁸⁴ *Ibidem*.

competenza consultiva. Per quanto riguarda la competenza contenziosa – che, trattandosi di un organo giudiziario, è chiaramente la funzione cruciale – la CIG è l'unica corte internazionale ad avere una giurisdizione che possiamo chiamare generale, non sussistendo limiti circa la tipologia di controversie che può trattare. Essa, infatti, ha l'autorità di definire qualsiasi lite sorta tra gli Stati membri che hanno accettato la sua giurisdizione, ma è bene sottolineare che soltanto le Nazioni possono agire come parti nei procedimenti dinanzi alla Corte. Inoltre, la sua giurisdizione è pressoché universale in quanto tutti i membri delle Nazioni Unite, com'è sancito dal primo paragrafo dell'articolo 93 della Carta ONU⁸⁵, aderiscono automaticamente allo Statuto della CIG.

Presupposti imprescindibili affinché il Tribunale Internazionale dell'Aja possa esercitare la sua funzione giudiziaria sono dunque l'esistenza di una controversia internazionale tra Stati e il consenso di questi ultimi (requisito fondamentale per la giurisdizione di qualunque altro tribunale internazionale). La Corte, infatti, può essere invocata solo per mezzo delle modalità previste nel suo Statuto. È innanzitutto possibile rivolgersi alla CIG mediante un accordo, il cd. compromesso, raggiunto tra gli Stati avversari⁸⁶; accordo che può essere concluso prima che la disputa sia sorta, individuando le materie da devolvere alla CIG, oppure con il sopraggiungere della lite (si suol parlare, in entrambi i casi, di giurisdizione speciale, in quanto essa si riferisce a controversie specifiche). Si può inoltre adire alla CIG tramite una clausola, detta compromissoria, contenuta in un trattato bilaterale o multilaterale che prevede, per ciascuno Stato firmatario, l'opportunità di ricorrere ad essa in caso di liti riguardanti l'interpretazione o l'applicazione dei precetti racchiusi nel trattato medesimo⁸⁷ (si parla in tal caso di giurisdizione obbligatoria perché lo Stato convenuto è tenuto ad accettarla una volta che ha approvato la suddetta clausola). Infine, attraverso l'adesione di una clausola facoltativa di giurisdizione obbligatoria sancita dal paragrafo 2 dell'articolo 36 dello Statuto⁸⁸, lo Stato si vincola ad accettare la giurisdizione della CIG con riferimento alle controversie sorte con quegli Stati che hanno accettato il medesimo obbligo. Queste sono le ipotesi di consenso che forniscono alla CIG un idoneo titolo di giurisdizione ma, anche in assenza di tali basi, la Corte può pronunciarsi se lo Stato convenuto compare in giudizio accettando in quella sede di

⁸⁵ Art. 93, § 1, Carta ONU “*All Members of the United Nations are ipso facto parties to the Statute of the International Court of Justice*”.

⁸⁶ Art. 36, § 1, Statuto CIG “*The jurisdiction of the Court comprises all cases which the parties refer to it*”.

⁸⁷ Art. 36, § 1, Statuto CIG “*The jurisdiction of the Court comprises [...] all matters specially provided for in the Charter of the United Nations or in treaties and conventions in force*”.

⁸⁸ Art. 36, § 2, Statuto CIG “*The states parties to the present Statute may at any time declare that they recognize as compulsory ipso facto and without special agreement, in relation to any other state accepting the same obligation, the jurisdiction of the Court*”.

sottoporsi alla sua giurisdizione. Al contrario la Corte non è mai competente qualora manchi sia il consenso dello Stato, prestato mediante gli strumenti suddetti, e sia la costituzione in giudizio di quest'ultimo. Ad oggi, comunque, il mezzo privilegiato dagli Stati per portare dinanzi al CIG le loro dispute è il compromesso.

Una volta investita del potere giurisdizionale la Corte è tenuta a decidere, principalmente, sulla base del diritto internazionale (sia consuetudinario che pattizio) e dei principi generali comuni alla maggior parte degli ordinamenti nazionali; in via sussidiaria sulla base della giurisprudenza e della dottrina più autorevole; e, previa espressa richiesta delle parti, anche secondo equità (*ex aequo et bono*)⁸⁹. Essa, di regola, giudica in seduta plenaria⁹⁰ ma, su richiesta delle parti, la Corte può istituire una Sezione per la risoluzione di un caso specifico⁹¹. Nonostante sia previsto che il numero dei giudici componenti la Sezione sia determinato dalla Corte con l'approvazione degli Stati in lite, in realtà sono spesso questi ultimi a scegliere quanti e quali giudici inserire. Tale meccanismo, che lascia molta libertà agli Stati e che ha reso decisamente appetibile il ricorso alla CIG, aumenta notevolmente l'influenza arbitraria, rischiando che le decisioni emanate dalla Corte in seduta plenaria e quelle emanate dalle diverse Sezioni siano potenzialmente in contrasto tra loro.

Le pronunce emesse dalla CIG, sia quelle del plenum che quelle dalle Sezioni⁹², sono vincolanti per le parti in lite⁹³ e definitive, non essendo ammessa impugnazione⁹⁴, tant'è che esse sono esecutive già al momento dell'emanazione. A tal proposito, infatti, l'articolo 94⁹⁵

⁸⁹ Art. 38 Statuto CIG "1. *The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: a) international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states; b) international custom, as evidence of a general practice accepted as law; c) the general principles of law recognized by civilized nations; d) subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law. 2. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case ex aequo et bono, if the parties agree thereto*".

⁹⁰ Art. 25, § 1, Statuto CIG "The full Court shall sit except when it is expressly provided otherwise in the present Statute".

⁹¹ Art. 26 Statuto CIG "1. *The Court may from time to time form one or more chambers, composed of three or more judges as the Court may determine, for dealing with particular categories of cases; for example, labour cases and cases relating to transit and communications. 2. The Court may at any time form a chamber for dealing with a particular case. The number of judges to constitute such a chamber shall be determined by the Court with the approval of the parties. 3. Cases shall be heard and determined by the chambers provided for in this article if the parties so request*".

⁹² Art. 27 Statuto CIG "A judgment given by any of the chambers provided for in Articles 26 and 29 shall be considered as rendered by the Court".

⁹³ Art. 59 Statuto CIG "The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case".

⁹⁴ Art. 60 Statuto CIG "The judgment is final and without appeal".

⁹⁵ Art. 94 Carta ONU "1. *Each Member of the United Nations undertakes to comply with the decision of the International Court of Justice in any case to which it is a party. 2. If any party to a case fails to perform the obligations incumbent upon it under a judgment rendered by the Court, the other party may have recourse to the*

della Carta ONU impone agli Stati di conformarsi alle decisioni che li riguardano e di adottare i necessari meccanismi di adattamento interno. In caso di inottemperanza, la controparte ha la facoltà di chiedere l'intervento del Consiglio di Sicurezza che, sebbene non abbia alcun obbligo di intraprendere azioni nei confronti dello Stato inadempiente, se decide di farlo può adottare le misure che ritiene opportune per dare esecuzione alla sentenza.

2. Le decisioni della CIG: fonti formali o meri mezzi sussidiari?

Per poter trattare il tema oggetto di questo paragrafo – ossia chiarire il ruolo che le decisioni della Corte svolgono nel panorama internazionale – occorre iniziare con il definire gli elementi che lo compongono. Nel prosieguo verranno dunque illustrati i concetti di fonte e di decisione giudiziaria, per poi passare all'argomento chiave di questa sezione.

La parola “fonte” indica la scaturigine, la genesi, una sorgente. Alain Pellet, poeticamente, afferma che essa “*evoca l'acqua che sgorga dalla terra*”⁹⁶, simboleggiando “*una fontana*”⁹⁷. Tale raffigurazione ci aiuta a comprendere il significato del termine anche nel contesto giuridico, nel quale esso abbraccia due nozioni distinte: la fonte formale e la fonte materiale. Per fonte formale si intende il processo attraverso il quale una norma viene creata, approvata e introdotta nel sistema di riferimento⁹⁸. Si possono includere all'interno di questa categoria i trattati, le consuetudini, le costituzioni, i decreti, gli atti parlamentari e, in generale, tutti quei documenti ufficiali che conferiscono autorità alle norme. Queste ultime, per completezza, riguardano il contenuto e sono, appunto, supportate dalle fonti formali. Per fonte materiale, invece, si intende la sostanza o la materia dalle quali le leggi derivano, dunque la *ratio* sottostante. Questo concetto è collegato a fattori morali, culturali, sociali ed economici che ispirano le norme, avendo un impatto storico sulla loro formazione, ma non le creano, in quanto si tratta di fattori extragiuridici⁹⁹. Come una fontana che prende la sua acqua da varie direzioni, il diritto attinge sia dalle fonti formali – le quali creano leggi – e sia dalle fonti materiali – le quali sostengono quelle stesse leggi – per formare il tessuto giuridico della società che è in continua evoluzione. Le regole giuridiche che scaturiscono dalle fonti, peraltro, non devono necessariamente essere vincolanti, ma devono orientare la condotta dei destinatari.

Security Council, which may, if it deems necessary, make recommendations or decide upon measures to be taken to give effect to the judgment”.

⁹⁶ A. PELLET, *Decisions of the ICJ as Sources of International Law?*, in Gaetano Morelli Lectures Series Vol. 2, *International and European Papers Publishing*, Roma, 2018, p. 8.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ *Ivi*, p. 12.

⁹⁹ A. BOYLE, C. CHINKIN, *The Making of International Law*, in *Foundations of Public International Law*, Oxford University Press, New York, 2008, p. 224

L'articolo 38 dello Statuto della CIG¹⁰⁰ enumera le fonti formali – che sono quelle di cui maggiormente ci si occupa – del diritto internazionale, ma lo fa in modo incompleto e senza stabilire una vera e propria gerarchia tra di esse. Esso, invero, al paragrafo 1, indica nell'ordine a) le convenzioni, b) le consuetudini e c) i principi generali, denotando, in linea di principio, un diverso grado di importanza. Tuttavia, anche i trattati – ritenuti testi rigidi per natura e dunque fonti vincolanti per eccellenza – possono produrre le cd. *soft law*, ossia norme non obbligatorie e, quindi, meno autorevoli di quelle con efficacia vincolante, anche se prodotte da fonti comunemente ritenute subordinate.

Il paragrafo 2¹⁰¹, inoltre, non elenca alcuna fonte. Esso, al contrario, autorizza la Corte a disattendere le norme giuridiche o a correggerle sulla base dell'equità, quando le parti le richiedono espressamente di decidere *ex aequo et bono*. Esiste poi una situazione intermedia nella quale è il trattato o la consuetudine stessa a imporre alla Corte di decidere secondo i principi di equità.

Quanto alla lettera d) del paragrafo 1¹⁰², che cita le decisioni giudiziarie e gli insegnamenti degli autori più qualificati, essa è molto controversa. Gli strumenti in questa menzionati sono o non sono fonti del diritto internazionale? Prima di approfondire l'argomento è bene, però, chiarire il significato di decisione giudiziaria.

Nel concetto di “decisione giudiziaria” rientrano, indubbiamente, le sentenze, qualunque questione esse risolvano – anche quelle preliminari¹⁰³. Tuttavia, la Corte non emana solo sentenze. Essa adotta ordinanze di vario tipo, oppure esprime opinioni (o pareri) nell'ambito della funzione consultiva.

Quanto ai pareri, questi sono esclusi dal concetto di decisione giudiziaria per la loro natura consultiva ma, ovviamente, quando la Corte decide su un punto di diritto, adotta una procedura e un ragionamento che rispecchiano quelli utilizzati dalla stessa nelle questioni controverse. Inoltre, la Corte è solita citare anche i suoi pareri, oltre alle sentenze, quando fa riferimento alla sua giurisprudenza. Dunque, all'interno di quest'ultima rientrano, indifferentemente, sia le sentenze che i pareri e, di conseguenza, entrambi possono essere compresi nella categoria delle decisioni giudiziarie nominate nella lettera d) dell'articolo 38. Chiaramente sentenza e pareri non sono equiparabili – i pareri sono spesso più vaghi rispetto

¹⁰⁰ Art. 38 Statuto CIG.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ A tal proposito l'art. 36, § 6, Statuto CIG elimina ogni dubbio prevenendo che “*In the event of a dispute as to whether the Court has jurisdiction, the matter shall be settled by the decision of the Court*”.

alle sentenze e questo perché, quando le viene richiesto un parere, la Corte non è chiamata a decidere il caso emettendo una sentenza che passerà in giudicato – ma, al di là delle differenze che certamente sussistono, tutti e due gli strumenti influenzano il processo di codificazione e di sviluppo progressivo del diritto internazionale¹⁰⁴.

Per quanto riguarda le opinioni individuali, esse difficilmente possono essere fatte rientrare nel concetto di decisione¹⁰⁵. Le opinioni, infatti, sembrano appartenere alla categoria degli insegnamenti degli autori più qualificati, anch'essi menzionati nella lettera d) dell'articolo 38. Tuttavia, le opinioni individuali dei giudici, a differenza dei più generici insegnamenti, sono così autorevoli non perché provengono da persone di alta moralità che possiedono qualifiche specifiche (non solo, almeno), ma soprattutto perché sono state rese dopo aver ascoltato le parti in contraddittorio ed essersi confrontati con i colleghi presenti¹⁰⁶. Dunque, è indubbio che le opinioni individuali inserite all'interno delle decisioni – sentenze e pareri – siano considerate validi strumenti per meglio comprendere portata e contenuto della soluzione adottata. Non mancano inoltre studiosi che, riconoscendo il grande valore delle opinioni, le equiparano addirittura alle decisioni stesse¹⁰⁷.

Quindi, in definitiva, si può riassumere quanto segue. Innanzitutto, all'interno della categoria delle decisioni giudiziarie sono inclusi tutti quegli strumenti adottati dalla Corte che, sulla base del diritto internazionale, enunciano il comportamento che le parti coinvolte devono – nel caso delle sentenze e delle ordinanze – o dovrebbero – nel caso dei pareri consultivi – assumere. Inoltre, la particolare autorità conferita alle decisioni della Corte risiede nel fatto che esse vengono adottate dopo il contraddittorio, nel corso del quale le parti espongono tesi generalmente opposte o, comunque, differenti, supportate da idonee argomentazioni. Infine, è bene osservare che qualsiasi decisione della Corte ha un fondamento giuridico perché essa si pronuncia sempre in conformità al diritto internazionale, eccetto quando risolve le controversie *ex aequo et bono*, previo accordo delle parti, ai sensi del paragrafo 2 dell'articolo 38 – facoltà che, tuttavia, non è mai stata utilizzata.

Ciò premesso, è giunto il momento di capire se le decisioni della Corte rientrano o meno nel concetto di fonte formale del diritto internazionale. In dottrina la questione ha acceso un

¹⁰⁴ A. PELLET, *Decisions of the ICJ as Sources of International Law?*, cit., p. 18.

¹⁰⁵ F. BERMAN, *The International Court of Justice as an 'Agent' of Legal Development?*, in C. J. TAMS, AND JAMES SLOAN (a cura di), *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford Academic, Oxford, 2013, p. 12.

¹⁰⁶ A. PELLET, *Decisions of the ICJ as Sources of International Law?*, cit., p. 22.

¹⁰⁷ M. SHAHABUDDIN, *The Precedential Impact of Individual Opinions*, in *Precedent in the World Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, pp. 177–208.

forte dibattito tra chi risponde negativamente e chi, al contrario, sostiene che la giurisprudenza rientri in tale categoria.

Secondo gli oppositori le sentenze e le ordinanze (ossia le decisioni giuridicamente vincolanti) impongono obblighi alle parti – a differenza dei pareri consultivi – che derivano da un ragionamento giuridico basato sulle fonti di diritto internazionale, ma non sono esse stesse fonti. La *ratio* risiederebbe nel combinato disposto degli articoli 59, 60 e 61 dello Statuto, da cui deriva il principio della *res iudicata*, che garantisce la definitività della questione risolta¹⁰⁸. L'articolo 59, che rappresenta il punto di partenza di tale tesi, stabilisce che “*The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case*”. La formulazione in negativo della norma spiegherebbe che la sentenza non impone alcun obbligo agli Stati terzi, anche se firmatari dello Statuto, e dunque essa è vincolante esclusivamente tra le parti che – come confermato dall'articolo 60 che stabilisce che “*The judgment is final and without appeal*” – devono immediatamente conformarsi ad essa. L'articolo 61¹⁰⁹, inoltre, rafforza il carattere vincolante della sentenza, subordinando le eventuali richieste di revisione a rigorosi obblighi sia sostanziali che procedurali. Dunque, secondo gli oppositori, lo Statuto escluderebbe l'inclusione delle decisioni giudiziarie nella categoria delle fonti e, più in generale, un sistema basato sulla vincolatività dei precedenti¹¹⁰. La Corte, infatti, sarebbe destinata a dirimere le controversie ad essa sottoposte sulla base di norme giuridiche preesistenti e non a plasmare il diritto; idea riflessa dallo stesso *incipit* dell'articolo 38 “*The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it...*”.

Al contrario, c'è chi, come anticipato, afferma che le decisioni della Corte costituiscono effettivamente fonti formali del diritto internazionale. Per i sostenitori di questa tesi – spesso magistrati di origine anglosassone legittimamente influenzati dalla tradizione giuridica a cui

¹⁰⁸ A. PELLET, *Decisions of the ICJ as Sources of International Law?*, cit., pp. 23-25.

¹⁰⁹ Art. 61 Statuto CIG “1. *An application for revision of a judgment may be made only when it is based upon the discovery of some fact of such a nature as to be a decisive factor, which fact was, when the judgment was given, unknown to the Court and also to the party claiming revision, always provided that such ignorance was not due to negligence. 2. The proceedings for revision shall be opened by a judgment of the Court expressly recording the existence of the new fact, recognizing that it has such a character as to lay the case open to revision, and declaring the application admissible on this ground. 3. The Court may require previous compliance with the terms of the judgment before it admits proceedings in revision. 4. The application for revision must be made at latest within six months of the discovery of the new fact. 5. No application for revision may be made after the lapse of ten years from the date of the judgment*”.

¹¹⁰ J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 38-40.

appartengono¹¹¹ – l’articolo 38 autorizzerebbe i giudici ad utilizzare le decisioni passate nella risoluzione dei casi controversi e, di conseguenza, dovrebbe essere intesa come un’approvazione della dottrina dello *stare decisis*.

Nonostante l’argomento sia caratterizzato da un forte dibattito – tra chi sostiene, da una parte, e chi nega, dall’altra, la vincolatività delle decisioni giudiziarie al di fuori del caso specifico – è ormai ampiamente riconosciuto che i precedenti fungano da mezzo interpretativo in grado di rilevare anche oltre il contesto in cui sono stati emessi. Il punto d’incontro tra le due tesi – e dunque la risposta al quesito inizialmente posto – è il seguente: sebbene le decisioni della Corte non possano essere classificate come fonti ufficiali di diritto internazionale, esse forniscono, specie se considerate nel loro insieme, un quadro privilegiato per la determinazione delle regole di diritto da applicare¹¹².

3. Il modo in cui i precedenti vengono impiegati dai giudici dell’Aja.

Da una prospettiva puramente teorica, il ruolo svolto dalle decisioni della Corte nell’ambito della sua giurisprudenza – ruolo che possiamo in realtà estendere, vista la portata generale attribuita allo Statuto della CIG, alle decisioni di tutti i tribunali internazionali – segue i principi illustrati nel paragrafo precedente. È indubbio, infatti, che nel contesto del diritto internazionale generale non ci sia alcuna norma che obblighi un tribunale a seguire le decisioni prese in passato dallo stesso o da altri tribunali. Tuttavia, nonostante l’assenza formale di una regola di questa portata, è ormai da tempo evidente che la Corte richiama frequentemente decisioni passate nei casi che le vengono sottoposti. A partire dalla fine degli anni Novanta e dall’inizio del nuovo millennio, infatti, si è notato un aumento significativo dell’uso delle decisioni precedenti su un’ampia gamma di questioni; prassi che ha segnato un notevole cambiamento nell’approccio adottato dalla Corte, che sembra oggi essere sempre più influenzata dai principi della *common law*. Le decisioni rievocate appartengono per lo più alla sua stessa giurisprudenza o a quella della Corte Permanente di Giustizia Internazionale – che l’ha preceduta – ma, negli ultimi tempi, perfino la giurisprudenza esterna sta acquisendo una certa rilevanza nelle decisioni dinanzi alla CIG.

Retrocedendo all’epoca della CPGI, peraltro, si può osservare come anch’essa avesse già allora precisato la portata dell’articolo 59 del suo Statuto. La Corte, infatti, nella sentenza

¹¹¹ Si veda in particolare CIG, *Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran)*, *Dissenting Opinion of Judge Read*, sentenza del 22 luglio 1952, pp. 142-143.

¹¹² A. PELLET, *Decisions of the ICJ as Sources of International Law?*, cit., p. 33.

del 25 maggio 1926 sul caso relativo a taluni interessi tedeschi nell'Upper Silesia polacca¹¹³ e nella sentenza del 16 dicembre 1927 sul caso relativo alla fabbrica di Chorzów¹¹⁴ aveva chiarito che *“the object of Article 59 is simply to prevent legal principles accepted by the Court in a particular case from being binding also upon other States or in other disputes”*.

Il medesimo orientamento è stato, successivamente, ripreso dalla CIG che, nella sentenza del 21 marzo 1984 sul caso relativo alla piattaforma continentale Libia c. Malta¹¹⁵ ha affermato che *“In the first place, the rights claimed by Italy would be safeguarded by Article 59 of the Statute, which provides that “The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case”. Much argument has been addressed, in the course of these proceedings, to the question of the relationship between Article 62 of the Statute and Article 59. It is clear from the latter provision that the principles and rules of international law found by the Court to be applicable to the delimitation between Libya and Malta, and the indications given by the Court as to their application in practice, cannot be relied on by the Parties against any other State. As the Permanent Court of International Justice observed, “the object of Article 59 is simply to prevent legal principles accepted by the Court in a particular case from being binding also upon other States or in other disputes”*.

La CIG – che ha più volte sottolineato la non vincolatività ai precedenti – ha però al contempo chiarito che, in linea di principio, non si allontanerà dalla sua giurisprudenza consolidata. In una sentenza dell'11 giugno 1998¹¹⁶, che vedeva avversari il Camerun e la Nigeria a causa di una lite sui confini terrestri e marittimi, aveva infatti affermato che *“Nigeria nonetheless contests that conclusion pointing out that, in accordance with Article 59 of the Statute, “[t]he decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case”. Thus, judgments given earlier, in particular in the case concerning Right of Passage over Indian Territory, clearly [have] no direct compelling effect in the present case”. It is true that, in accordance with Article 59, the Court's judgments bind only the parties to and in respect of a particular case. There can be no question of holding Nigeria to decisions reached by the Court in previous cases. The real question is whether, in this case, there is cause not to follow the reasoning and conclusions of earlier cases”*.

¹¹³ CPGI, *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, Series A, No. 7, sentenza del 25 maggio 1926, p. 19.

¹¹⁴ CPGI, *Factory at Chorzów*, Series A, No. 13, sentenza del 16 dicembre 1927, pp. 20-21.

¹¹⁵ CIG, *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, Application by Italy for Permission to Intervene, sentenza del 21 marzo 1984, p. 3, § 42.

¹¹⁶ CIG, *Case Concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, Preliminary Objections, Series A, No. 11, sentenza dell'11 giugno 1998, p. 292, § 28.

Punto di riferimento di tale posizione è stata una significativa pronuncia della CPGI, ossia la sentenza del 10 ottobre 1927 sul riadattamento delle concessioni Mavrommatis Gerusalemme¹¹⁷, che aveva dichiarato di non trovare “*no reason to depart from a construction which clearly flows from the previous judgments the reasoning of which it still regards as sound*”.

La CIG, nel corso dei decenni, ha mantenuto la stessa posizione assunta da chi l’ha preceduta, continuando a seguire l’orientamento delle decisioni prese in passato in assenza di motivi ritenuti essenziali. Nella risoluzione del caso di genocidio (*Croazia c. Serbia*), infatti, il 18 novembre del 2008¹¹⁸ la Corte ha ritenuto che: “*While some of the facts and the legal issues dealt with in those cases arise also in the present case, none of those decisions were given in proceedings between the two Parties to the present case (Croatia and Serbia), so that, as the Parties recognize, no question of res judicata arises (Article 59 of the Statute of the Court). To the extent that the decisions contain findings of law, the Court will treat them as it treats all previous decisions: that is to say that, while those decisions are in no way binding on the Court, it will not depart from its settled jurisprudence unless it finds very particular reasons to do so*”. La Corte, dunque, dovendosi esprimere su un caso – *Croazia c. Serbia* – simile ad un altro precedentemente deciso – *Bosnia c. Serbia* – ha confermato che la soluzione adottata nel primo non poteva estendersi al secondo come autorità di cosa giudica, in virtù dell’articolo 59 del suo Statuto che nega la vincolatività delle sentenze al di fuori del caso di specie per cui sono state emesse. Tenuto conto di quanto espresso, tuttavia, la Corte ha prontamente aggiunto che resterà coerente con la sua giurisprudenza consolidata, salvo che non ritenga opportuno discostarsi da essa.

Un caso relativamente recente e rilevante ai nostri fini è quello della sentenza del 5 ottobre 2016, riguardante gli obblighi concernenti i negoziati relativi alla cessazione della corsa agli armamenti nucleari e al disarmo nucleare (*Isole Marshall c. Regno Unito*)¹¹⁹, che ha suscitato molte perplessità¹²⁰. Durante la risoluzione del suddetto caso, infatti, il presidente della Corte Ronny Abraham assunse e suggerì una posizione molto più rigida di quella adottata fino a quel momento, dichiarando apertamente che le sentenze della Corte dovrebbero, a suo

¹¹⁷ CPGI, *Readaptation of the Mavrommatis Jerusalem Concessions (Greece v. United Kingdom)*, sentenza del 10 ottobre 1927, p. 18.

¹¹⁸ CIG, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Preliminary Objections, sentenza del 18 novembre 2008, p. 412, § 53.

¹¹⁹ *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)*, Preliminary Objections, sentenza del 5 ottobre 2016.

¹²⁰ J. G. DEVANEY, *The role of precedent in the jurisprudence of the International Court of Justice: A constructive interpretation*, in *Leiden Journal of International Law*, Cambridge University Press, 2022, p. 649.

avviso, esercitare un maggiore controllo. Nel caso di specie il presidente citò due casi precedenti, *Georgia c. Federazione Russa* e *Belgio c. Senegal*, sostenendo che la soluzione adottata in questi ultimi aveva creato un'aspettativa che la Corte non può disattendere. In una dichiarazione¹²¹ Abraham affermò infatti che “*I nonetheless take the view that even if a judge has expressed reservations, or indeed his disagreement, at the time the Court established its jurisprudence, once the Court has done so, he must consider himself to be bound by it thereafter (not legally, of course, but morally), just as much as if he had agreed with it*”.

Non tutti i giudici della Corte hanno una visione così rigida circa il ruolo che le decisioni passate devono avere nella risoluzione dei casi. Se la maggioranza di loro assumesse tale posizione, infatti, le implicazioni sarebbero significative: la regola dello *stare decisis* verrebbe applicata nella sua versione più forte¹²². Tuttavia, considerando la prassi della Corte, si può sostenere che i precedenti hanno svolto un ruolo cruciale nella sua giurisprudenza ma, come dice Sir Elihu Lauterpacht, “*not a controlling role*”¹²³. In ogni caso, la Corte, nonostante sia solita negare l'applicazione della regola anglosassone dello *stare decisis*, di fatto in realtà la segue.

L'incremento dell'importanza data ai precedenti ha portato all'espansione dell'insieme dei casi citati e citanti – in termini di vastità, varietà e portata – e, di conseguenza, la rete di autocitazione della Corte è divenuta un intricato tessuto di riferimenti giuridici, riflettendo l'evoluzione e la complessità del panorama giuridico internazionale che la Corte affronta. Due sono le ragioni¹²⁴ che hanno condotto alla situazione odierna¹²⁵. Innanzitutto, la Corte si è concentrata nelle aree classiche del diritto internazionale – aumentando i riferimenti a decisioni passate che hanno svolto un ruolo cruciale nello sviluppo di questi settori – e ciò, con ogni probabilità, per affermare la propria posizione tra le sedi giudiziarie concorrenti, enfatizzando l'esperienza e la prevedibilità della sua giurisprudenza consolidata. Inoltre, la diversificazione delle questioni trattate ha altresì perfezionato – adattandoli – i modelli di citazione, poiché il ventaglio di decisioni precedenti che vengono oggi richiamate è ampissimo. Le parti, infatti, fondano sempre più le loro argomentazioni sui precedenti per avvantaggiarsene – riportando in

¹²¹ Declaration of President Abraham, § 9.

¹²² J. G. DEVANEY, *The role of precedent in the jurisprudence of the International Court of Justice: A constructive interpretation*, cit., p. 650.

¹²³ E. LAUTERPACHT, *The Role of the International Judge*, in *Lecture Series of the United Nations Audiovisual Library of International Law*, 2007.

¹²⁴ A tal proposito si rimanda al § 3.1. di questo capitolo.

¹²⁵ W. ALSCHNER, D. CHARLOTIN, *The growing complexity of the international court of justice's self-citation network*, in *European Journal of International Law*, Vol. 29 no. I, Oxford University Press, 2018, pp. 84-85.

auge anche le decisioni più datate – inserendo in tal modo una componente di *common law* ai contenziosi dinanzi alla CIG¹²⁶.

Ciò ha avuto un impatto¹²⁷ significativo sulle dinamiche processuali presso la Corte, in quanto la maggior parte dei precedenti è utilizzata in modo argomentativo – sia dalle parti coinvolte per persuadere i giudici che dai giudici stessi – e non in modo meramente rituale per ribadire elementi non controversi della legge, rendendo così la risoluzione delle controversie decisamente più complessa. Giudici e avvocati, infatti, devono confrontarsi con un ampio e variegato insieme di argomentazioni precedenti che hanno appesantito la vita della Corte. Ciò da un lato ha contribuito a conferire rilievo alla Corte; dall'altro ha creato nuove barriere d'accesso alla giustizia, poiché i Paesi con risorse limitate possono incontrare sempre più ostacoli nel percorrere l'intricato cammino della giurisprudenza della CIG.

Tuttavia, se si volesse procedere ad un'analisi empirica della prassi adottata da un tribunale internazionale – nello specifico della CIG – nell'impiego dei propri precedenti sarebbe necessario porre delle importanti premesse¹²⁸. In primo luogo, non tutte le citazioni vengono compiute con lo scopo di conformarsi alle decisioni passate ma, in alcuni casi, l'intento è proprio quello di discostarsi da esse¹²⁹. In secondo luogo, sebbene i precedenti vengano principalmente impiegati in modo argomentativo/persuasivo, possono essere utilizzati anche in modo rituale/formale semplicemente per riaffermare la legge e, in tal caso, il loro impatto sul ragionamento giudiziario è pressoché ininfluenza¹³⁰. In terzo luogo, il fatto che un tribunale scelga di non citare decisioni precedenti non significa che queste non siano state prese in considerazione, poiché la mancata citazione potrebbe essere una scelta strategica finalizzata a celare un mutamento giurisprudenziale e, dunque, essere di fondamentale importanza. Pertanto, con tali premesse, un'analisi empirica completa e accurata delle citazioni di un qualunque tribunale internazionale non dovrebbe semplicemente scovare i casi in cui i precedenti vengono richiamati, ma dovrebbe esaminare ogni singola decisione in modo da poter comprendere a fondo le ragioni, le modalità e le circostanze delle citazioni e, come anticipato, delle non

¹²⁶ *Ivi*, p. 86.

¹²⁷ A tal proposito si rimanda al § 3.2. di questo capitolo.

¹²⁸ W. ALSCHNER, D. CHARLOTIN, *The growing complexity of the international court of justice's self-citation network*, cit., p. 86.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ J. PAUWELYN, M. ELSIG, *The Politics of Treaty Interpretation: Variations and Explanations across International Tribunals*, in J. L. DUNOFF, M. A. POLLACK (a cura di), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 456.

citazioni. Solo così l'indagine potrebbe mostrare realmente l'anima e l'evoluzione del tribunale considerato.

Con riferimento alla Corte Internazionale di Giustizia, un'analisi di tale portata¹³¹ è stata svolta, per la prima volta, nel 2018 da due giuristi, Wolfgang Alschner e Damien Charlotin, che hanno analizzato le 126 sentenze (sono state eliminate quelle sentenze, 16 per la precisione, che pur riguardando parti diverse, avevano testi identici e dunque rappresentavano un duplicato) che la CIG ha emesso tra il 1948 e il 2013, dimostrando che nell'80% dei casi la Corte ha fatto riferimento ai propri precedenti o a quelli del suo predecessore, ossia la Corte Permanente di Giustizia Internazionale. Il restante 20% dei casi, oltretutto, si concentra principalmente nei primi anni di vita della Corte. Ciò vuol dire che l'impiego dei precedenti, da parte della CIG, nei casi ad essa sottoposti nel corso degli ultimi decenni è ormai un fenomeno ampiamente diffuso. Le autocitazioni – intendendo con tale termine sia i riferimenti ai propri precedenti che i riferimenti ai precedenti della CPGI – riscontrate nelle 126 sentenze della CIG sono state, complessivamente, 1865.

Questa analisi è stata compiuta esaminando separatamente le decisioni citanti – ossia quelle che richiamano i precedenti – e le decisioni citate – ossia quelle che vengono richiamate nei casi successivi. L'esame ha evidenziato che le decisioni citanti sono aumentate in modo costante: inizialmente la Corte era restia a fare riferimento ai propri precedenti o a quelli della CPGI; mentre dagli anni '80 le cose sono gradualmente mutate portando, negli ultimi decenni, ad un'ampissima diffusione di tale pratica. Questo anche perché (ma non solo) con l'accumularsi della giurisprudenza nel tempo la Corte ha a disposizione un numero più elevato di casi da invocare. Per quanto riguarda, invece, le decisioni citate l'analisi ha dimostrato che i casi risalenti all'epoca del CPGI e quelli dei primi anni della CIG attirano relativamente poche citazioni ma, soprattutto, è stato riscontrato che le decisioni più maggiormente rievocate sono quelle emesse tra gli anni '60 e gli anni '80. Tale evidenza ha generato uno strano paradosso: in quegli anni, contraddistinti dalla crisi di legittimità della Corte che ha emesso il minor numero di pronunce di tutta la sua storia, la Corte ha in realtà prodotto le sue decisioni più influenti, ossia le più citate.

La distribuzione delle citazioni, ossia dei casi che citano e di quelli che vengono citati, non è omogenea: alcuni casi menzionano o sono soggetti a menzione più frequentemente rispetto ad altri. Tra le decisioni citanti, quella relativa alla controversia territoriale e marittima

¹³¹ W. ALSCHNER, D. CHARLOTIN, *The growing complexity of the international court of justice's self-citation network*, cit., pp. 89-92.

del 2012 (Nicaragua v. Colombia)¹³², con i suoi 77 riferimenti ad altre decisioni, è senz'altro la sentenza con più citazioni. Per quanto riguarda le decisioni citate, invece, domina il caso della piattaforma continentale del Mare del Nord del 1969¹³³, che è stato citato ben 98 volte.

In ogni caso i risultati conseguiti rilevano un significativo aumento dell'utilizzo delle citazioni da parte della Corte Internazionale di Giustizia: le decisioni che ne citano altre sono sempre più diffuse e ciò dimostra che la Corte tende a fare sempre più affidamento sui precedenti; la distribuzione delle decisioni che vengono citate, d'altro canto, indica che viene richiamato un numero sempre più vasto di precedenti.

Ma perché il fenomeno dell'autocitazione si è radicato all'interno della Corte Internazionale di Giustizia? E, inoltre, che impatto ha avuto tale incremento sulla Corte stessa e sulle parti coinvolte?

3.1. *I motivi sottostanti alla prassi seguita dalla Corte.*

Come anticipato, negli ultimi decenni, il fenomeno dell'autocitazione (ma non solo, dal momento che sono aumentati anche i riferimenti a decisioni emesse da altri tribunali) si è diffuso. La direzione ormai intrapresa dalla CIG, in realtà, non stupisce, considerando che essa, oggi, dispone di più casi su cui basarsi e che le liti su cui le viene richiesto di pronunciarsi sono significativamente aumentate. Tuttavia – anche alla luce di questi fattori che hanno certamente contribuito all'incremento delle citazioni – ciò non può giustificare una tale espansione.

Responsabili di questa prassi sarebbero, altresì, due tendenze ormai da tempo prevalse: innanzitutto le citazioni sono perlopiù concentrate in alcune materie, ciò in virtù del maggior rilievo che viene attribuito alla cd. giurisprudenza consolidata nei settori classici del diritto internazionale; inoltre, si può anche osservare una diversificazione delle questioni trattate nelle citazioni, frutto di un cambiamento nella prassi giuridica sempre più influenzata dal modello anglosassone.

La prima tendenza¹³⁴, ossia la concentrazione delle citazioni nei settori classici del diritto internazionale, deriva da una scelta istituzionale compiuta dalla Corte¹³⁵. Inizialmente essa – sebbene disponesse, grazie anche ai precedenti della CIG, di una modesta

¹³² CIG, *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, sentenza del 19 November 2012.

¹³³ CIG, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark)*, sentenza del 20 febbraio 1969.

¹³⁴ E. VOETEN, *Borrowing and Nonborrowing among International Courts*, in *The Journal of Legal Studies*, Vol. 39 n. 2, The University of Chicago Press, 2010, pp. 553-557.

¹³⁵ H. THIRLWAY, *The Drafting of ICJ Decisions: Some Personal Recollections and Observations*, in *Chinese Journal of International Law*, Vol. 5, n. 1, Oxford University Press, 2006, p. 15.

giurisprudenza¹³⁶ – raramente citava casi passati¹³⁷. Gran parte dei primi giudici, infatti, proveniva da Paesi di *civil law* ed era quindi restia all'utilizzo delle decisioni pregresse. Com'è stato precedentemente osservato, però, la seconda metà degli anni Novanta ha rappresentato un punto di svolta. Il periodo, testimone di questo cambio di rotta, è stato anche caratterizzato da una proliferazione di tribunali internazionali¹³⁸ e, dunque, da una vera e propria concorrenza istituzionale che, per molti, ha spinto la Corte a disporre maggiormente della sua giurisprudenza in modo da mantenere la sua rilevanza, specialmente riguardo alle materie classiche del diritto internazionale¹³⁹. Nel tentativo di dissuadere gli Stati dall'affrontare le loro liti in altre sedi, la Corte si è sforzata di mantenere la sua attrattiva, facendo riferimento alla sua giurisprudenza consolidata per sottolineare la sua incidenza nell'evoluzione del diritto internazionale rispetto ad altre corti¹⁴⁰. I riferimenti alle decisioni precedenti, infatti, hanno permesso alla Corte di enfatizzare la sua eredità – potendo essa vantare una stabile e lunga custodia del diritto internazionale, al contrario dei tribunali più recenti – la sua competenza¹⁴¹ su materie specifiche – che, grazie al consolidamento dei suoi orientamenti giurisprudenziali, resta indiscussa nonostante la disponibilità di altri organi apparentemente più specializzati – e, infine, la sua prevedibilità¹⁴² – qualità che la Corte ha in tal modo acquisito malgrado l'assenza di una regola sullo *stare decisis* in grado di fornire sicurezza ai contendenti.

¹³⁶ O. SPIERMANN, *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice: The Rise of the International Judiciary*, in *American Journal of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 296.

¹³⁷ Questo non significa che i riferimenti fossero inesistenti. Come sottolinea Shahabuddeen, la Corte ha cercato di creare ponti con la giurisprudenza del suo predecessore fin dai suoi primi giorni di vita. Cfr. M. SHAHABUDEEN, *Precedent in the World Court*, in *Hersch Lauterpacht Memorial Lectures*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, pp. 23-26. Tuttavia, i riferimenti alle decisioni della Corte Permanente di Giustizia Internazionale sono stati più frequenti negli ultimi decenni rispetto ai primi anni della Corte.

¹³⁸ P.-M. DUPUY, *Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice*, in *NYU Journal of International Law and Politics*, Vol. 31, 1998, p. 791; R. P. ALFORD, *The Proliferation of International Courts and Tribunals: International Adjudication in Ascendance*, in *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 94, Cambridge University Press, 2000, p. 160.

¹³⁹ J. PAUWELYN, M. ELSIG, *The Politics of Treaty Interpretation: Variations and Explanations across International Tribunals*, cit., p. 466.

¹⁴⁰ W. ALSCHNER, D. CHARLOTIN, *The growing complexity of the international court of justice's self-citation network*, cit., p. 99.

¹⁴¹ P.-M. DUPUY, *Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice*, cit., p. 791; R. P. ALFORD, *The Proliferation of International Courts and Tribunals: International Adjudication in Ascendance*, cit., p. 160.

¹⁴² A tal proposito si veda la Dichiarazione del giudice Rosalyn Higgins, presidente della Corte internazionale di Giustizia, in occasione del decimo anniversario dell'ITLOS (29 settembre 2009) in cui si afferma che “*The experience of most international courts is to start slowly and steadily build their docket. The most important factor in this formative stage of the life of a new judicial institution is confidence-building – providing that core predictability that distinguishes law from politics, but doing so in a way that is responsive to the legitimate needs and expectations of the international community*”.

In concomitanza con la suddetta tendenza, si è inoltre registrato un notevole aumento del numero di argomenti trattati nelle citazioni e ciò, questa volta, per scelta degli stessi Stati, anziché della Corte¹⁴³. Se nei primi decenni di vita della Corte gli argomenti citati dalle parti erano infatti limitati, tra la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90 le materie oggetto di citazione si sono decisamente ampliate. Le ragioni alla base di tale tendenza sono diverse. Innanzitutto, a partire dagli anni '90, la Corte è stata chiamata a dirimere controversie riguardanti materie emergenti prima di allora mai affrontate, come i diritti umani e il diritto ambientale, offrendole così la possibilità di pronunciarsi al di fuori delle tematiche classiche¹⁴⁴. In tal modo gli argomenti citabili, a disposizione delle parti, sono chiaramente aumentati. In secondo luogo, la complessità dei nuovi casi – spesso, il medesimo caso, affronta una vasta gamma di questioni – ha richiesto sia alla Corte che agli Stati coinvolti di fare riferimento a diversi argomenti precedentemente decisi. In terzo e ultimo luogo, le decisioni passate vengono spesso citate in questioni giurisdizionali, procedurali o di merito trasversali. Per tali motivi, i precedenti vengono oggi spesso impiegati per distinguere o fare analogie tra casi su questioni giuridiche che vanno al di là dell'oggetto della controversia. Gli Stati, dunque, non solo ricorrono sempre più frequentemente ai precedenti per sviluppare le loro argomentazioni e avere la meglio nel contenzioso, ma fanno anche riferimento ad un'ampia gamma di argomenti. Osservando le decisioni che citano casi passati, l'analisi empirica condotta da Alschner e Charlotin ha confermato che i riferimenti sono perlopiù il risultato di un richiamo, da parte della Corte, delle questioni citate dalle parti nell'elaborazione delle loro argomentazioni. Spesso, dunque, non è la Corte ad introdurre volontariamente i precedenti nella sua decisione, ma sono gli stessi Stati a ricorrere ad essi¹⁴⁵. È stato quindi riscontrato un significativo aumento nell'impiego dei precedenti da parte degli Stati coinvolti nelle dispute; Paesi, oltretutto, appartenenti a tutte le tradizioni giuridiche¹⁴⁶ (sia quelli di *common law*, la cui cultura è in linea con tale prassi, ma anche quelli di *civil law*). Ciò indica, chiaramente, un cambiamento nella cultura giuridica della Corte, i cui contenziosi girano sempre più intorno ai precedenti che vengono considerati, specialmente dagli Stati, vere e proprie fonti a cui riferirsi. Se infatti agli albori della CIG le parti facevano raramente riferimento alla giurisprudenza passata per

¹⁴³ W. ALSCHNER, D. CHARLOTIN, *The growing complexity of the international court of justice's self-citation network*, cit., p. 101.

¹⁴⁴ M. ANDENAS, *Reassertion and Transformation: From Fragmentation to Convergence in International Law*, in *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 46, 2015.

¹⁴⁵ M. SHAHABUDEEN, *Precedent in the World Court*, cit., p. 213.

¹⁴⁶ W. ALSCHNER, D. CHARLOTIN, *The growing complexity of the international court of justice's self-citation network*, cit., p. 105.

sostenere le loro pretese – nonostante la disponibilità di precedenti – oggi le cose sono decisamente mutate.

In conclusione, l'aumento delle citazioni deriva da scelte compiute in parte dalla Corte e in parte dagli Stati. Da un lato la Corte ha voluto maggiormente disporre della sua giurisprudenza al fine di preservare la sua importanza in un'epoca di sedi giudiziarie in competizione tra loro, soprattutto con riferimento ai principali settori del diritto internazionale, enfatizzando la sua eredità, la sua competenza e la sua prevedibilità. Dall'altro anche gli Stati hanno scelto di servirsi dei precedenti per costruire le loro argomentazioni e avanzare richieste, facendo oltretutto riferimento ad un'ampia gamma di questioni, in modo da prevalere sulla controparte nella disputa. L'effetto combinato di queste due tendenze, divenute il nuovo *habitus* della CIG, ha reso le controversie sicuramente più complesse, poiché i giudici e gli avvocati devono oggi affrontare una rete sempre più intricata di questioni. Nel proseguo si vedrà dunque in che modo, a partire dagli Novanta, è cambiato il contenzioso davanti al Tribunale Internazionale dell'Aja.

3.2. *L'impatto sulla Corte e sulle parti coinvolte.*

La crescente complessità riscontrata nella risoluzione delle controversie dinanzi alla CIG, a causa del maggior numero di citazioni eseguite, dipende in realtà dall'uso che viene fatto dei precedenti. Se questi ultimi vengono citati in modo rituale, agendo come mere riaffermazioni del diritto su punti non controversi, non complicano la risoluzione del contenzioso e hanno, in generale, uno scarso impatto su di esso. Spesso, inoltre, tendono a ripetersi e i professionisti non devono quindi confrontarsi con un vasto insieme di questioni. Al contrario, quando l'uso dei precedenti è argomentativo – come più comunemente accade dinanzi alla CIG – questi hanno lo scopo di sostenere e persuadere e, dunque, incidono notevolmente sul caso, rendendo la sua risoluzione più complessa. I professionisti, in questo caso, sono impegnati in modo sostanziale con un numero sempre maggiore di precedenti. Pertanto, è cruciale distinguere tra l'uso rituale dei precedenti, che riguarda il modo in cui la legge viene comunicata, e l'uso argomentativo degli stessi, che riguarda invece il modo in cui la legge viene motivata¹⁴⁷.

Il diverso impiego delle citazioni dipende, in parte, dal tipo di sistema applicato e, quindi, dalla cultura giuridica di un Paese. Nei sistemi di *common law*, che tipicamente adottano

¹⁴⁷ *Ibidem.*

un modello processuale accusatorio¹⁴⁸, l'uso dei precedenti è perlopiù argomentativo. Al contrario, i sistemi di *civil law*, i quali hanno sempre abbracciato (almeno in passato) il modello inquisitorio¹⁴⁹, utilizzano i precedenti in modo più formale, ossia rituale. A dire il vero negli ordinamenti contemporanei, a prescindere che siano di diritto continentale o di tipo anglosassone, prevale oggi il modello accusatorio, sebbene nei Paesi di *civili law* siano spesso ancora presenti aspetti del modello inquisitorio e quindi, con riferimento a questi, si suole parlare di sistemi misti. L'ordinamento internazionale, che è un miscuglio di queste diverse tradizioni giuridiche, si colloca a metà strada. Sono i tribunali internazionali che, in questo variegato contesto giuridico, si avvicinano più ad un estremo che all'altro¹⁵⁰. Per quanto riguarda la CIG, le ricerche empiriche¹⁵¹ hanno dimostrato che essa, spesso, cita ripetutamente il medesimo passaggio, facendo un uso rituale dei precedenti finalizzato però, strategicamente, a enfatizzare la giurisprudenza consolidata che ha stabilito. In realtà, la maggior parte delle citazioni emergono singolarmente, non ripetutamente, e vengono quindi impiegate per scopi argomentativi.

L'uso argomentativo delle citazioni nelle decisioni della Corte complica notevolmente la vita dinanzi ad essa. Non basta, infatti, che i giudici e gli avvocati abbiano familiarità con i casi principali, ma è necessario sia che le parti siano in grado di muoversi all'interno di un insieme sempre più ampio e variegato di precedenti per costruire in modo efficace la loro difesa e formulare le loro pretese e sia che i giudici siano abili nella razionalizzazione di una vasta gamma di casi¹⁵².

L'incremento delle citazioni e la conseguente complessità ad esso associato rappresentano sia un vantaggio che un fardello per la Corte e per gli Stati. Da un lato questo testimonia la vitalità e la rilevanza della Corte¹⁵³: il fatto che le parti scelgano la CIG per la

¹⁴⁸ Il modello accusatorio, a difesa dei diritti dell'imputato, si fonda su alcuni elementi fondamentali totalmente in contrasto con quelli del modello inquisitorio, manifestandosi attraverso il cd. "giusto processo". Esso si basa, principalmente, sulla separazione delle funzioni processuali tra diversi soggetti che rappresentano interessi contrapposti e sul contraddittorio tra le parti. È il modello tipico dei paesi di *common law* con i quali, infatti, esso si è contemporaneamente sviluppato durante il medioevo.

¹⁴⁹ Nel modello inquisitorio il giudice svolge un ruolo attivo nell'indagine dei fatti e nella raccolta delle prove durante il processo e, infatti, in esso si accentrano le funzioni dell'accusa, della difesa e del giudizio. Questo, tradizionalmente, è il modello tipico dei paesi di *civil law* anche se, ormai, anche in questi ultimi prevale il modello accusatorio basato sul "giusto processo". Inizia a svilupparsi nella fase finale dell'Impero romano per poi affermarsi nel corso del Medioevo diventando il modello processuale del diritto canonico.

¹⁵⁰ D. Terris, C.R Romano, L. Swigart, *The International Judge: An Introduction to the Men and Women Who Decides the World's Cases*, Oxford Academic, Oxford, 2007, p. 121.

¹⁵¹ W. ALSCHNER, D. CHARLOTIN, *The growing complexity of the international court of justice's self-citation network*, cit., p. 109.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ S. M. SCHWEBEL, *Docket and Decision-Making Process of the International Court of Justice*, in *Suffolk Transnational Law Journal*, Vol. 13, 1990, pp. 543-547.

risoluzione delle loro controversie, citando e basandosi sempre di più sulle sue decisioni passate, è sintomo di un'approvazione dei risultati da essa raggiunti e dell'importanza che questa continua ad avere nel panorama internazionale, nonostante la proliferazione di altri tribunali. D'altro canto, la crescita delle citazioni porta con sé un aspetto negativo¹⁵⁴: l'aumento della complessità che ne deriva ha aggravato ulteriormente la situazione degli Stati con scarse capacità burocratiche che, in tal modo, incontrano nuove barriere d'accesso alla giustizia. La tendenza dei Paesi, infatti, è quella di ricorrere ad avvocati occidentali, più competenti a navigare nel labirinto dei precedenti¹⁵⁵.

Questo aumento della complessità, inoltre, ha risvolti anche sul rispetto degli obblighi giuridici internazionali da parte degli Stati, in quanto i precedenti della CIG costituiscono punti di riferimento per valutare se le loro azioni siano conformi o meno al diritto internazionale¹⁵⁶. Con una rete di precedenti sempre più intricata e complessa, diventa più arduo per gli Stati servirsi della giurisprudenza della Corte per farsi guidare ed assicurare la legalità delle sue azioni. In altri contesti, come ad esempio nell'ambito della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, l'ampliamento della giurisprudenza ha portato alla creazione di motori di ricerca dei casi in grado di semplificare l'esplorazione. Se la medesima scelta fosse fatta anche con riguardo alla CIG, questo potrebbe rendere la sua giurisprudenza più accessibile, soprattutto per gli avvocati dei Paesi in via di sviluppo.

4. I valori che giustificano la prassi della Corte Internazionale di Giustizia.

Comunemente, le regole sul precedente si sforzano di raggiungere dei valori ritenuti fondamentali. Anche nel contesto della Corte Internazionale di Giustizia, infatti, si è soliti citare tali valori, apparentemente in grado di giustificare la prassi adottata dalla Corte. Tra questi si includono la stabilità, la coerenza, la prevedibilità, il rispetto delle aspettative, l'efficienza decisionale, la cd. giustizia formale, l'equità, il senso di comunità, il desiderio politico di ridurre ogni possibilità di attivismo giudiziario. Sono dunque tantissimi i valori candidati a legittimare tale pratica e quelli ai quali sono stati dati i maggiori contributi sono, senz'altro, la coerenza, l'efficienza e la prevedibilità.

¹⁵⁴ K. T. GAUBATZ, M. MACARTHUR, *How International Is International Law*, in *Michigan Journal of International Law*, Vol. 22, 2001, pp. 239-254.

¹⁵⁵ S. P. KUMAR, C. ROSE, *A Study of Lawyers Appearing before the International Court of Justice*, in *European Journal of International Law*, Vol. 25, 2014, pp. 893-917.

¹⁵⁶ W. ALSCHNER, D. CHARLOTIN, *The growing complexity of the international court of justice's self-citation network*, cit., p. 111.

La coerenza – sovente connessa ad un altro valore, l’uguaglianza, secondo cui trattare due casi simili in modo differente implicherebbe una disparità nel trattamento delle parti – garantisce l’uniformità giuridica mediante l’omogenea interpretazione e applicazione della legge¹⁵⁷. Il contributo più famoso, a tal proposito, è certamente quello di Ronald Dworkin¹⁵⁸, secondo il quale le decisioni giudiziarie devono sempre essere coerenti, in quanto la legittimità delle norme e il loro rispetto è accettabile esclusivamente se, all’interno della comunità, si respira l’integrità. Quest’ultima – al centro del lavoro di Dworkin – implica che i membri della società sentino di essere governati da principi condivisi, piuttosto che da norme frutto di accordi politici, costantemente orientati al rispetto di valori quali l’equità e la giustizia. I giudici, dunque, dovrebbero essere vincolati dalle decisioni passate per garantire il medesimo trattamento dei casi simili.

Tuttavia, Christopher J. Peters¹⁵⁹ sostiene che tale giustificazione alla regola dello *stare decisis* in realtà fallisce. Egli ritiene che né l’uguaglianza e né l’integrità – su cui il valore della coerenza si fonda – possono difendere l’osservanza dei precedenti da parte dei giudici. Se infatti la coerenza deve essere pretesa dai legislatori, ai quali si può rimproverare di non agire in conformità ai principi, lo stesso non si potrebbe esigere dai tribunali¹⁶⁰. Le nostre aspettative nei confronti dei giudici, infatti, differiscono da quelle che abbiamo nei confronti dei legislatori: siamo più inclini ad accettare una decisione giudiziaria incoerente, purché essa sia motivata dal desiderio di perseguire un risultato giusto ed equo, piuttosto che una legge illogica¹⁶¹. È più importante che i tribunali, specie quelli di ultima istanza, aspirino alla giustizia, anziché alla coerenza.

Naturalmente, è essenziale sottolineare che i tribunali devono ambire anche alla coerenza nel loro processo decisionale, ma tale valore, da solo, non è in grado di giustificare la vincolatività ai precedenti nel contesto della Corte Internazionale di Giustizia.

Altro valore su cui spesso si basa la regola dello *stare decisis* è l’efficienza perché è comunemente ritenuto che, se al precedente non venisse dato un peso significativo, o addirittura

¹⁵⁷ R. J. ALDISERT, *Precedent: What It Is and What It Isn't; When Do We Kiss It and When Do We Kill It?*, in *Pepperdine Law Review*, Vol. 17, n. 605, 1990.

¹⁵⁸ R. DWORKIN, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, p. 176.

¹⁵⁹ C. J. PETERS, *Foolish Consistency: On Equality, Integrity, and Justice in Stare Decisis*, in *Yale Law Journal*, Vol. 105, n. 8, 1996.

¹⁶⁰ S. R. PERRY, *Judicial Obligation, Precedent and the Common Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 7, n. 2, 1987, pp. 215-257.

¹⁶¹ Dworkin cita i cd. Statuti a scacchiera (come, ad esempio, uno Statuto che rende legale l’aborto solo per le donne nate negli anni pari) che, ovviamente ci appaiono irrazionali e insensati. Cfr. R. DWORKIN, *Law's Empire*, cit.

di controllo, la giustizia sarebbe molto meno efficiente¹⁶². Secondo questa teoria, la regola dello *stare decisis* favorisce il rapido smaltimento dei casi e quindi la giustificazione deve essere ricercata proprio nell'efficienza, indipendentemente dal fatto che ciò produca o meno un esito equo nel caso di specie.

Tuttavia, mentre l'efficienza può effettivamente legittimare la regola dello *stare decisis* nel contesto di altri tribunali (come, ad esempio, tribunali situati all'interno di una gerarchia sotto tribunali superiori, oppure corti con un elevato carico di lavoro), essa non può essere l'unico valore che giustifica questa dottrina nell'ambito della CIG. Quest'ultima, infatti, è un tribunale di ultima istanza e, ogni anno, affronta un numero limitato di casi¹⁶³. Ciò non può quindi motivare il rispetto dei precedenti per ragioni di velocità e rendimento e, in ogni caso, l'efficienza non può prevalere a discapito del merito.

Inoltre, valore posto come fondamento alla regola del precedente vincolante è spesso la prevedibilità. Si pensa infatti che senza di essa il processo decisionale rischierebbe di essere incerto e arbitrario, compromettendo la certezza e l'utilità della legge nel suo complesso¹⁶⁴.

È evidente che la prevedibilità sia un valore fondamentale a cui i tribunali devono auspicare per consentire alle parti di pianificare la propria vita tenendo conto dei propri diritti e doveri ma, ancora una volta, questo valore non può di per sé giustificare l'adesione ai precedenti. Nel contesto della CIG, infatti, la prevedibilità e le aspettative delle parti non sono più importanti del raggiungimento di un risultato giusto: esse devono essere soppesate rispetto alla giustizia¹⁶⁵. Con riferimento alla CIG questo bilanciamento è particolarmente essenziale in quanto le sue decisioni, all'interno dell'ordinamento internazionale, sono le dichiarazioni più autorevoli e, dunque, non sarebbe opportuna l'adozione di una dottrina che privilegia un risultato prevedibile rispetto a uno giusto¹⁶⁶.

Come si è potuto notare, nonostante siano diversi i valori candidati a giustificare la vincolatività dei precedenti, nessuno di questi risulta appropriato a causa del ruolo istituzionale

¹⁶² Tipica di tali preoccupazioni è l'affermazione di B. N. CARDOZO secondo cui "*the labor of judges would be increased almost to breaking point if every past decision was reopened in every case*". Cfr. B. N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, 1921, p. 149.

¹⁶³ A. CASSESE, *The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*, in *European Journal of International Law*, Vol. 18, n. 4, 2007, p. 649-668.

¹⁶⁴ E. H. CAMINKER, *Precedent and Prediction: The Forward-Looking Aspects of Inferior Court Decisionmaking*, in *Texas Law Review*, Vol. 73, n. 1, 1994; A. L. GOODHART, *Precedent in English and Continental Law*, in *LQR*, Vol. 50, n. 58, 1934.

¹⁶⁵ G. LAMOND, *Precedent and Analogy in Legal Reasoning*, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2006.

¹⁶⁶ J. G. DEVANEY, *The role of precedent in the jurisprudence of the International Court of Justice: A constructive interpretation*, cit., p. 657.

della Corte. Martti Koskenniemi¹⁶⁷, per spiegare tale dottrina, ha parlato di “giustizia contestuale”, concetto che implica di arrivare alla soluzione più giusta per una controversia specifica, considerando tutte le circostanze in gioco¹⁶⁸. Ciò significa che i giudici devono identificare le questioni cruciali della disputa, valutarle in modo imparziale e proporre una soluzione che sembri la migliore per soddisfare le esigenze della situazione. Per raggiungere tale risultato la giurisprudenza della Corte deve avere un effetto vincolante limitato e fungere da strumento ausiliario per la determinazione delle norme di diritto internazionale¹⁶⁹. Una versione forte della dottrina, che richiede invece ai giudici di attribuire un ruolo dominante ai precedenti, potrebbe essere più adatta in contesti dove altri valori come l’efficienza, la coerenza e la prevedibilità risultano prioritari¹⁷⁰. Tuttavia, per la Corte, il conseguimento di un risultato giusto è l’obiettivo principale e, dunque, una versione più debole della dottrina dello *stare decisis* – che concede ai giudici maggiore discrezionalità per poter ottenere il miglior esito possibile – risulta preferibile.

5. L’evoluzione del diritto internazionale attraverso le decisioni della CIG.

La Corte Internazionale di Giustizia ha una funzione giudiziaria e interpretativa, non è investita del potere di legiferare, ossia quello di creare nuove norme internazionali. L’affermazione è confermata, come ho già avuto modo di osservare, dall’*incipit* dell’articolo 38 dello Statuto della CIG¹⁷¹ che – prima di elencare le fonti del diritto internazionale – precisa che il ruolo della Corte è quello di decidere le controversie ad essa sottoposte, escludendo il cd. “attivismo legislativo”¹⁷².

Conformemente alle esplicite intenzioni dei suoi fondatori, la Corte ha costantemente respinto l’idea di assumere un ruolo normativo, così come chiarito nel parere consultivo dell’8 luglio 1996 in cui essa ha affermato che “*It is clear that the Court cannot legislate, and, in the circumstances of the pre-sent case, it is not called upon to do so. Rather its task is to engage in its normal judicial function of ascertaining the existence or otherwise of legal principles and rules applicable to the threat or use of nuclear weapons. The contention that the giving of an*

¹⁶⁷ M. KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 37.

¹⁶⁸ C. J. PETERS, *Foolish Consistency: On Equality, Integrity, and Justice in Stare Decisis*, cit.

¹⁶⁹ J. G. DEVANEY, *The role of precedent in the jurisprudence of the International Court of Justice: A constructive interpretation*, cit., p. 658.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ Art. 38, § 1, Statuto CIG.

¹⁷² H. W. A. THIRLWAY, *Judicial Activism and the International Court of Justice*, in N. ANDO, E. MCWHINNEY, R. WOLFRUM, B. B. RÖBEN (a cura di), *Liber Amicorum Judge Shirgeru Oda*, Vol. 1, Kluwer Law International, 2002, pp. 75-105.

*answer to the question posed would require the Court to legislate is based on a supposition that the present corpus juris is devoid of relevant rules in this matter. The Court could not accede to this argument; it states the existing law and does not legislate. This is so even if, in stating and applying the law, the Court necessarily has to specify its scope and sometimes note its general trend*¹⁷³.

Tale approccio è finalizzato a rassicurare gli Stati – preoccupati del fatto che la Corte possa eccedere i suoi limiti giurisdizionali e assumere un ruolo che considerano improprio, come quello legislativo – per evitare che questi si rifiutino di adire ad essa¹⁷⁴, causando in tal modo una notevole riduzione della sua attività. La Corte, infatti, affermando di limitarsi ad applicare il diritto vigente, cerca di preservare la sua funzione giurisdizionale e di evitare di essere percepita come un organo che emana leggi.

L'Assemblea Generale delle Nazioni Unite – con una Risoluzione del 1947 – ha adottato un atteggiamento radicalmente opposto, sottolineando quanto sia fondamentale, per l'evoluzione giuridica, *“that the Court should be utilized to the greatest practical extent”*¹⁷⁵.

Tuttavia, le suddette posizioni – contrastanti – potrebbero in realtà essere frutto di una diversa interpretazione dell'espressione *“progressive development of international law”*¹⁷⁶: ciò che taluni considerano sviluppo progressivo può essere percepito, da altri, come un esercizio abusivo del potere legislativo. Quindi se da una parte l'espressione suggerisce un processo evolutivo e migliorativo del diritto internazionale, dall'altra può essere avvertita come un'ingerenza indesiderata.

Il quadro è inoltre complicato dalla difficoltà nel distinguere nettamente la codificazione dall'evoluzione: nella pratica, infatti, la linea di demarcazione tra questi due concetti rischia di essere ambigua. L'ex giudice e presidente della Corte Internazionale di Giustizia, José Maria Ruda, ha proposto tale approccio *“the word ‘development’ stands for the Court’s contribution to the interpretation and application of existing rules of international law and not to the establishment of new rules. The work of any court, be it national or international, consists of the interpretation and application of existing law and not the creation of new law”*¹⁷⁷ che,

¹⁷³ CIG, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, parere consultivo dell'8 luglio 1996, § 18.

¹⁷⁴ H. LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge University Press, 1958, p. 76.

¹⁷⁵ ONU Risoluzione 171 (II), 14 novembre 1947, *Need for greater use by the United Nations and its organs of the International Court of Justice*.

¹⁷⁶ A. PELLET, *Decisions of the ICJ as Sources of International Law?*, cit., p. 41.

¹⁷⁷ J. M. RUDA, *Some of the Contributions of the International Court of Justice to the Development of International Law*, 1991, p. 35.

nonostante la sua apparente chiarezza, rimane prettamente teorico e difficile da attuare nella pratica. È stato un altro membro della magistratura, il giudice Alvarez, a evidenziare questo dilemma, affermando che “*in many cases it is quite impossible to say where the development of law ends and where its creation begins*”¹⁷⁸. Pare, dunque, che l’osservazione di Allain Pellen, secondo cui le due espressioni vengono comunemente impiegate in modo tattico, sia la più pertinente. Egli, infatti, ha intelligentemente sostenuto che “*you will name ‘legislation’ a legal reasoning you disapprove of but you will call that same reasoning ‘progressive development’ when you favour it*”¹⁷⁹.

L’approccio della CIG, quale organo giurisdizionale, dovrebbe comunque consistere nel cercare di comprendere e sviluppare progressivamente il diritto internazionale all’interno dei parametri stabiliti dalle norme vigenti. Ciò vuol dire che – malgrado l’assenza di poteri legislativi espliciti – la Corte si deve costantemente adeguare alle esigenze della società internazionale, adattamento che deve avvenire in modo prudente e nel rispetto del quadro giuridico esistente. Un approccio troppo rigido, infatti, potrebbe condurre a un punto morto o a un’interpretazione non più in linea con i valori della comunità.

Peraltro, la teoria secondo cui il giudice è “*the mouth that pronounces the words of the law*”¹⁸⁰, attribuita a Montesquieu, è in gran parte fittizia, almeno nel contesto della Corte Internazionale Giustizia. Da un lato, la Corte è chiamata a interpretare norme e principi del diritto internazionale derivanti dalle fonti elencate nell’articolo 38 dello Statuto. Dall’altro lato, la Corte non può declinare la decisione di un caso solo perché il diritto è poco chiaro o incompleto. In realtà, nello Statuto della CIG, non vi è alcuna norma che preclude esplicitamente la possibilità di pronunciare un *non liquet*, ossia il caso in cui una controversia non può essere risolta a causa dell’assenza di fonti a cui riferirsi e, in generale, nel diritto internazionale sono assai rare le disposizioni che escludono tale pratica¹⁸¹. Tuttavia, se la Corte si rifiutasse di prendere una decisione, ciò sarebbe difficilmente conciliabile con la sua natura giurisdizionale e con l’essenza del diritto internazionale, caratterizzato da norme incomplete o soggette a interpretazioni divergenti. Per questo motivo si richiede alla Corte di decidere anche in assenza di regole chiare – quindi in contesti in cui il diritto internazionale è ambiguo e controverso – e, di conseguenza, essa si trova a dover colmare le lacune operando una scelta tra

¹⁷⁸ ALVAREZ, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, § 190.

¹⁷⁹ A. PELLET, *Decisions of the ICJ as Sources of International Law?*, cit.

¹⁸⁰ MONTESQUIEU, *The Spirit of Laws*, tradotto dal francese da T. NUGENT, p. 159.

¹⁸¹ ILC, *Model Rules on Arbitral Procedure*, 1958, art. 11: “*The tribunal may not bring in a finding of non liquet on the ground of the silence or obscurity of the law to be applied*”.

le diverse norme applicabili o tra le possibili interpretazioni della medesima norma¹⁸². Tale processo decisionale attivo è necessario per risolvere le dispute internazionali e garantire una giustizia equa ma, allo stesso tempo, può essere difficile mettere in armonia questa attività interpretativa con la concezione tradizionale del giudice come mero “pronunciatore delle leggi”¹⁸³.

Autorevole dottrina, sostenuta da Hernández¹⁸⁴, ha affermato a proposito che la Corte, sovente, maschera le sue decisioni elaborando nuove norme attraverso l’interpretazione. In tal modo i giudici si proteggono dall’eventuale accusa di creare leggi, anziché semplicemente interpretarle. In effetti, quando la Corte si trova a specificare la portata e il contenuto del diritto applicabile – spesso incerti – può influire notevolmente sulla creazione o sul mutamento del diritto internazionale. Ciò è più evidente quando la Corte, senza il vincolo di un trattato, si trova a dover cercare evidenze di norme consuetudinarie o di principi generali del diritto; mentre il margine decisionale è meno ampio quando è chiamata a interpretare e applicare un trattato.

Ad ogni modo è indubbio che la Corte svolga un ruolo cruciale nel conferire legittimità alle regole che dichiara e, addirittura, l’applicazione di queste norme da parte della CIG dà prova della loro stessa esistenza. È quindi arduo stabilire, in modo oggettivo, se la norma applicata dalla Corte sia effettivamente di natura consuetudinaria o emerga da un progressivo sviluppo messo in atto dalla CIG.

Occorre poi ricordare che, nel contesto della giurisdizione internazionale, i *dicta* giudiziari hanno forza vincolante solo tra le parti coinvolte nella controversia specifica; mentre, al di fuori di quel contesto, non costituiscono precedenti inderogabili e possono essere perciò ignorati. Pertanto, le dichiarazioni della Corte devono essere in grado di persuadere i soggetti non direttamente coinvolti nel caso di specie, così da poter essere impattanti e acquisire valore all’esterno. Per questa ragione le decisioni vengono definite come precedenti persuasivi e, seppur non vincolanti, possono ugualmente far parte dello sviluppo giuridico. Tuttavia, la Corte, impegnata in questo progresso, è solo un agente che agisce insieme ad altri soggetti: tra cui l’Assemblea Generale, gli stessi Stati e la Commissione del Diritto Internazionale. Spesso, questi soggetti sono aperti a ricevere orientamenti normativi da parte della Corte, ma non c’è

¹⁸² A. PELLET, *Shaping the Future in International Law: The Role of the World Court in Law-Making*, in M. ARSANJAN e altri (a cura di), *Looking to the Future. Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Martinus Nijhoff, L’Aia, 2011, p. 1068.

¹⁸³ *Ibidem*.

¹⁸⁴ G. HERNÁNDEZ, *Interpretative Authority and the International Judiciary*, in A. BIANCHI, D. PEAT E M. WINDSOR (a cura di), *Interpretation in International Law*, Oxford University Press, New York, 2015, pp. 181-182.

nulla che impedisca loro di disattendere le sue raccomandazioni. È dunque fondamentale osservare il destino delle decisioni della Corte, come sto per fare, se si vuole comprendere la sua influenza sull'evoluzione del diritto internazionale.

Prima ancora della CIG, comunque, è stata la Corte Permanente di Giustizia Internazionale a svolgere un ruolo decisivo nello sviluppo di un particolare settore – direi centrale – del diritto internazionale: si tratta di quello concernente la responsabilità degli Stati. Andrò, nel prossimo paragrafo, ad analizzare il progresso di questo fondamentale ramo, insieme a quello di altri due importanti settori, ossia i diritti umani e il diritto del mare.

5.1. L'impatto della Corte sullo sviluppo di alcuni importanti settori del diritto internazionale: i diritti umani, la responsabilità degli Stati e il diritto del mare.

Il diritto internazionale dei diritti umani, l'area più recente tra le tre che andrò a osservare, è uno dei settori più dinamici e densi dal punto di vista normativo. L'area è caratterizzata dalla proliferazione di trattati e accordi internazionali che mirano a proteggere e promuovere i diritti umani a livello globale, e questo perché l'era postbellica è stata testimone di una crescente consapevolezza e di un maggior impegno nei confronti dei diritti umani.

La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1948, è stata un punto di partenza cruciale. Tuttavia, è importante notare che la Dichiarazione, pur avendo avuto un impatto significativo, non è legalmente vincolante. Successivamente, sono stati infatti elaborati numerosi trattati generali e accordi specifici, che costituiscono la base giuridica di questo settore.

La CIG svolge un ruolo potenzialmente importante in questo contesto, sebbene limitato per diverse ragioni. Essa, infatti, è un organo giudiziario che si occupa di risolvere le controversie tra Stati e, com'è evidente, i principali attori che denunciano le violazioni dei diritti umani sono gli individui, ai quali non è consentito adire la CIG. Inoltre, gli stessi trattati sui diritti umani tendono a non attribuire alla Corte un ruolo preminente (come, ad esempio, la Convenzione sulla discriminazione razziale del 1963¹⁸⁵ e la Convenzione contro la tortura del 1984¹⁸⁶) o, addirittura, a non prenderla in considerazione al loro interno (come, ad esempio, i Patti internazionali sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali del 1966); poche sono le eccezioni a riguardo, tra cui è doveroso ricordare la Convenzione sul genocidio

¹⁸⁵ Si veda a tal proposito l'art. 22 della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale.

¹⁸⁶ Si veda a tal proposito l'art. 30 della Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti.

del 1948¹⁸⁷ che designa la CIG come organo primario per l'interpretazione, applicazione ed esecuzione del trattato¹⁸⁸. Oltretutto, la CIG non è un organo specializzato in questo settore, dunque le istituzioni più esperte – come la Corte Interamericana dei Diritti Umani o la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo – sono senz'altro le più gettonate ad essere incaricate a trattare casi che coinvolgono le violazioni dei diritti umani.

La Corte, più che altro, ha affrontato casi indiretti in materia di diritti umani, nei quali questi sono emersi come questioni accidentali o legati ad altri settori del diritto internazionale. Tali casi, anche se solo indirettamente connessi ai diritti umani, possono comunque fornire contributi significativi.

La giurisprudenza della Corte in materia di riserve ci fornisce un significativo esempio. Nel parere consultivo del 28 maggio 1951¹⁸⁹, la Corte ha riconosciuto la possibilità per gli Stati di formulare riserve contro le clausole di risoluzione delle controversie contenute nella Convenzione sul genocidio¹⁹⁰. Tale approccio è stato successivamente confermato nella sentenza del 3 febbraio 2006 sul caso riguardante le attività armate sul territorio del Congo¹⁹¹.

Altre pronunce della Corte hanno esplorato il rapporto tra il campo dei diritti umani e il regime generale dell'applicazione della legge. Ad esempio, la Corte ha affrontato la questione relativa alla legittimazione ad agire nel pubblico interesse – respingendola con la sentenza del 18 luglio 1966 sul caso dell'Africa sud-occidentale¹⁹² e riprendendola successivamente nel caso *Barcelona Traction*¹⁹³.

Inoltre, la Corte ha esplorato la portata dell'applicazione militare della tutela dei diritti umani, respingendo tale prospettiva nella sentenza del 27 giugno 1986 sul caso relativo alle attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua¹⁹⁴.

Anche nelle decisioni più recenti, come quelle sul mandato d'arresto e sull'immunità giurisdizionale, la Corte ha continuato ad esplorare i legami tra i diritti umani e altri rami del diritto internazionale.

¹⁸⁷ Si veda a tal proposito l'art. IX della Convenzione per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio.

¹⁸⁸ Sono molti i casi portati dinanzi alla CIG sulla base di questa Convenzione.

¹⁸⁹ CIG, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, parere consultivo del 28 maggio 1951.

¹⁹⁰ In altri contesti, invece, altri tribunali non ritengono ammissibile questo tipo di riserve.

¹⁹¹ CIG, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, sentenza del 3 febbraio 2006, § 66.

¹⁹² CIG, *South West Africa (Liberia v. South Africa)*, sentenza del 18 luglio 1966, § 6-47.

¹⁹³ CIG, *Barcelona Traction*, § 33-34 (che riconosce il concetto di obblighi erga omnes).

¹⁹⁴ CIG, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, sentenza del 27 giugno 1986, § 268.

In buona sostanza, nonostante l'indubbia rilevanza di questi contributi indiretti, emerge con evidenza il ruolo marginale della Corte nel settore dei diritti umani. La Corte ha certamente contribuito in modo collaterale e periferico a questioni connesse a questo campo, ma la sua attività quotidiana non è strettamente dedicata all'interpretazione, applicazione ed esecuzione dei trattati volti alla tutela dei diritti umani. Tali incarichi, insieme all'evoluzione di questo settore, sono principalmente gestiti da tribunali dedicati e relatori speciali, istituiti nel contesto dei trattati specifici.

Molte delle iniziative finalizzate a definire e rafforzare il campo dei diritti umani provengono dalle Nazioni Unite, attraverso organi come l'Assemblea Generale (che si è occupata di definire, ad esempio, i diritti in materia di *privacy* nell'era digitale¹⁹⁵), il Consiglio di Sicurezza (che ha posto l'attenzione sulla tematica concernente l'integrazione di genere, la cd. *gender mainstreaming*¹⁹⁶) e il Consiglio dei Diritti Umani (impegnato, ad esempio, nello sviluppo della normativa sui droni). Si tratta di organi che hanno contribuito a formulare nuovi trattati che tutelassero ulteriori diritti o rafforzassero i diritti già esistenti, riflettendo l'evoluzione delle prospettive e delle esigenze globali. Anche i tribunali nazionali, d'altro canto, hanno giocato un ruolo fondamentale nel campo dei diritti umani, agendo spesso come giudici naturali in materia¹⁹⁷.

A questo punto è interessante operare un confronto tra il settore dei diritti umani e quello della responsabilità degli Stati. Si tratta di due aree del diritto internazionale che si sono sviluppate in modo diverso, ciascuna influenzata dalle sue specifiche dinamiche e necessità.

Il settore relativo alla responsabilità degli Stati si è sviluppato, principalmente, tramite la prassi e la giurisprudenza internazionale; mentre la codificazione ha svolto un ruolo importante nel fornire orientamenti e regole, ma non domina questo campo. La sua lenta evoluzione, influenzata dalle varie conferenze e iniziative di codificazione avvenute nel corso del tempo¹⁹⁸, riflette una crescente consapevolezza della necessità di regolamentare le responsabilità degli Stati nel contesto internazionale.

¹⁹⁵ UN, *The right to privacy in the digital age*, risoluzione GA 68/167 del 18 dicembre 2013.

¹⁹⁶ UN, risoluzione SC 1325 del 31 ottobre del 2000 on Women, Peace and Security; UN, risoluzione SC 2242 del 13 ottobre 2015 to Improve Implementation of Landmark Text on Women, Peace, Security Agenda.

¹⁹⁷ A. TZANAKOPOULOS, *Domestic Courts as the "Natural Judge" of International Law: A Change in Physiognomy*, in J. Crawford e S. Nouwen (a cura di), *Select Proceedings of the European Society of International Law*, Hard Publisher, Oxford, 2010, pp. 155-168.

¹⁹⁸ Per un'eccellente sintesi sui tentativi di codificazione si veda J. CRAWFORD, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 20-43.

La Commissione del Diritto Internazionale (ILC, acronimo inglese di *International Law Commission*), organo sussidiario e permanente delle Nazioni Unite, ha svolto un ruolo significativo nel codificare e plasmare – a seguito dei mutamenti introdotti da Roberto Ago e altri relatori dal 1963 – la nostra idea sulla responsabilità degli Stati circa la commissione di atti ritenuti illeciti, come ha prontamente osservato J. Crawford (nominato relatore speciale dell’ILC nel 1997) affermando che il lavoro della Commissione ha “*encoded the way in which we think about responsibility*”¹⁹⁹. Gli Articoli sulla responsabilità dello Stato²⁰⁰, completati nel 2001 dopo un lungo processo di lavori, costituiscono uno sforzo importante di codificazione delle norme sulla responsabilità internazionale degli Stati. Essi forniscono una guida esaustiva sulle condizioni in cui uno Stato può essere ritenuto responsabile per azioni od omissioni illecite e stabiliscono le conseguenze giuridiche di tale responsabilità²⁰¹. Gli Articoli – che, complessivamente, sono 59 – non sono in realtà vincolanti, ma hanno avuto un’influenza significativa nel modo in cui gli Stati, le corti internazionali e gli studiosi considerano e applicano il concetto di responsabilità internazionale degli Stati. Essi fungono da importante punto di riferimento per i dibattiti contemporanei e hanno contribuito a stabilire un quadro normativo comune su questo argomento.

Per i nostri scopi, è fondamentale evidenziare le caratteristiche altamente peculiari dell’evoluzione giuridica della normativa sulla responsabilità dello Stato, ossia: la sua durata – che, persino secondo una stima conservativa basata esclusivamente sul lavoro di Roberto Ago, si estende comunque dal 1963 al 2011 – la sua apertura – con variazioni di indirizzo e dibattiti intensi in dottrina – e, infine, il suo carattere quasi dialogico – con regolari *feedback* tra l’ILC, gli Stati e altri soggetti del panorama giuridico internazionale. Queste peculiarità motivano e permettono l’influenza della CIG sullo sviluppo del settore in esame. Anziché operare in periferia, la giurisprudenza della Corte ha lasciato un’impronta significativa riguardo aspetti centrali della responsabilità degli Stati.

La Corte Permanente di Giustizia Internazionale, in particolare, ne ha definito i principi fondamentali e, la sua giurisprudenza, ha gettato le basi per il successivo tentativo di codificare

¹⁹⁹ J. CRAWFORD, *The International Court of Justice and the Law of State Responsibility*, in C. J. TAMS E J. SLOAN (a cura di), *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 81.

²⁰⁰ Gli articoli sono riprodotti, con i relativi commenti, nel II volume, parte II, del *Yearbook of the International Law Commission* del 2001, (2001-II/II), pp. 31 ss.

²⁰¹ A tal proposito si veda il § 1 del commento introduttivo agli articoli sulla responsabilità dello Stato nel II volume del *Yearbook of the International Law Commission* del 2001, (2001-II).

la materia messo in atto dalla CIG tra il 1960 e il 2001. Vale la pena citare, a tal proposito, sentenze quali *Fosfati in Marocco*, *Mavrommatis*, *Wimbledon*, *Brazilian Loans* e, soprattutto, nelle diverse fasi del caso *Chorzow Factory*, la Corte Permanente ha formulato affermazioni che nel corso del tempo hanno contribuito a delineare la normativa vigente sulla responsabilità.

La CIG, d'altro canto, non ha elaborato principi generali – a differenza della CPGI – ma ha fondamentalmente agito entro il più ampio campo delineato dall'ILC. Nonostante il contributo minoritario – di *junior partner* – che la Corte ha dato al settore della responsabilità degli Stati, il suo impatto è stato comunque tangibile. Molti degli Articoli formulati dall'ILC, infatti, sono stati la risposta a decisioni della Corte e, quest'ultima, si è data da fare per consolidare l'approccio adottato dalla Commissione. CIG e ILC hanno sostanzialmente collaborato, maturando un rapporto simbiotico, al fine di sviluppare il settore della responsabilità. Tre sono le forme di questo processo interattivo di formulazione normativa.

In primo luogo, sono stati numerosi i casi portati dinnanzi alla CIG che sollevano questioni di responsabilità precedentemente inesplorate e che hanno poi richiesto l'attenzione della Commissione. Un esempio è fornito dal caso *Tehran Hostages*²⁰², nel quale la Corte è stata chiamata a valutare l'imputabilità di una condotta essenzialmente privata – ossia l'occupazione dell'ambasciata statunitense da parte di studenti e militanti – in capo a uno Stato. La Corte ha dichiarato che la responsabilità o meno dello Stato dipendeva dal coinvolgimento, dall'approvazione e dallo sfruttamento della condotta illecita da parte dello stesso. Il successivo lavoro della Commissione ha essenzialmente convalidato la posizione precedentemente assunta dalla CIG, riflessa ora nell'articolo 11 del suo progetto²⁰³.

In secondo luogo, ci sono stati casi in cui, contrariamente alla modalità precedente, è stata la CIG a consolidare proposte normative avanzate dall'ILC la cui sorte appariva incerta. Un esempio lampante è quello del graduale riconoscimento dello stato di necessità – abbracciato dalla Commissione nel 1980 e presentato come bozza nell'articolo 33 nel testo del 1996 – che è stato inizialmente accolto con prudenza, poiché appariva suscettibile di essere sfruttato impropriamente. Nella decisione *Rainbow Warrior*, infatti, il segretario generale delle Nazioni Unite, Javier Pérez de Cuéllar, ha palesato la sua preoccupazione affermando “*the controversial character of the proposal in Article 33 on state of necessity*”²⁰⁴. Successivamente,

²⁰² CIG, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, sentenza del 24 maggio 1980, § 74.

²⁰³ Art. 11 ASR “*Conduct which is not attributable to a State under the preceding articles shall nevertheless be considered an act of that State under international law if and to the extent that the State acknowledges and adopts the conduct in question as its own*”.

²⁰⁴ RIAA, *Rainbow Warrior (New Zealand v. France)*, sentenza del 30 aprile 1990, pp. 254.

la Corte, nel caso *Gabčíkovo Nagymaros*, ha stabilito invece che “*the state of necessity is [...] recognized by customary international law*”²⁰⁵; approvazione che ha permesso la ratifica della disposizione durante la seconda lettura del testo, oggi prevista all’articolo 25²⁰⁶.

In terzo luogo, molte pronunce della CIG hanno chiarito la portata di alcune disposizioni che, nonostante il loro unanime consenso, richiedevano ulteriori spiegazioni. Un esempio eloquente è quello del celebre dibattito sulla responsabilità degli Stati per la condotta dei movimenti ribelli stranieri. La regola proposta dalla Corte – che nel caso *Nicaragua* richiedeva un controllo sugli atti particolari commessi dai ribelli²⁰⁷ – fu contestata dalla Camera d’Appello del Tribunale Penale Internazionale per l’ex Jugoslavia (TPIJ) nel caso *Tadić*²⁰⁸, innescando un vero e proprio dibattito circa le condizioni del controllo "generale" rispetto a quello "particolare". In risposta a ciò, l’ILC e la CIG respinsero – negli Articoli del 2001 la Commissione e nel contesto del *Genocidio bosniaco* del 2007 la Corte – la posizione meno ristretta assunta dal TPIJ²⁰⁹. Dunque, l’attribuzione della responsabilità ad uno Stato per una condotta privata richiede un controllo particolare, non essendo ritenuto sufficiente un controllo generale né secondo la Corte e né secondo la Commissione²¹⁰.

In definitiva, possiamo confermare che l’influenza della CIG sul settore della responsabilità degli Stati è stata provvidenziale, pur operando all’interno del quadro fornito dall’ILC.

Veniamo ora al diritto del mare che, con la sua storia secolare, rappresenta un campo cruciale nel panorama del diritto internazionale²¹¹.

L’opera di codificazione di questo settore, avvenuta nell’ambito di conferenze multilaterali nel corso del XX secolo, è stata per lo più realizzata dalle Nazioni Unite e, in parte, dall’ILC²¹². La Commissione formulò un progetto di articoli che fu successivamente presentato all’Assemblea Generale dell’ONU e che costituì il fondamento dei quattro negoziati conclusi

²⁰⁵ CIG, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, sentenza del 25 settembre 1997, § 51.

²⁰⁶ Si veda l’articolo 25 ASR, la cui formulazione è stata adattata per allinearsi alla sentenza della CIG in *Gabčíkovo*.

²⁰⁷ CIG, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, sentenza del 27 giugno 1986, § 155.

²⁰⁸ Camera d’Appello del TPIJ, (*Prosecutor v. Duško Tadić*), sentenza del 2 ottobre 1995, parr. 115 e ss.

²⁰⁹ A tal proposito si veda il § 5 del commento all’art. 8 dell’ASR nel II volume del *Yearbook of the International Law Commission* del 2001, (2001-II); *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, parr. 402-406.

²¹⁰ M. MILANOVIC, *State Responsibility for Genocide: A Follow-Up*, in *European Journal of International Law*, 2007, pp. 669-694; A. CASSESE, *The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*, in *European Journal of International Law*, cit.

²¹¹ T. TREVES, *Law of the Sea*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011, § 4. Disponibile su www.mpepil.com.

²¹² J. HARRISON, *Making the Law of the Sea*, Cambridge University Press, Cambridge 2011.

nel 1958 a Ginevra – durante la Prima Conferenza sul diritto del mare – ossia la Convenzione sul mare territoriale e la zona contigua, la Convenzione sull’alto mare, la Convenzione sulla piattaforma continentale e la Convenzione sulla pesca e la conservazione delle risorse biologiche dell’alto mare²¹³. Durante la Terza Conferenza – convocata nel 1970 e conclusasi a Montego Bay nel 1982 – viene poi approvata la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare²¹⁴, nota come UNCLOS, che rappresenta un pilastro fondamentale del diritto marittimo moderno, regolando la maggiore parte delle questioni concernenti gli spazi marini. Quest’ultima non abroga le quattro Convenzioni concluse a Ginevra nel ’58, ma è indiscussa la sua preminenza.

Per quanto riguarda il ruolo della CIG, anch’essa, attraverso la sua giurisprudenza, ha avuto un impatto significativo nella definizione e nell’adattamento di questioni relative a questo settore, in particolare nell’ambito della delimitazione marittima²¹⁵. Questo specifico ambito – rilevante per la gestione delle risorse marine e per la prevenzione dei conflitti tra le Nazioni – è stato soggetto a numerose controversie tra gli Stati, che la CIG ha sovente affrontato nel corso dei decenni, contribuendo a definire principi e criteri che sono stati successivamente seguiti da altri tribunali nella risoluzione di casi simili. L’influenza della CIG nella delimitazione marittima è stata così rilevante che Alain Pellet ha affermato che “*the law of the delimitation of maritime spaces is a fascinating example of the use by the Court of this de facto legislative power*”²¹⁶. L’evoluzione di questo ambito del diritto del mare ha seguito gli orientamenti della Corte, partendo dal caso della piattaforma continentale del Mare del Nord²¹⁷ – il quale ha enfatizzato i principi di equità – per poi spostarsi progressivamente verso il processo in tre fasi, tipico dell’approccio contemporaneo alla delimitazione, fondato su una linea di equidistanza provvisoria che viene corretta qualora l’equità o le variazioni nelle lunghezze della costa lo rendano necessario²¹⁸. L’approccio, accettato anche dagli altri tribunali, è entrato nel diritto dei trattati e in particolare negli articoli 74 e 83 dell’UNCLOS.

²¹³ Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, 516 UNTS 205; Convention on the High Seas, 450 UNTS 11; Convention on the Continental Shelf, 499 UNTS 311; and Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas, 559 UNTS 285.

²¹⁴ United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), 1833 UNTS, 397.

²¹⁵ S. FIETTA, R. CLEVERLY, *A Practitioner's Guide to Maritime Boundary Delimitation*, in Oxford University Press, 2015; P. WEIL, *Perspectives du droit de la délimitation maritime*, Parigi, 1988.

²¹⁶ A. PELLET, *Commentary to Article 38*, in A. ZIMMERMANN, K. OELLERS-FRAHM, C. TOMUSCHAT, C. J. TAMS (a cura di), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, Oxford University Press, 2012, pp. 731-870.

²¹⁷ CIG, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, sentenza del 20 febbraio 1969.

²¹⁸ A tal proposito si veda CIG, *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*, sentenza del 14 giugno 1993, § 38; CIG *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, sentenza 16 marzo 2001, § 40; CIG, *Land and Maritime Boundary between*

Per quanto riguarda la regolamentazione degli altri ambiti del diritto internazionale marittimo – quali, ad esempio, le zone di influenza degli Stati costieri e l’uso e l’abuso del mare – la Corte ha invece avuto un impatto marginale. Inoltre, sono state diverse le decisioni della CIG, attinenti al diritto del mare, che sono state annullate. Infatti, nonostante la pratica dell’*overruling* sia rara nel diritto internazionale, il settore marittimo offre diversi esempi di questo fenomeno.

5.2. *Il ruolo della Corte come promotrice del diritto internazionale.*

Come ho cercato di dimostrare nei paragrafi precedenti, la Corte Internazionale di Giustizia presenta una giurisdizione molto ampia, potendo affrontare questioni relative a una vasta gamma di settori del diritto internazionale. La sua giurisprudenza, infatti, ha contribuito in modo significativo allo sviluppo e all’interpretazione del diritto internazionale in diversi contesti, in particolare in quelli dei diritti umani, della responsabilità degli Stati e del diritto del mare.

Tuttavia, al di là dei settori appena illustrati, la Corte ha lasciato un’impronta indelebile su innumerevoli aree del diritto internazionale, quali il diritto dei trattati, l’immunità, lo *ius ad bellum*, il diritto delle Nazioni Unite, il diritto ambientale, e la protezione diplomatica²¹⁹. I pareri consultivi e le sentenze della Corte, nonché la giurisprudenza della CPGI prima di lei, sono stati influenti nella maggior parte dei settori del diritto internazionale, anche in virtù della sua giurisdizione generale.

Ciò posto, è bene ricordare che l’impatto che la CIG ha avuto sui vari settori del diritto internazionale fluttua in modo considerevole. In alcuni campi il suo contributo è stato significativo per lo sviluppo giuridico, chiarendone aspetti fondamentali, come nel caso della responsabilità degli Stati – precedentemente analizzato – ma anche della protezione diplomatica, del diritto dei trattati, del diritto del territorio e, in parte, del ricorso all’uso della forza. In altri campi, invece, la sua influenza è stata mirata, così come illustrato nel settore del diritto del mare nel quale la Corte ha lasciato il segno nello specifico ambito della delimitazione

Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), sentenza del 10 ottobre 2002, § 303; CIG, *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, sentenza del 3 febbraio 2009, § 61; CIG, *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, sentenza dell’8 ottobre 2007, § 659. In quest’ultimo caso, la Corte ha osservato che “the equidistance method [...] has a *certain intrinsic value* because of its scientific character and the relative ease with which it can be applied” (corsivo aggiunto).

²¹⁹ Si vedano i contributi di V. GOWLLAND-DEBBAS, R. O’KEEFE, C. G. GRAY, G. HERNANDEZ-SLOAN, M. FITZMAURICE, K. PARLETT in C. J. TAMS e J. SLOAN (a cura di), *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford University Press, 2013.

marittima; mentre il suo contributo sugli altri ambiti è stato del tutto marginale. Infine, in alcune branche del diritto internazionale come i diritti umani, il diritto ambientale e il diritto degli investimenti, la Corte ha concorso solo indirettamente – attraverso la definizione di controversie che, accidentalmente, erano connesse a quei settori – all’evoluzione giuridica.

In definitiva è però necessario ribadire che, appurato che sono pochi i settori del diritto internazionale che non hanno subito l’influenza della Corte, è altresì incontestabile che in nessuno di questi essa detiene il monopolio del processo evolutivo²²⁰. La ragione per cui nessun ramo è effettivamente controllato dalla CIG deriva dal fatto che essa è un tribunale generale, la cui giurisdizione è indefinita, che non può dunque dominare un particolare settore del diritto internazionale come fanno, al contrario, i tribunali specializzati. I suoi contributi sono diffusi e, spesso, determinanti per alcuni settori – come, ad esempio, per la responsabilità degli Stati e per la protezione diplomatica – ma in ogni caso non hanno la forza, da soli, di plasmare la legge²²¹. La Corte, infatti, pur influenzando notevolmente diversi branchi del diritto internazionale, è nient’altro che “*one agent among many*”²²² che partecipano all’evoluzione giuridica.

5.3. I fattori che determinano l’influenza della Corte.

Ma per quale motivo la CIG è in grado di esercitare un impatto così significativo – sebbene questo vari notevolmente tra i diversi settori senza mai controllarli completamente – sul progresso del diritto internazionale? Si possono identificare tre fattori che determinano tale influenza, che possono essere sintetizzati come segue.

In primo luogo, la Corte assume una simile rilevanza grazie alla quantità di casi che le vengono sottoposti e di pareri che le vengono richiesti²²³. Vi è perciò una stretta correlazione, com’è evidente, tra casi decisi e impatto prodotto. Infatti, nei settori in cui la Corte è stata più frequentemente coinvolta – ossia la responsabilità degli Stati, il diritto dei trattati, la protezione diplomatica, l’uso della forza e il diritto del territorio – la sua influenza è stata più significativa²²⁴. Al contrario, in quei settori nei quali la sua giurisprudenza è più limitata –

²²⁰ M. LACHS, *Some Reflections on the Contribution of the International Court of Justice to the Development of International Law*, in *Syracuse Journal of International and Comparative Law*, 1983, p. 239.

²²¹ M. BALFOUR, *Note on the Permanent Court of Justice*, in *Documents Concerning the Action Taken by the Council of the League of Nations under Article 14 of the Covenant and the Adoption of the Statute of the Permanent Court*, 1921, p. 38.

²²² C. J. TAMS, *Decisions of the ICJ as Sources of International Law?*, in Gaetano Morelli Lectures Series Vol. 2, *International and European Papers Publishing*, Roma, 2018, p. 93.

²²³ A. BOYLE, C. CHINKIN, *The Making of International Law*, cit., p. 269.

²²⁴ J. CRAWFORD, *The International Court of Justice and the Law of State Responsibility*, cit., pp. 85-86.

come, ad esempio, il diritto umanitario, le immunità e il diritto ambientale – la Corte è stata decisamente meno influente. Dunque, il primo fattore che determina l’impatto della Corte dipende, sostanzialmente, dalla volontà degli Stati e delle organizzazioni delle Nazioni Unite a coinvolgerla, offrendo così alla Corte l’opportunità di pronunciarsi e, di conseguenza, influenzare il settore cui il caso appartiene²²⁵.

In secondo luogo, affinché la Corte possa plasmare un’area del diritto, questa deve essere aperta allo sviluppo e, dunque, suscettibile di essere influenzata²²⁶. Per quanto riguarda la ricettività, due sono gli aspetti fondamentali. Il primo attiene al modo in cui le aree sono regolamentate: i settori caratterizzati da principi ampi o regole aperte – come lo *ius ad bellum*, la protezione diplomatica e la responsabilità degli Stati – sono più suscettibili allo sviluppo giudiziario in quanto la Corte ha la possibilità di interpretare e applicare la legge in modo più flessibile; al contrario, nei settori maggiormente definiti – tra cui si possono includere i diritti umani, il diritto del mare e il diritto ambientale – la Corte ha meno spazio di manovra per poter esercitare un’influenza sostanziale attraverso le sue decisioni. Il secondo aspetto, invece, riguarda lo stadio del processo di evoluzione in cui la Corte si inserisce: essa ha una maggiore influenza quando si esprime su settori poco esplorati e che si trovano dunque in una fase iniziale del loro sviluppo in attesa di essere codificati (come nel caso della responsabilità degli Stati e del diritto del territorio); la Corte, invece, ha inevitabilmente meno influenza quando si trova a doversi pronunciare su settori già ampiamente regolamentati (come, ad esempio, il diritto del mare).

In terzo ed ultimo luogo, l’impatto della Corte è correlato all’interazione che essa ha con gli altri agenti coinvolti nel progresso giuridico. I settori che godono di meccanismi specializzati, impegnati nell’interpretazione e applicazioni del diritto, sono quelli in cui l’influenza della Corte è limitata. Esempio lampante è quello dello sviluppo dell’area concernente i diritti umani, nel quale vi sono tribunali specializzati – come la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e la Corte Interamericana dei Diritti Umani – che gestiscono i propri trattati dominando dunque il settore di cui sono esperti. Quei settori che, al contrario, non dispongono di meccanismi specializzati nell’interpretazione e applicazione del diritto, fanno maggiormente affidamento alla Corte e, dunque, in essi quest’ultima è più influente. Tuttavia, la presenza di altri agenti che concorrono all’evoluzione giuridica, non esclude l’impatto della

²²⁵ A. BOYLE, C. CHINKIN, *The Making of International Law*, cit.

²²⁶ *Ibidem*.

Corte. Nel settore della responsabilità degli Stati, ad esempio, ho precedentemente illustrato come la Corte abbia lavorato *in tandem* con l'ILC per plasmare il diritto²²⁷. Dunque, se in alcuni casi l'interazione pregiudica il potere della Corte che compete con altri agenti; in altri casi tale interazione può in realtà conferire autorità alla Corte grazie ad una cooperazione tra questa e gli altri attori che partecipano al progresso.

In sintesi, si può quindi osservare che il contributo della Corte come agente di sviluppo del diritto dipende, soprattutto, da variabili esterne. Essa è maggiormente influente quando ha regolarmente l'opportunità di esprimersi su uno specifico settore giuridico. Inoltre, il suo impatto si manifesta quando le sue decisioni trattano settori ricettivi allo sviluppo, cadendo cioè su un terreno fertile e suscettibile di essere plasmato. Infine, il segno che la Corte lascia è determinato anche dalla poca o nessuna concorrenza o dall'alto grado di cooperazione con gli altri agenti.

²²⁷ Si rimanda a tal proposito al § 5.1. di questo capitolo.

CAPITOLO III

IL RUOLO DEL PRECEDENTE NELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

SOMMARIO: 1. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo – 1.1. Il ruolo della Corte EDU – 1.2. Le peculiarità della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo – 2. L'impiego del precedente da parte della Corte EDU – 3. La forza assunta dal precedente nel contesto della Corte EDU – 4. Il superamento del precedente da parte della Corte EDU – 5. Il rilievo della giurisprudenza della Corte EDU nell'ordinamento italiano

1. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Come ho avuto modo di osservare nell'ambito della Corte Internazionale di Giustizia, il modo in cui i precedenti vengono impiegati dai giudici è influenzato dalle peculiarità del contesto in cui essi operano. L'approccio al precedente, infatti, può variare significativamente da un sistema giuridico all'altro, in virtù di fattori quali il ruolo, le funzioni, la composizione, la struttura e il processo di elaborazione e comunicazione delle decisioni. Per tal motivo è bene procedere con un'analisi dei tratti fondamentali di questo sistema.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è un organo giurisdizionale internazionale che opera nell'ambito del Consiglio d'Europa. Quest'ultimo – istituito il 5 maggio 1949 mediante il trattato di Londra con lo scopo di prevenire il ripetersi delle atrocità della Seconda guerra mondiale – è la principale organizzazione a difesa dei diritti umani in Europa e, al suo interno, include 47 Stati, tra cui i 27 Paesi membri dell'Unione Europea. Il Consiglio, radunatosi a Roma il 4 novembre 1950, adottò la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali la quale, nel 1959, istituì la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per garantire l'osservanza dei diritti e delle libertà ivi stabiliti. La Corte EDU, che ha sede a Strasburgo, ha dunque il compito di giudicare le violazioni della Convenzione commesse dai Paesi membri del Consiglio d'Europa ed è composta da giudici provenienti da ciascuno di questi Stati. La Convenzione e la Corte EDU, in altri termini, rappresentano *il cuore palpitante*²²⁸ del Consiglio d'Europa, grazie *all'affermazione solenne di un catalogo di diritti umani accompagnata alla volontaria sottomissione dei Paesi membri alla giurisdizione di una Corte europea*²²⁹.

²²⁸ M. G. CIVININI, *L'agente del governo nel sistema convenzionale*, in F. BUFFA e M. G. CIVININI (a cura di), *La Corte di Strasburgo*, *Questione giustizia*, speciale n. 1/2019, p. 97.

²²⁹ *Ibidem*.

La Corte ha il potere di pronunciarsi sia sui ricorsi presentanti dai singoli, i cd ricorsi individuali²³⁰, che su quelli provenienti dagli Stati Contraenti, i cd. ricorsi interstatali²³¹; purché essi siano instaurati contro uno o più Paesi Parte della Convenzione²³². Tuttavia, originariamente, i ricorsi individuali erano consentiti soltanto qualora gli Stati avessero precedentemente accettato la giurisdizione della Corte a esaminare le denunce degli individui e, inoltre, queste dovevano passare dal vaglio di ammissibilità della Commissione per i diritti umani del Consiglio d'Europa. I ricorsi dinanzi alla Corte EDU, quindi, erano assai ridotti.

Successivamente – a seguito delle modifiche apportate nel '98 tramite il Protocollo XI – la Corte è divenuta organo permanente con giurisdizione obbligatoria e gli individui possono rivolgersi ad essa in modo diretto, con il conseguente aumento dei ricorsi²³³. Quella competenza, precedentemente suddivisa tra la Corte, la Commissione per i diritti umani e il Comitato dei ministri, è stata così centralizzata con la nascita di una nuova unica Corte, che rappresenta oggi l'organo giudiziario internazionale più produttivo al mondo, caratterizzata da una giurisprudenza non solo molto ampia, ma che spazia altresì su una vasta gamma di questioni.

Ad ogni modo, la funzione contenziosa²³⁴ della Corte EDU è sussidiaria rispetto ai tribunali nazionali, poiché i ricorsi sono ritenuti ricevibili solo dopo aver esaurito i mezzi interni²³⁵. La decisione circa l'ammissibilità dei ricorsi interstatali spetta a una delle Camere della Corte²³⁶; mentre quella dei ricorsi individuali è affidata ad un giudice unico²³⁷, in modo da ridurre il carico di lavoro della Corte che, com'è facilmente riscontrabile, si pronuncia prevalentemente proprio sui ricorsi dei singoli (questa procedura è stata introdotta dal

²³⁰ Art. 34 CEDU “*The Court may receive applications from any person, nongovernmental organisation or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the Protocols thereto. The High Contracting Parties undertake not to hinder in any way the effective exercise of this right*”.

²³¹ Art. 33 CEDU “*Any High Contracting Party may refer to the Court any alleged breach of the provisions of the Convention and the Protocols thereto by another High Contracting Party*”.

²³² Sono inammissibili i ricorsi contro Stati terzi o contro individui.

²³³ J. GERARDS, *Judicial deliberation in the European Court of Human Rights*, in N. HULS, M. ADAMS e J. BAMHOFF (a cura di), *The legitimacy of Highest Court's rulings – Judicial deliberations and beyond*, T.M.C. Asser Press, L'Aja, 2009, p. 407.

²³⁴ La Corte EDU ha altresì una funzione consultiva, potendo essa emettere, ex art. 47 CEDU, pareri su questioni riguardanti l'interpretazione della Convenzione e dei Protocolli addizionali.

²³⁵ Art. 35, § 1, CEDU “*The Court may only deal with the matter after all domestic remedies have been exhausted, according to the generally recognised rules of international law, [...]*”.

²³⁶ Art. 29, § 2, CEDU “*A Chamber shall decide on the admissibility and merits of inter-State applications submitted under Article 33. The decision on admissibility shall be taken separately unless the Court, in exceptional cases, decides otherwise*”.

²³⁷ Art. 27, § 1, CEDU “*A single judge may declare inadmissible or strike out of the Court's list of cases an application submitted under Article 34, where such a decision can be taken without further examination*”.

Protocollo XIV allo scopo di snellire il meccanismo precedente, il quale preveda che fosse sempre il Comitato dei tre giudici a dover decidere sulla ricevibilità o meno dei ricorsi *ex* articolo 34, ossia quelli individuali).

La Corte EDU – la cui composizione influenza il ruolo del precedente – è formata da 47 giudici, pari al numero dei Paesi Parte della Convenzione²³⁸ che, rispetto alle origini, è oggi triplicato. Essi sono eletti dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa previa consegna, da parte degli Stati Contraenti, di una lista di tre candidati tra cui scegliere²³⁹. Il loro mandato dura nove anni, decorsi i quali non possono essere rieletti²⁴⁰.

Per quanto riguarda la struttura interna, questa merita una certa considerazione. Essa, infatti, influisce notevolmente sulla coerenza della giurisprudenza della Corte EDU. A differenza delle Corti formate da un numero ridotto di giudici come, ad esempio, la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, le cui decisioni sono attribuibili alla Corte nel suo complesso²⁴¹, nel caso della Corte EDU la situazione è assai diversa. Essa, formata da un numero consistente di giudici – tanto da essere la Corte internazionale con più membri in assoluto – è suddivisa in cinque Sezioni di nove o dieci magistrati – che tengono conto dell'equilibrio geografico, della rappresentanza dei sessi e dei sistemi giuridici dei Paesi Parte – ciascuna delle quali è competente in una specifica materia. Di conseguenza, questioni analoghe sottoposte alla Corte, potenzialmente risolvibili da più Sezioni, rischiano di essere decise in modo differente, compromettendo l'omogeneità della sua giurisprudenza. Lo stesso svantaggio non è invece riscontrabile in quelle Corti Supreme che, grazie al limitato numero di membri, prendono tutte le decisioni in modo collegiale, non essendo suddivise in Sezioni.

Generalmente, le Corti formate da più Sezioni, trasmettono ad una Camera speciale i casi controversi, così da sopperire alla problematica delle divergenze giurisprudenziali. Un esempio è fornito dalla nostra Corte di Cassazione, la quale deferisce alle Sezioni Unite le questioni più dibattute, oltre a quelle più rilevanti. Chiaramente, le pronunce emanate da queste camere speciali, pur non avendo forza di per sé vincolante, finiscono per essere particolarmente influenti sulla successiva risoluzione di casi analoghi²⁴². Dopotutto il loro compito è proprio

²³⁸ Art. 20 CEDU “*The Court shall consist of a number of judges equal to that of the High Contracting Parties*”.

²³⁹ Art. 22 CEDU “*The judges shall be elected by the Parliamentary Assembly with respect to each High Contracting Party by a majority of votes cast from a list of three candidates nominated by the High Contracting Party*”.

²⁴⁰ Art. 23, § 1, CEDU “*The judges shall be elected for a period of nine years. They may not be re-elected*”.

²⁴¹ La Supreme Court statunitense, tra l'altro, è composta da giudici in carica a vita, per cui essa è caratterizzata da una particolare stabilità e la sua giurisprudenza, di conseguenza, non può che essere coerente.

²⁴² M. TARUFFO, *Institutional factors influencing precedents*, in N. MACCORMICK e R. S. SUMMERS (a cura di), *Interpreting precedent: A comparative study*, Ashgate Publishing, 1997, p. 445.

quello di fungere da stella polare per le altre Sezioni della medesima Corte o per i tribunali gerarchicamente inferiori a cui sono sottoposte questioni simili²⁴³. Tale funzione, nel contesto della Corte EDU, è svolta dalla Grande Camera, che è composta da diciassette giudici, tra i quali sono compresi il Presidente della Corte e i due Vicepresidenti.

Oltre alla Grande Camera, la Convenzione prevede altre composizioni con cui la Corte può esaminare e risolvere i casi ad essa sottoposti, ossia il Giudice unico – il quale può dichiarare inammissibile i ricorsi individuali – i Comitati, formati da tre giudici – che hanno il compito di valutare le questioni in via preliminare – e, infine, le Camere, formate da sette giudici – che risolvono le questioni in via ordinaria²⁴⁴.

Quando il ricorso, individuale o governativo, è ammesso, il caso viene esaminato da una delle Camere che, in caso di mancato accordo tra le parti²⁴⁵, si pronuncerà sulla questione mediante una sentenza motivata²⁴⁶ nella quale, se accoglie la domanda, indicherà la compensazione dovuta al ricorrente per il danno subito²⁴⁷. Le sentenze della Corte EDU sono, in casi eccezionali, impugnabili dinanzi alla Grande Camera²⁴⁸ ma, se non sono contestate entro tre mesi, diventano definitive²⁴⁹. Esse vengono inoltre rese pubbliche²⁵⁰. Il controllo circa

²⁴³ *Ibidem*.

²⁴⁴ Art. 26, § 1, CEDU “*To consider cases brought before it, the Court shall sit in a single-judge formation, in committees of three judges, in Chambers of seven judges and in a Grand Chamber of seventeen judges. The Court’s Chambers shall set up committees for a fixed period of time*”.

²⁴⁵ L’art. 39 CEDU prevede la cd, composizione amichevole e, al § 1, stabilisce infatti che “*At any stage of the proceedings, the Court may place itself at the disposal of the parties concerned with a view to securing a friendly settlement of the matter on the basis of respect for human rights as defined in the Convention and the Protocols thereto*”.

²⁴⁶ Art. 45, § 1, CEDU “*Reasons shall be given for judgments as well as for decisions declaring applications admissible or inadmissible*”. È interessante osservare che la Convenzione prevede inoltre il diritto per ciascun giudice, nel caso in cui la sentenza non sia frutto del consenso unanime, di allegare alla stessa decisione la sua opinione dissenziente, così com’è stabilito dall’art. 45, § 2, CEDU “*If a judgment does not represent, in whole or in part, the unanimous opinion of the judges, any judge shall be entitled to deliver a separate opinion*”.

²⁴⁷ Art. 41 CEDU “*If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party*”.

²⁴⁸ Art. 43 CEDU “*1. Within a period of three months from the date of the judgment of the Chamber, any party to the case may, in exceptional cases, request that the case be referred to the Grand Chamber. 2. A panel of five judges of the Grand Chamber shall accept the request if the case raises a serious question affecting the interpretation or application of the Convention or the Protocols thereto, or a serious issue of general importance. 3. If the panel accepts the request, the Grand Chamber shall decide the case by means of a judgment*”.

²⁴⁹ Art. 44 CEDU “*1. The judgment of the Grand Chamber shall be final. 2. The judgment of a Chamber shall become final (a) when the parties declare that they will not request that the case be referred to the Grand Chamber; or (b) three months after the date of the judgment, if reference of the case to the Grand Chamber has not been requested; or (c) when the panel of the Grand Chamber rejects the request to refer under Article 43*”.

²⁵⁰ *Ivi*, § 3 “*The final judgment shall be published*”.

l'esecuzione delle decisioni della Corte è invece affidato al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa²⁵¹.

1.1. Il ruolo della Corte EDU.

Argomento molto discusso in dottrina è quello riguardante il ruolo da riconoscere alla Corte, ossia se essa svolga o meno una funzione costituzionale. La Convenzione che l'ha istituita, con riferimento ai suoi connotati, può essere equiparata ad una carta costituzionale e, di conseguenza, l'interpretazione svolta dalla Corte EDU, così come quella delle corti costituzionali, è essenziale per comprendere il significato delle norme convenzionali, che si trova in gran parte nella sua giurisprudenza²⁵². Per questi motivi si ritiene che la Corte di Strasburgo svolga, in parte, una funzione costituzionale.

Ciò posto, tuttavia, è rilevante chiarire se la strategia maggiormente adottata dalla Corte sia quella generale, dunque in linea con la cd. giustizia costituzionale, oppure quella individuale²⁵³. Quando i giudici esercitano la funzione giurisdizionale seguendo un approccio generale, essi si concentrano esclusivamente sui casi di maggior rilievo per l'intera comunità europea, con lo scopo di favorire lo sviluppo giuridico dei diritti umani. Al contrario, quando l'approccio seguito dai giudici è quello individuale, lo stesso è finalizzato a garantire l'accesso alla giurisdizione della Corte a tutti coloro che hanno subito una violazione dei diritti umani, a prescindere dall'entità del danno, dalla rilevanza del caso, o dai costi burocratici. Il problema è emerso nel 2010, durante la stesura del Protocollo XIV, dove si sono confrontate due posizioni contrapposte²⁵⁴: da un lato quella di coloro che hanno difeso l'importanza di rafforzare la funzione costituzionale della Corte, anche per gestire la gran quantità di ricorsi ad essa sottoposti; dall'altra quella di coloro secondo cui limitare la giustizia individuale potrebbe indebolire il sistema posto a tutela dei diritti umani.

Il tema risulta rilevante rispetto al precedente e questo perché dalla strategia adottata dalla Corte dipende altresì il metodo che questa utilizza nella sua attività decisionale, il quale

²⁵¹ Art. 46, § 2, CEDU “*The final judgment of the Court shall be transmitted to the Committee of Ministers, which shall supervise its execution*”.

²⁵² L. WILDHABER, *A constitutional future for the European Court of Human Rights?* in *Human Rights Law Journal*, Vol. 23, p. 161, 2002; L. GARLICKI, *Judicial deliberation: the Strasbourg perspective*, in N. HULS, M. ADAMS e J. BAMHOFF (a cura di), *The legitimacy of Highest Court's rulings – Judicial deliberations and beyond*, cit., pp. 389-399.

²⁵³ H. SENDEN, *Interpretation of fundamental rights in a multilevel legal system – An Analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Intersentia, 2011, p. 17.

²⁵⁴ A proposito delle posizioni emerse in sede di stesura del Protocollo XIV si veda S. C. GREER, *The European Convention on Human Rights. Achievements, problems and prospects*, Cambridge University Press, New York, 2006, pp. 165-174.

può essere prospettico o retrospettivo²⁵⁵. Nel primo caso la Corte, quando si trova a decidere una controversia, considera anche gli eventuali casi futuri analoghi a quello presente. La *ratio* è quella di indirizzare la risoluzione di questi ultimi, avendo così un impatto non solo sul caso specifico, ma anche su situazioni simili che potrebbero sorgere successivamente. Al contrario, il metodo retrospettivo è messo in atto quando la Corte si focalizza principalmente sulla risoluzione del caso concreto. Il primo approccio prevale quando il giudice ha la facoltà di scegliere i casi su cui pronunciarsi; il secondo, invece, domina quando il giudice non ha il potere di selezionare i casi da risolvere e, in generale, quando agisce come giudice di ultima istanza²⁵⁶.

La Corte EDU utilizza, nel modo in cui essa opera, entrambi i metodi: quale dei due, però, prevale sull'altro nella pratica?

L'aumento dei ricorsi presentati alla Corte, in seguito all'adozione del summenzionato Protocollo XI, ha posto in evidenza la questione. Ci si è chiesti, infatti, se questa debba funzionare principalmente come giudice costituzionale, con l'obiettivo di affrontare questioni sistemiche, o come giudice del caso concreto, occupandosi delle singole violazioni²⁵⁷.

La Corte, in numerose circostanze, ha evidenziato l'importanza di considerare le peculiarità del caso specifico nel suo processo decisionale, giudicando caso per caso, conducendo una valutazione individuale e, di conseguenza, adottando soluzioni che siano effettivamente in sintonia con esso²⁵⁸. Nella sentenza relativa al caso *Young, James e Webster c. Regno Unito*, ad esempio, i giudici si sono espressi come segue “*The Court emphasises once again that, in proceedings originating in an individual application, it has, without losing sight of the general context, to confine its attention as far as possible to the issues raised by the concrete case before it*”²⁵⁹. I motivi di tale orientamento sono diversi: primo tra tutti lo scopo principale della Corte²⁶⁰ che, avendo l'obiettivo di salvaguardare i diritti umani, è tenuta ad

²⁵⁵ I termini sono utilizzati da M. TARUFFO, *Institutional factors influencing precedents*, cit., pp. 444-445. Gli stessi sono stati ripresi da A. STONE SWEET, *On the Constitutionalisation of the Convention: the European Court of Human Rights as a Constitutional Court*, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, Vol. 80, pp. 923-944, 2009.

²⁵⁶ M. TARUFFO, *Institutional factors influencing precedents*, cit., pp. 444-445.

²⁵⁷ D. J. HARRIS, M. O' BOYLE, E. BATES e C. BUCKLEY, *Harris, O' Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2014, p. 2.

²⁵⁸ V. ZAGREBELSKY, *La giurisprudenza casistica della Corte europea dei diritti dell'uomo; fatto e diritto alla luce dei precedenti*, in B. BISCOTTI, P. BORSELLINO, V. POCAR e D. PULITANÒ (a cura di), *La fabbrica delle interpretazioni*, Giuffrè Editore, 2012, p. 68.

²⁵⁹ Corte EDU, *Young, James and Webster v. The United Kingdom*, Application No. 7601/76; 7806/77, Judgment, 13 agosto 1981, § 53.

²⁶⁰ Scopo definito nel preambolo della CEDU “*this Declaration aims at securing the universal and effective recognition and observance of the Rights therein declared*”.

assicurare tutela effettiva a ciascun individuo; i criteri di ammissibilità²⁶¹ dei ricorsi individuali, i quali non contemplano né un meccanismo di filtraggio, né uno di selezione discrezionale dei ricorsi; l'efficacia delle decisioni, che sono vincolanti soltanto nei confronti delle parti coinvolte nella controversia e riguardo al caso specifico²⁶²; la natura delle sentenze della Corte EDU, le quali sono essenzialmente dichiarative; infine le differenze che intercorrono tra i 47 Paesi soggetti alla giurisdizione della Corte, la quale opera come organo sovranazionale e, quando esamina i ricorsi individuali, deve tenere conto delle peculiarità di ciascun ordinamento.

Tuttavia, se i suddetti fattori sostengono il ruolo della Corte come giudice del caso specifico, altri rafforzano la sua funzione costituzionale, soprattutto riguardo alle decisioni pronunciate dalla Grande Camera. Nel caso *Irlanda c. Regno Unito*, ad esempio, la Corte ha sottolineato che “*The Court’s judgments in fact serve not only to decide those cases brought before the Court but, more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties*”²⁶³. La Grande Camera, nel 2012, ha assunto la medesima posizione nel caso *Konstantin Markin c. Russia*²⁶⁴, richiamando espressamente la decisione *Irlanda c. Regno Unito*. Infatti, sebbene sia indiscusso l'effetto *inter partes* delle sentenze della Corte EDU – così com'è chiarito nell'articolo 46 della Convenzione – essa ha anche il compito, *ex* articolo 32 della medesima²⁶⁵, di interpretare le norme convenzionali e, di conseguenza, le sue decisioni hanno in qualche misura anche effetti *erga omnes*. Inoltre, la natura meramente dichiarativa delle sentenze CEDU non implica che gli Stati non siano tenuti

²⁶¹ Tali criteri sono stabiliti negli artt. 34 e 35 della CEDU. L'art. 34 è stato riportato nella nota 230; mentre l'art. 35, il cui § 1 è stato citato nella nota 235, è qui richiamato interamente “*1. The Court may only deal with the matter after all domestic remedies have been exhausted, according to the generally recognised rules of international law, and within a period of four months from the date on which the final decision was taken. 2. The Court shall not deal with any application submitted under Article 34 that (a) is anonymous; or (b) is substantially the same as a matter that has already been examined by the Court or has already been submitted to another procedure of international investigation or settlement and contains no relevant new information. 3. The Court shall declare inadmissible any individual application submitted under Article 34 if it considers that: (a) the application is incompatible with the provisions of the Convention or the Protocols thereto, manifestly ill-founded, or an abuse of the right of individual application; or (b) the applicant has not suffered a significant disadvantage, unless respect for human rights as defined in the Convention and the Protocols thereto requires an examination of the application on the merits. 4. The Court shall reject any application which it considers inadmissible under this Article. It may do so at any stage of the proceedings*”.

²⁶² L'effetto vincolante tra le parti è rispetto al caso è sancito nell'art. 46, § 1, CEDU “*The High Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties*”. Esso, come può facilmente notarsi, rispecchia l'art. 59 dello Statuto della CIG.

²⁶³ Corte EDU, *Ireland v. The United Kingdom*, Application No. 5310/71, Judgment, 18 gennaio 1978, § 154.

²⁶⁴ Corte EDU, *Konstantin Markin v. Russia*, Application No. 30078/06, Judgment, 22 marzo 2012, § 89.

²⁶⁵ Art. 32, § 1, CEDU “*The jurisdiction of the Court shall extend to all matters concerning the interpretation and application of the Convention and the Protocols thereto which are referred to it as provided in Articles 33, 34, 46 and 47*”.

ad adottare misure idonee per conformarsi ad esse. Dal combinato disposto degli articoli 41 e 46 della Convenzione, infatti, la Corte ha dedotto il ruolo di adattamento che gli ordinamenti interni dovrebbero svolgere. Essa, innanzitutto, ha più volte dichiarato che gli Stati responsabili, oltre a risarcire la parte lesa com'è stabilito nell'articolo 41, devono altresì provvedere adeguatamente all'eliminazione delle violazioni di cui sono stati accusati²⁶⁶. In secondo luogo, la Corte ha cominciato a suggerire, all'interno delle sue decisioni, le misure idonee alla riparazione del danno causato; prassi, peraltro, a cui si sono adeguati sia gli Stati nell'esecuzione delle sentenze²⁶⁷, che il Comitato dei Ministri nell'esercizio del suo ruolo di supervisore²⁶⁸. Così, la Corte EDU influisce sugli Stati, generando un impatto orientativo su di essi e superando il mero compito di risoluzione della singola controversia che l'è stata presentata²⁶⁹.

1.2. Le peculiarità della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Oltre alla funzione svolta dalla Corte EDU è bene chiarire altresì quella assunta dalla sua giurisprudenza, tema fortemente connesso con il ruolo del precedente. Il consolidamento di una prassi giurisprudenziale, in cui la Corte offre un'interpretazione autorevole della Convenzione, porta alla sua applicazione oltre il caso specifico. Il suo giudizio, dunque, assume un ruolo generale, anziché individuale²⁷⁰. Pur non riconoscendo alla giurisprudenza della Corte EDU il valore di fonte di diritto, infatti, si ritiene che essa costituisca una parte cruciale del *corpus* normativo europeo in materia di diritti umani; deducibile non solo dalla fonte convenzionale, ma anche e soprattutto da quella giurisprudenziale²⁷¹. Dottrina e giurisprudenza, quindi, impegnate nella ricostruzione della disciplina di una certa materia, devono inevitabilmente fare riferimento tanto alla Convenzione, quanto alla prassi della Corte.

Tale rilevanza assunta dalla giurisprudenza nell'ambito della Corte EDU, come ho avuto modo di notare in precedenza e come avrò modo di osservare successivamente, è in realtà

²⁶⁶ Corte EDU, *Scozzari and Giunta v. Italy*, Application No. 39221/98 and 41963/98, Judgment, 31 luglio 2000, § 249; Corte EDU, *Broniowski v. Poland*, Application No. 31443/93, Judgment, 22 giugno 2004, §. 192.

²⁶⁷ P. PIRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, pp. 173-215.

²⁶⁸ Si vedano, a tal proposito, i commenti agli artt. 41 e 46 della CEDU fatti da S. BARTOLE, P. DE SENA e V. ZAGREBELSKI, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, 2012.

²⁶⁹ In tal modo si è anche integrata l'ipotesi prevista nell'art. 31, § 3, lett. b) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, la quale stabilisce che, ai fini interpretativi, bisogna tener conto di “*any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation*”.

²⁷⁰ J. GERARDS, *Judicial deliberation in the European Court of Human Rights*, cit.

²⁷¹ L. WILDHABER, *Precedent in the European Court of human rights*, in P. MAHONEY, F. MATSCHER, H. PETZOLD e L. WILDHABER (a cura di), *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne, mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag, 2000, pp 1529-1545.

comune alla maggior parte degli organi giurisdizionali. Tuttavia, le peculiarità della sua Convenzione hanno fatto sì che la Corte EDU assumesse un ruolo interpretativo particolarmente esteso, più di quello tipicamente esercitato dai tribunali, e che la sua giurisprudenza acquisisse una rilevanza senza precedenti nell'evoluzione del diritto europeo dei diritti fondamentali dell'uomo.

In primo luogo, il testo convenzionale attribuisce espressamente alla Corte EDU la funzione interpretativa²⁷², conferendo ad essa una particolare autorità²⁷³. Sebbene siano i giudici interni, in prima battuta, ad esprimersi, la Corte si pronuncia in ultima istanza, ed è quindi quest'ultima a stabilire, in via definitiva, il senso delle norme convenzionali.

In secondo luogo, le disposizioni della Convenzione sono spesso vaghe, suscettibili di diverse interpretazioni, e quindi la Corte ha un ampio margine di competenza quando deve definirle²⁷⁴. Queste, inoltre, sono per lo più enunciate quali principi, anziché regole, rendendo molto complessa la delimitazione del loro contenuto²⁷⁵. In più, le nozioni a cui la Convenzione fa riferimento sono in genere molto ampie²⁷⁶; questo per sopperire alla necessità di adoperare concetti neutri rispetto a quelli specifici di ogni Stato e altresì evitare di assumere posizioni troppo nette che non permetterebbero di soddisfare tutti gli interessi coinvolti. Per tali ragioni l'azione interpretativa della Corte EDU risulta particolarmente estesa²⁷⁷: da un lato essa ha il potere di determinare il contenuto dei diritti garantiti²⁷⁸; dall'altro ha la facoltà di conferire allo stesso termine diverse accezioni²⁷⁹. La Corte, dunque, può estendere o limitare l'ambito di un diritto²⁸⁰.

In terzo ed ultimo luogo, la Convenzione non implica un reciproco scambio di diritti e obblighi tra le parti, ma enuncia quei diritti e quelle libertà che i Paesi Contraenti sono tenuti a

²⁷² Art. 32, § 1, CEDU, si veda nota 265.

²⁷³ B. DELZANGLES, *Activime et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, L.G.D.J., 2010.

²⁷⁴ D. POPOVIC, *The emergence of the European Human Rights Law: An Essay on Judicial Creativity*, Eleven International Publishing, 2011.

²⁷⁵ Ad esempio, l'art. 8 CEDU sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare, ma nulla dice circa il diritto di adozione; allo stesso modo l'articolo 12 CEDU garantisce il diritto al matrimonio, senza specificare altresì il diritto al divorzio.

²⁷⁶ Ad esempio, l'art. 12 fa riferimento al matrimonio senza offrirne una definizione. Dunque, se il matrimonio è inteso anche come unione tra individui dello stesso sesso, esso è più vasto; al contrario, se è limitato agli individui di sesso diverso, esso si restringe.

²⁷⁷ B. DELZANGLES, *Activime et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit.

²⁷⁸ G. COHEN-JONATHAN, *Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Mélanges en Hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, 1998, pp. 168-169.

²⁷⁹ M. MELCHIOR, *Notions vagues ou indéterminées et lacunes dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, in F. MATSCHER e H. PETZOLD (a cura di), *Protecting Human Rights: The European – Studies in Honor of Gerard J. Wiarda*, Carl Heymanns Verlag, 1988, pp. 411-419.

²⁸⁰ *Ibidem*.

tutelare nei confronti di ciascun individuo soggetto alla loro giurisdizione. La Corte EDU, dunque, nel definire la Convenzione, ha privilegiato l'interpretazione teleologica, ossia quella che si concentra sullo scopo che sta dietro al testo convenzionale – scopo delineato nel Preambolo e nell'articolo 1 – seguendo i principi enunciati dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. La Corte ha inoltre chiarito che l'attività interpretativa deve essere coerente con le circostanze attuali. In altre parole, l'interpretazione della Corte deve innanzitutto adeguarsi allo scopo della Convenzione, ossia quello di proteggere in modo effettivo i diritti fondamentali in essa sanciti, considerando sempre i progressi e i cambiamenti messi in atto dalla società e dalla comunità scientifica, sviluppando in tal modo un'interpretazione cd. dinamico-evolutiva²⁸¹. A tal proposito è bene fare una parentesi per evidenziare che, a prescindere da quale ordinamento o tradizione giuridica si stia analizzando, ciò su cui tutti concordano è il seguente concetto: stabilità e dinamismo devono coesistere e avanzare insieme, poiché un certo grado di flessibilità è essenziale affinché il diritto sia in linea con la società che evolve.

Si può concludere ribadendo che la competenza interpretativa della Corte EDU risulta molto ampia e particolarmente autorevole e questo proprio in virtù delle peculiarità della sua Convenzione.

2. L'impiego del precedente da parte della Corte EDU.

Senza indugi è bene chiarire fin da subito che il precedente, nell'ambito della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, non ha forza vincolante, bensì persuasiva, ed è in grado, data la rilevanza di questa Corte, di influenzare con una certa autorevolezza e logicità le decisioni future.

Il concetto di precedente persuasivo si associa a quello di giurisprudenza consolidata; espressione oltretutto recepita dall'articolo 8 del Protocollo XIV, con il quale è stato mutato l'articolo 28 della Convenzione allo scopo di stabilire la competenza dei Comitati. La medesima è inoltre richiamata anche dalla stessa Corte nei casi in cui essa, nel suo processo decisionale, fa affidamento sul precedente. La relazione esplicativa al Protocollo XIV chiarisce altresì il significato di *well-established case-law of the Court*, definendola come una *giurisprudenza*

²⁸¹ B. DELZANGLES, *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit.; J. GERARDS, *Judicial deliberation in the European Court of Human Rights*, cit.; F. MATSCHER, *Quarante ans d'activités de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Collected courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 270, 1997, pp. 251-397, p. 253.

*costantemente applicata da una Camera*²⁸², precisando tuttavia che, in via del tutto eccezionale, anche un'unica sentenza su una questione di principio può costituire una "giurisprudenza consolidata", in particolare quando è stata emessa dalla Grande Camera²⁸³. Quando la relazione parla di "sentenze di principio" fa riferimento alle cd. sentenze pilota, ossia quelle decisioni pronunciate con riferimento ad un caso giudiziario che, tuttavia, risolvendo una questione strutturale e ripetitiva, si ripercuotono nell'ordinamento generale divenendo potenzialmente applicabili a tutti i casi successivi riguardanti la medesima questione²⁸⁴.

Il precedente, nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, è un principio flessibile, e questo perché la sua applicazione è condizionata dalle peculiarità del testo convenzionale e da quelle della Corte stessa²⁸⁵; aspetti che sono stati in parte analizzati nei paragrafi precedenti. A tal proposito, il giudice Pinto de Albuquerque – nella sua opinione separata, in parte concorde e in parte dissenziente, alla sentenza Herrmann c. Germania – ha sottolineato l'importanza di principi quali la certezza del diritto, la prevedibilità e l'uguaglianza, che costituiscono il fondamento dell'adeguamento, da parte della Corte EDU, alla sua giurisprudenza, nel caso in cui la controversia presente sia analoga a quella già decisa e non vi siano valide ragioni per discostarsi da essa²⁸⁶. Tuttavia, date le caratteristiche della Convenzione e della stessa Corte, quest'ultima può abbandonare un suo precedente consolidato – in situazioni di incertezza o quando la questione richiede di essere maggiormente sviluppata – e questo per estendere la tutela dei diritti umani che la Convenzione si impegna a garantire²⁸⁷. Nel suo parere, infatti, il giudice Pinto de Albuquerque ha evidenziato che la Convenzione è un "living instrument" finalizzato a garantire *diritti effettivi, non illusori*, ed è perciò *intrinsecamente incompatibile con un effetto di stare decisis orizzontale della giurisprudenza della Grande Camera*²⁸⁸. Questo vuol dire che la Grande Camera non è obbligata a seguire le sue decisioni precedenti. Sussiste, invece, secondo il giudice, un effetto di *stare decisis* verticale – per cui le Sezioni sono vincolate, nella risoluzione dei casi ad esse sottoposte, dalla giurisprudenza della Grande

²⁸² Relazione esplicativa al Protocollo XIV alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali che modifica il sistema di controllo della Convenzione, 13 maggio 2004, § 68 (traduzione della sottoscritta).

²⁸³ *Ibidem*.

²⁸⁴ L.-A. SICILIANOS, *Le Protocole 14 bis à la Convention européenne des droits de l'homme: un instrument (heureusement) éphémère*, in *Annuaire français de droit international*, Vol. 55, 2009, p. 739.

²⁸⁵ M. G. CIVININI, *Il valore del precedente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in F. BUFFA e M. G. CIVININI (a cura di), *La Corte di Strasburgo*, Questione giustizia, speciale n. 1/2019, p. 128.

²⁸⁶ Corte EDU, *Herrmann v. Germany*, Application No. 9300/07, judgment, separate opinions, 12 giugno 2012, p. 44.

²⁸⁷ *Ivi*, p. 45.

²⁸⁸ *Ibidem*.

Camera – regola superabile solo qualora una Sezione non ritenesse adeguato il precedente della Grande Camera e decidesse, nell'impossibilità di discostarsene, di rinunciare al caso, trovando però l'opposizione di una delle parti in causa²⁸⁹. Inoltre, sempre secondo il giudice Pinto de Albuquerque, il vincolo dello *stare decisis* orizzontale sussisterebbe invece in capo alle Sezioni rispetto alla loro stessa giurisprudenza o a quella di altre Camere, dalla quale esse non possono quindi discostarsi a meno che non decidano di spogliarsi del caso e una delle parti si opponga a tale decisione²⁹⁰; analogamente all'eccezione vista poc' anzi.

Come si può notare, dunque, la consistenza della prassi giuridica della Corte EDU si basa su una sottile e complessa diversificazione delle questioni giuridiche e delle cause che essa si trova a risolvere. Tuttavia, tale diversificazione non deve, come ha puntualmente osservato lo stesso giudice, trasformarsi in un'opportunità per eludere l'applicazione di un principio ormai consolidato dalla giurisprudenza della Corte, anche perché questo comprometterebbe inevitabilmente l'autorità delle sue decisioni, oltre a screditare la Corte stessa.

Ciò premesso, sono diversi i modelli di ragionamento che la Corte adotta per seguire la sua giurisprudenza, anche in virtù delle sue caratteristiche istituzionali. Essa, infatti, è formata da magistrati provenienti da diverse tradizioni giuridiche e ciò l'ha portata a sviluppare nel tempo vari metodi di applicazione dei precedenti.

Innanzitutto, la Corte, in alcuni casi, parte da una decisione precedente per trarre da essa la *ratio decidendi*, attraverso un ragionamento di tipo induttivo, e di conseguenza applicarla alla controversia attuale in virtù della somiglianza che sussiste tra le circostanze di fatto del caso antecedente e quelle del caso in questione²⁹¹. In questa ipotesi, la *ratio decidendi* è ciò che rileva del precedente ed è impiegata dalla Corte quale criterio per la risoluzione del caso ad essa sottoposto. Pertanto, il ragionamento della Corte parte dall'analisi dei fatti i quali, se sono sufficientemente simili, spiegano l'applicazione della *ratio* del primo caso al secondo e, quindi, l'adozione del precedente²⁹².

Questa forma di ragionamento, basata su un approccio induttivo, è utilizzata di rado dalla Corte EDU, dal momento che essa difficilmente si trova a esaminare casi così simili, dal punto di vista fattuale, da sostenere una tale risoluzione. Alla Corte, infatti, sono sottoposte

²⁸⁹ *Ibidem*.

²⁹⁰ *Ibidem*.

²⁹¹ E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme: contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'Homme*, Éditions Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 415.

²⁹² Si evidenzia inoltre che, se i due casi sono analoghi basta un solo precedente per giustificare l'applicazione della stessa *ratio*. Tuttavia, chiaramente, una giurisprudenza consolidata conferisce maggiore autorità al precedente e, quindi, una giustificazione più valida l'adozione dello stesso.

cause provenienti da tutti i Paesi Contraenti, i cui assetti giuridici, considerati parte integrante dei fatti, variano notevolmente. Questo metodo di ragionamento, di fatto, è adottato dunque quasi esclusivamente con riferimento a casi riguardanti lo stesso Stato o Stati diversi ma simili dal punto di vista normativo e giurisprudenziale.

A tal proposito si può richiamare il caso *Cossey c. Regno Unito*²⁹³ nel quale la Corte, abbracciando il suddetto modello di ragionamento, ha valutato l'applicazione della *ratio decidendi* di una sua precedente decisione, ossia quella relativa alla controversia *Rees c. Regno Unito*²⁹⁴. Sia il primo che il secondo caso coinvolgevano cittadini inglesi che, fin dalla loro giovinezza, avevano manifestato un malessere circa il loro sesso fenotipico, ossia la cd. disforia di genere, e avevano quindi scelto di cambiare nome, seguire una terapia ormonale e sottoporsi alla chirurgia di riassegnazione del sesso, da donna a uomo nel caso di Mr. Rees e, al contrario, da uomo a donna nel caso di Miss Cossey. Entrambi, dopo l'intervento, avevano preteso che il loro cambiamento di genere venisse riconosciuto anche nel registro di stato civile; rivendicazione che, tuttavia, fu declinata in ambo i casi. Il diritto britannico, in effetti, non prevedeva il pieno riconoscimento giuridico del loro mutamento e, quindi, nemmeno quello di contrarre matrimonio con individui di sesso diverso rispetto a quello da loro acquisito in seguito all'operazione. Nel primo caso la Corte EDU – a cui Rees fece ricorso lamentando la violazione degli articoli 8 e 12 della Convenzione²⁹⁵ i quali garantiscono, rispettivamente, il diritto al rispetto della vita privata e familiare e quello al matrimonio – aveva rigettato la domanda, sostenendo che lo Stato aveva un ampio margine di apprezzamento in materia e che il suo ambito di competenza non poteva estendersi a tal punto da obbligare lo Stato in questione a modificare la sua legislazione in materia di registro dello stato civile e permettere, di conseguenza, il riconoscimento della transizione di genere²⁹⁶. Nel secondo caso, parimenti, la Corte respinse il ricorso di Cossey, ritendendo di dover applicare la *ratio decidendi* del caso precedente²⁹⁷, sussistendo analogia nei fatti – in particolare non viene considerata pertinente la

²⁹³ Corte EDU, *Cossey v. the United Kingdom*, Application No. 10843/84, judgment, 27 settembre 1990.

²⁹⁴ Corte EDU, *Mark Rees v. the United Kingdom*, Application No. 9532/81, judgment, 17 ottobre 1986.

²⁹⁵ Art. 8 CEDU “1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others”; art. 12 CEDU “Men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family, according to the national laws governing the exercise of this right”.

²⁹⁶ Corte EDU, *Mark Rees v. the United Kingdom*, cit., § 37 “this is an area in which the Contracting Parties enjoy a wide margin of appreciation”.

²⁹⁷ Corte EDU, *Cossey v. the United Kingdom*, cit., § 34 “The Court thus concludes that the present case is not materially distinguishable on its facts from the Rees case”.

circostanza, sollevata dalla ricorrente, che Cossey, al contrario di Rees, avesse un partner con cui aveva intenzione di sposarsi²⁹⁸ – e non essendo mutato né il contesto giuridico di riferimento, né quello sociale in generale.

Altra decisione che vale la pena citare, nella quale è stato adottato il metodo induttivo, è quella relativa alla controversia *Norris c. Irlanda*²⁹⁹, in cui la Corte ha richiamato il precedente caso *Dudgeon c. Regno Unito*³⁰⁰. In questa occasione, a differenza del primo esempio analizzato, il precedente che la Corte ha deciso di valutare non era stato pronunciato nei confronti dello stesso Paese; ciononostante, Regno Unito e Irlanda sono Stati i cui ordinamenti presentano molte analogie. I ricorrenti, in entrambi i casi, denunciavano la violazione all'articolo 8 della Convenzione³⁰¹ per via di norme vigenti nei due ordinamenti che, pur non vietando l'omosessualità in sé, punivano penalmente gli atti omosessuali. La Corte EDU, dovendo fare un bilanciamento tra il diritto individuale al rispetto della vita privata e familiare – ex articolo 8, paragrafo 1 – e il diritto generale alla protezione della pubblica morale – ex articolo 8, paragrafo 2 – decise di pronunciarsi a favore del primo. Nel caso *Dudgeon c. Regno Unito*, infatti, la Corte dichiarò che la restrizione al diritto alla tutela della vita privata e familiare imposta a Dudgeon, specie con riguardo ad una sfera così intima come quella sessuale, non può essere ritenuta in alcun modo essenziale, in un Paese democratico, rispetto agli scopi, come quello della pubblica morale, perseguiti³⁰². Non vi è alcuna motivazione giuridica o necessità sociale per ritenere penalmente rilevanti gli atti omosessuali e, al tempo stesso, la limitazione della libertà in questione risulta sproporzionata, in quanto causa conseguenze notevolmente nocive per il benessere delle persone omosessuali³⁰³. Successivamente, nel caso

²⁹⁸ Ivi, § 32 “*The Court is not persuaded that this difference is material. In the first place, the fact that Mr Rees had no such partner played no part in the Court’s decisions, which were based on a general consideration of the principles involved [...]. In any event, as regards Article 8 (art. 8), the existence or otherwise of a willing marriage partner has no relevance in relation to the contents of birth certificates, copies of which may be sought or required for purposes wholly unconnected with marriage. Again, as regards Article 12 (art. 12), whether a person has the right to marry depends not on the existence in the individual case of such a partner or a wish to marry, but on whether or not he or she meets the general criteria laid down by law*”.

²⁹⁹ Corte EDU, *Norris v. Ireland*, Application No. 10581/83, judgment, 26 ottobre 1988.

³⁰⁰ Corte EDU, *Dudgeon v. the United Kingdom*, Application No. 7525/76, judgment, 22 ottobre 1981.

³⁰¹ Art. 8 CEDU, cit.

³⁰² Corte EDU, *Dudgeon v. the United Kingdom*, cit., § 41 “*The Court sees no reason to differ from the views of the Commission: the maintenance in force of the impugned legislation constitutes a continuing interference with the applicant’s right to respect for his private life (which includes his sexual life) within the meaning of Article 8 par. 1 (art. 8-1). In the personal circumstances of the applicant, the very existence of this legislation continuously and directly affects his private life (see, mutatis mutandis, the Marckx judgment of 13 June 1979, Series A no. 31, p. 13, par. 27): either he respects the law and refrains from engaging – even in private with consenting male partners – in prohibited sexual acts to which he is disposed by reason of his homosexual tendencies, or he commits such acts and thereby becomes liable to criminal prosecution*”.

³⁰³ *Ibidem*.

Norris c. Irlanda, la Corte decise di applicare la stessa *ratio decidendi*, sottolineando l'analogia delle posizioni dei due ricorrenti e della normativa³⁰⁴.

Molto più di frequente, la Corte EDU adotta un altro modello di ragionamento per seguire i suoi precedenti. In questi casi, essa richiama decisioni passate³⁰⁵ la cui *ratio decidendi* non può essere applicata al caso dinanzi ad essa ma, sussistendo analogia tra i fatti, ne ricava le giustificazioni sottostanti con lo scopo di utilizzarle come linea guida per la risoluzione del caso presente³⁰⁶. Anche in queste ipotesi, dunque, il processo decisionale che conduce all'attuazione del precedente è rappresentata dall'analisi dei fatti i quali, se sono simili, giustificano tale applicazione. In tal caso, tuttavia, il ragionamento non è di tipo induttivo, ma bensì analogico: il precedente è applicato in virtù dell'analogia tra il primo e il secondo caso, ma esso deve essere adattato al caso attuale, ossia *mutatis mutandis*³⁰⁷.

Questo tipo di ragionamento è ampiamente utilizzato nei Paesi di tutte le tradizioni giuridiche, sia continentali che anglosassoni, in quanto permette di applicare ad una fattispecie priva di disciplina – la quale presenta una significativa somiglianza con un'altra fattispecie che, al contrario, è regolamentata – la stessa conclusione adottata nella fattispecie disciplinata³⁰⁸. Nell'ambito del ragionamento analogico è fondamentale definire se la similitudine tra i due casi sia rilevante tanto da giustificare la sua adozione. Non è necessario che i fatti del caso successivo ricadano all'interno della stessa *ratio decidendi* del caso antecedente, ma è sufficiente che la motivazione su cui quest'ultimo si basa possa fornire un argomento analogico in grado di sostenere una determinata conclusione anche nel secondo caso.

Tra i numerosi casi in cui la Corte EDU ha utilizzato un precedente, sviluppando un ragionamento analogico, si può citare quello *Öztürk c. Germania*³⁰⁹, nel quale la Corte richiama

³⁰⁴ Corte EDU, *Norris v. Ireland*, cit., § 38 “*The Court agrees with the Commission that, with regard to the interference with an Article 8 (art. 8) right, the present case is indistinguishable from the Dudgeon case [...]. It is true that, unlike Mr Dudgeon, Mr Norris was not the subject of any police investigation. However, the Court's finding in the Dudgeon case that there was an interference with the applicant's right to respect for his private life was not dependent upon this additional factor. As was held in that case, "the maintenance in force of the impugned legislation constitutes a continuing interference with the applicant's right to respect for his private life ... within the meaning of Article 8 para. 1 (art. 8-1). In the personal circumstances of the applicant, the very existence of this legislation continuously and directly affects his private life ..."* (Series A no. 45, p. 18, para. 41)”.

³⁰⁵ Il riferimento, come nel modello precedente, può essere sia alla singola decisione che ad una giurisprudenza consolidata.

³⁰⁶ E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme: contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'Homme*, cit.

³⁰⁷ G. LAMOND, *Precedent and analogy in legal reasoning*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2016 Edition), E. N. ZALTA (a cura di), p. 12 disponibile sul sito <http://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/>.

³⁰⁸ *Ibidem*.

³⁰⁹ Corte EDU, *Öztürk v. Germany*, Application No. 8544/79, judgment, 21 febbraio 1984.

la decisione relativa al caso *Engel e altri c. Olanda*³¹⁰. Quest'ultimo coinvolgeva alcuni soldati arruolati nell'esercito olandese ai quali erano state comminate delle sanzioni disciplinari da un tribunale militare. Tra le altre cose, i ricorrenti denunciavano la violazione, da parte del governo olandese, dell'articolo 6 della Convenzione³¹¹, il quale stabilisce i requisiti del giusto processo. La controparte, al contrario, riteneva di non aver violato alcun principio in quanto la norma convenzionale fa riferimento a procedimenti civili e penali, non di tipo disciplinare (almeno ai sensi del diritto olandese) come quello a cui erano invece stati sottoposti i ricorrenti. La Corte, dovendo stabilire se il procedimento cui erano stati soggetti i militari fosse effettivamente di natura disciplinare, ha infine concluso affermando il carattere non penale del procedimento e delle sanzioni inflitte, escludendo così l'applicabilità dell'articolo 6³¹². Nel caso *Öztürk c. Germania*, invece, un cittadino aveva ricevuto una multa a causa di un incidente stradale che, secondo l'autorità amministrativa, era stato provocato dalla sua negligente condotta. Il ricorrente, condannato a sostenere personalmente i costi dell'interprete di cui si era servito durante un'udienza, lamentava una presunta violazione dell'articolo 6, paragrafo 3, lettera e), della Convenzione³¹³. La Germania, al contrario, riteneva non applicabile la suddetta norma, in quanto la contestazione mossa a Öztürk non era penale, ma amministrativa (per la legge tedesca). La Corte, dunque, anche in tal caso ha dovuto stabilire se il procedimento che aveva portato all'irrogazione della multa fosse o meno di natura amministrativa. Per la risoluzione del caso la Corte fa riferimento al precedente *Engel e altri c. Olanda*³¹⁴, sottolineando la diversità

³¹⁰ Corte EDU, *Engel and others v. The Netherlands*, Application No. 5100/71; 5101/71; 5102/72; 5354/72; 5370/72, judgment, 8 giugno 1976.

³¹¹ Art. 6 CEDU “1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice. 2. Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law. 3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights: (a) to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him; (b) to have adequate time and facilities for the preparation of his defence; (c) to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require; (d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him; (e) to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court”.

³¹² Corte EDU, *Engel and others v. The Netherlands*, cit., § 82 “the Court must specify, limiting itself to the sphere of military service, how it will determine whether a given “charge” vested by the State in question - as in the present case - with a disciplinary character nonetheless counts as “criminal” within the meaning of Article 6 (art. 6)[..]”. Il paragrafo non è stato riportato nella sua interezza per esigenze di sintesi, tuttavia il testo può essere consultato su HUDOC – European Court of Human Rights.

³¹³ Art. 6, § 3, lett. e), CEDU, cit.

³¹⁴ Corte EDU, *Öztürk v. Germany*, cit., § 48 “The Court was confronted with a similar issue in the case of *Engel and others*, which was cited in argument by the representatives”.

tra i due casi – il primo riguardava sanzioni inflitte da un giudice militare (e, si precisa, i ragionamenti svolti in quell’occasione si limitavano ai soli procedimenti militari), mentre il secondo si riferiva ad una multa comminata da un’ autorità amministrativa³¹⁵ – ma ritenendo al contempo che le giustificazioni su cui si era basata la decisione del caso precedente fossero pertinenti, con i dovuti adattamenti, anche con riferimento al caso in questione³¹⁶. I fatti del secondo caso non rientravano quindi nella *ratio decidendi* del primo, ma i ragionamenti adottati potevano ispirare comunque la risoluzione. La Corte ha ritenuto rilevante quel principio, su cui si era fondata la prima pronuncia, secondo il quale la valutazione circa la qualifica di procedimento penale ex articolo 6 della Convenzione deve partire dall’ analisi della legislazione statale, ossia dalla definizione che la legge interna dà al suddetto concetto. Il passo successivo – e necessario – comporta l’ osservazione della natura dell’ offesa e della gravità della pena alla quale l’ individuo rischia di essere sottoposto. In tal modo la Corte EDU ha altresì definito il concetto di “offesa penale”, fino a quel momento vago, facendovi rientrare tutte quelle pene che comportano restrizioni alla libertà individuale, ad eccezione di quelle che, per la loro natura, durata o modalità di esecuzione, non causano un pregiudizio significativo. La Corte, infatti, non cede agli Stati la piena libertà di definizione del suddetto concetto, ossia quello di offesa penale, perché ciò comprometterebbe l’ effettiva tutela garantita dall’ articolo 6 della Convenzione, che sarebbe così soggetta al loro arbitrio³¹⁷.

Altro modello di ragionamento sovente adottato dalla Corte EDU è quello mediante il quale essa richiama quelle regole e quei principi convenzionali adottati in precedenza che, grazie alla loro astrattezza³¹⁸, sono idonei ad essere applicati al caso attuale senza particolari adattamenti. Normalmente, in questi casi, la Corte fa riferimento ad una pluralità di pronunce, non ad una singola. Il tipo di ragionamento adottato è sillogistico/deduttivo: la Corte parte da una premessa maggiore – costituita dalle norme convenzionali astratte – e da una premessa minore – data dalle circostanze fattuali del caso ad essa sottoposto – e conclude applicando al

³¹⁵ *Ivi*, cit., “*The facts of that case admittedly concerned penalties imposed on conscript servicemen and treated as disciplinary according to Netherlands law. In its judgment delivered on 8 June 1976 in that case, the Court was careful to state that it was confining its attention to the sphere of military service (Series A no. 22, p. 34, § 82)*”.

³¹⁶ *Ivi*, cit., “*The Court nevertheless considers that the principles set forth in that judgment (ibid., pp. 33-35, §§ 80-82) are also relevant, mutatis mutandis, in the instant case*”.

³¹⁷ Corte EDU, *Engel and others v. The Netherlands*, cit., § 80-83. Anche in tal caso non si riporta l’ intero testo per necessità di sintesi, il quale si può però consultare su HUDOC – European Court of Human Rights.

³¹⁸ R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 15 che offre una definizione di “interpretazione astratta”, la quale fa riferimento a quell’ attività volta a chiarire una norma senza nessun richiamo ad una fattispecie concreta.

secondo caso i criteri utilizzati nel primo³¹⁹. In queste ipotesi, quindi, non si procede ad un'analisi dei fatti, ma bensì delle disposizioni astratte che si vogliono applicare al caso concreto³²⁰.

Il richiamo operato dalla Corte può avere ad oggetto sia regole e principi elaborati mediante l'interpretazione di una particolare norma convenzionale, sia principi o metodi di interpretazione della Convenzione nel suo insieme³²¹. Nell'esercizio della sua ampia competenza interpretativa, infatti, la Corte offre comunemente spiegazioni riguardo alla giusta interpretazione da attribuire a un diritto riconosciuto dalla Convenzione (spesso costituita da previsioni astratte) e, inoltre, fornisce indicazioni sul metodo da adottare, tra quelli che ha sviluppato³²², per interpretare il testo convenzionale nel suo insieme. Queste spiegazioni offerte dalla Corte, anche se sono enunciate all'interno di una pronuncia su una specifica controversia, si traducono in un'interpretazione astratta della Convenzione, disgiunta dalle circostanze fattuali del caso in cui sono state formulate, e sono considerate, di fatto, incorporate alla Convenzione. Sebbene esse offrano un contenuto più dettagliato rispetto alla norma convenzionale che interpretano, sono comunque espressioni di natura generale e astratta³²³.

Con riferimento all'ipotesi di chiarimenti riguardanti la corretta interpretazione di un diritto convenzionalmente garantito, si può richiamare il caso *Hatton e altri c. Regno Unito*³²⁴,

³¹⁹ Spesso le stesse motivazioni delle decisioni riflettono il ragionamento di tipo sillogistico: esse, infatti, dedicano una prima parte ai principi generali e, successivamente, espongono l'analisi dei fatti in base ai principi generali.

³²⁰ E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme: contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'Homme*, cit., p. 409-411 che parla, con riferimento a tale pratica, di "autoreferenza autoritaria".

³²¹ H. SENDEN, *Interpretation of fundamental rights in a multilevel legal system – An Analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, cit., pp. 44-46

³²² Si possono ad esempio citare le tecniche dell'interpretazione teleologica, o di quella comparativa, o ancora di quella dinamico-evolutiva; oppure il principio interpretativo della tutela concreta ed effettiva dei diritti. Su questo argomento si veda sempre H. SENDEN, *Interpretation of fundamental rights in a multilevel legal system – An Analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, cit. Sempre sulle tecniche e i principi interpretativi si veda inoltre J. G. MERRILS, *The development of international law by the European Court of Human Rights*, Manchester University Press, 1993; F. MATSCHER, *Method of interpretation of the Convention*, in R. ST. J. MACDONALD, F. MATSCHER e H. PETZOLD (a cura di), *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 63-81; F. OST, *The original canons of interpretation of the European Convention on human rights*, in M. DELMAS-MARTY, *The European Convention for the Protection of Human Rights: international protection versus national restrictions*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pp. 283-318.

³²³ M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Editoriale Scientifica, 2007, p. 7-8.

³²⁴ Corte EDU, *Hatton and others v. The United Kingdom*, Application No. 36022/97, judgment, 8 luglio 2003, § 96 "Article 8 protects the individual's right to respect for his or her private and family life, home and correspondence. There is no explicit right in the Convention to a clean and quiet environment, but where an individual is directly and seriously affected by noise or other pollution, an issue may arise under Article 8. Thus, in *Powell and Rayner v. the United Kingdom* (judgment of 21 February 1990, Series A no. 172, p. 18, § 40), where the applicants had complained about disturbance from daytime aircraft noise, the Court held that Article 8 was relevant, since "the quality of [each] applicant's private life and the scope for enjoying the amenities of his home

in occasione del quale la Corte ha citato le sue decisioni passate al fine di rievocare le norme interpretative dell'articolo 8 della Convenzione. La Corte, infatti, chiarisce che sebbene la norma in oggetto non comprenda espressamente il diritto ad un ambiente pulito e silenzioso, qualora un individuo sia gravemente danneggiato a causa di un luogo poco sano, ciò può rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 8. Allo stesso modo, nel caso *Nsona c. Paesi Bassi*³²⁵, la Corte si è riferita ai suoi precedenti in materia di interpretazione dell'articolo 3 della Convenzione. In tali circostanze, le controversie da cui la Corte deduce i principi interpretativi da adottare nel caso specifico vengono semplicemente menzionate, ma non viene fornita una descrizione dei fatti.

Con riguardo all'ipotesi di chiarimenti concernenti il metodo interpretativo da preferire, invece, si può citare la controversia *Chassagnou e altri c. Francia*³²⁶, nella quale la Corte ha richiamato la decisione pronunciata in *Artico c. Italia*, insieme ad altre sentenze, per enfatizzare il principio della tutela pratica ed effettiva dei diritti. In occasione di *Marckx c. Belgio*³²⁷, la Corte si è riferita al precedente *Tyrer c. Regno Unito* al fine di richiamare il principio dell'interpretazione dinamico-evolutiva, secondo il quale la Convenzione è uno strumento vivente da interpretare in considerazione delle circostanze attuali.

Questo modello di ragionamento, nelle tradizioni giuridiche continentali, è definito precedente di interpretazione, che si contrappone a quello di soluzione, in quanto da esso non si estrae la *ratio decidendi* su cui si basa la decisione, ma un principio di diritto astratto idoneo ad essere adottato anche alle controversie successive³²⁸. Esso offre un beneficio significativo

[had] been adversely affected by the noise generated by aircraft using Heathrow Airport". Similarly, in López Ostra v. Spain (judgment of 9 December 1994, Series A no. 303-C, pp. 54-55, § 51) the Court held that Article 8 could include a right to protection from severe environmental pollution, since such a problem might "affect individuals' well-being and prevent them from enjoying their homes in such a way as to affect their private and family life adversely, without, however, seriously endangering their health". In Guerra and Others v. Italy (judgment of 19 February 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-I), which, like López Ostra, concerned environmental pollution, the Court observed that "[the] direct effect of the toxic emissions on the applicants' right to respect for their private and family life means that Article 8 is applicable" (p. 227, § 57)".

³²⁵ Corte EDU, *Nsona v. The Netherlands*, Application No. 23366/94, judgment, 28 novembre 1996, § 92.

³²⁶ Corte EDU, *Chassagnou and others v. France*, Application No. 25008/94, 28331/96, 28443/95, judgment, 29 aprile 1999, § 100 "If Contracting States were able, at their discretion, by classifying an association as "public" or "para-administrative", to remove it from the scope of Article 11, that would give them such latitude that it might lead to results incompatible with the object and purpose of the Convention, which is to protect rights that are not theoretical or illusory but practical and effective (see the *Artico v. Italy* judgment of 13 May 1980, Series A no. 37, pp. 15-16, § 33, and, more recently, the *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey* judgment of 30 January 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-I, pp. 18-19, § 33)".

³²⁷ Corte EDU, *Marckx v. Belgium*, Application No. 6833/74, judgment, 13 giugno 1979, § 41.

³²⁸ M. TROPER, C. GRZEGORCZYK, *Precedent in France*, in D. N. MACCORMINICK e R. S. SUMMERS (a cura di), *Interpreting Precedents - A comparative study*, Ashgate Publishing, 1997, p. 126

in termini di prevedibilità e coerenza e, di conseguenza, anche di persuasione poiché, se le premesse da cui si parte sono considerate vere, queste sono semplicemente applicate alla situazione specifica. Di contro, tuttavia, ci sono alcuni svantaggi. Le peculiarità delle controversie affrontate dalla Corte EDU rendono incerto e possibilmente aleatorio questo ragionamento³²⁹. Le norme non sono sempre interpretate in modo coerente dalla Corte e questo anche in virtù della struttura della stessa, composta da un considerevole numero di giudici che operano, oltretutto, in diverse formazioni. Talvolta, i principi di interpretazione enunciati in un caso non vengono richiamati nelle decisioni successive, oppure vengono citati parzialmente e sprovvisti di motivazione³³⁰. Inoltre, il grado di astrattezza dei principi di interpretazione può essere tale da portare, quando essi vengono applicati alle premesse minori, ad esiti diversi. Infine, quasi mai le premesse maggiori possono essere ritenute vere a priori, soprattutto nell'ambito dei diritti umani, poiché questi coinvolgono valori suscettibili di variazioni nel corso del tempo e nei diversi contesti sociali³³¹.

3. La forza assunta dal precedente nel contesto della Corte EDU.

L'argomento appena trattato è strettamente connesso con quello dell'autorità che viene riconosciuta al precedente nel contesto della Corte EDU poiché, da tale autorità, dipende la portata dell'impegno, richiesto alla Corte, di adeguarsi alla sua giurisprudenza. Prima di procedere con l'analisi del tema, tuttavia, occorre fare qualche premessa.

Come ho già osservato nel primo capitolo di questo elaborato – tutte le sentenze sono dotate di una particolare autorità, ossia quella di cosa giudicata, da cui derivano l'immutabilità e l'obbligatorietà. Nel caso di una sentenza della Corte EDU, tali effetti vengono raggiunti quando essa diventa definitiva *ex* articolo 44 della Convenzione³³², non potendo più essere contestata (giudicato formale) e divenendo obbligatorio darvi esecuzione (giudicato sostanziale). Il contenuto della cosa giudicata si ricava sia dal dispositivo della decisione, sia dalla sua motivazione e, tale autorità, trova riconoscimento nell'articolo 46, § 1, della Convenzione³³³, che limita i suoi effetti alle sole Parti in causa (effetti *inter partes*).

³²⁹ E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme: contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'Homme*, cit., p. 411.

³³⁰ Un esempio è rappresentato dal caso *Adolf v. Austria* (Corte EDU, *Adolf v. Austria*, Application No. 8269/79, judgment, 26 marzo 1982), in cui la Corte non ha fatto menzione dei principi di interpretazione riguardanti la definizione di "offesa penale" *ex* art. 6 CEDU (si vedano in particolare § 30-31); definizione che era stata precedentemente elaborata nel contesto del caso *Engel and others v. The Netherlands*.

³³¹ E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme: contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'Homme*, cit.

³³² Art. 44 CEDU, si veda nota 249.

³³³ Art. 46, § 1, CEDU, si veda nota 262.

Alle sentenze della Corte EDU, inoltre, è riconosciuta una ulteriore autorità, ossia quella di cosa interpretata³³⁴, che dipende dall'interpretazione che la Corte ha elaborato di un certo diritto e che, di conseguenza, acquisisce il medesimo valore della Convenzione³³⁵. Il contenuto della cosa interpretata, a differenza di quella giudicata, si ricava solo dalla motivazione della decisione. Qualora gli Stati Contraenti non si conformassero all'interpretazione resa dalla Corte mediante la sentenza emessa, essi violerebbero una norma internazionale, non la sentenza in sé, poiché questa esplica effetti obbligatori solo nei confronti dei Paesi per cui è stata emessa³³⁶. Tuttavia, l'obbligo di adeguarsi all'interpretazione della Corte EDU grava su tutti i 47 Stati membri del Consiglio d'Europa e, quindi, le sue sentenze – seppur limitatamente all'autorità di cosa interpretata e non anche di cosa giudicata – esplicano in un certo senso anche effetti *erga omnes*.³³⁷ Ed è proprio a quest'ultima autorità, ossia quella di cosa interpretata con effetti *erga omnes*, a cui ci si riferisce quando si discute dell'autorità assunta dal precedente nel contesto della Corte EDU. Questa, tuttavia, nonostante abbia raggiunto un consenso unanime in dottrina, pare non godere di un esplicito riconoscimento giuridico. La Convenzione, anzi, sembra addirittura contrastarla: l'articolo 46 limita gli effetti obbligatori della decisione alle sole Parti in causa; non è previsto, altresì, alcun meccanismo di conformazione degli Stati alle decisioni della Corte EDU, le quali hanno natura meramente dichiarativa e lasciano ai Paesi la scelta delle misure da adottare per darvi esecuzione; infine, nessuna norma vincola la Corte alla sua giurisprudenza. Ciononostante, è possibile ricavare un fondamento almeno indiretto: da un lato,

³³⁴ S. BESSON, *The Erga Omnes Effects of Judgment of the European Court of Human Rights – What's in a Name?*, in S. BESSON (a cura di), *La Cour européenne des droits de l'homme après le Protocole 14*, Schulthess, 2011 pp. 125-175; P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit.; P. PUSTORINO, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1998; F. SUDRE, *Droit européen et international des droit de l'homme*, Press Universitaires de France, 2023, p. 839.

³³⁵ J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2014, p. 1078.

³³⁶ S. BESSON, *Le Cour européenne des droits de l'homme après le Protocole 14*, cit., p. 129.

³³⁷ *Ivi*, p. 132-133. S. BESSON illustra altresì quelle ipotesi in cui, eccezionalmente, si possono individuare anche altre combinazioni tra l'autorità di *res judicata/interpretata*, e gli effetti *erga omnes/inter partes*. È infatti possibile ottenere effetti *inter partes* della *res interpretata* (sia come conseguenza dell'autorità di *res interpretata* che è rivolta a tutti gli Stati Contraenti, compreso quello nei confronti del quale la sentenza è stata emessa, sia come conseguenza dell'autorità di *res judicata*); ed altresì effetti *erga omnes* della *res judicata* (quando l'interpretazione offerta riguarda doveri generali associati a diritti umani imperativi, in tale circostanza non rileva che sia espressa nel dispositivo o nella motivazione della sentenza).

il combinato disposto degli articoli 32³³⁸ e 19³³⁹ della Convenzione – i quali definiscono la funzione della Corte EDU quale interprete del testo convenzionale – potrebbe costituire la base giuridica dell'autorità di *res interpretata* con effetti *erga omnes* delle pronunce della Corte EDU; dall'altro, la pluralità di norme convenzionali che conferiscono rilievo alla giurisprudenza della Corte EDU – quali, ad esempio, gli articoli 28³⁴⁰ e 30³⁴¹ che stabiliscono la competenza delle diverse composizioni – sembrerebbero confermare tale tesi. Inoltre, se è indubbio che l'articolo 46 stabilisce il grado di autorità della *res judicata* delle sentenze – che è appunto limitato alle Parti – esso non si esprime circa la loro autorità di *res interpretata*³⁴². Il vero fondamento giuridico di tale autorità, tuttavia, deve essere ricercata proprio nell'interpretazione della Convenzione offerta dalla Corte EDU la quale, attraverso una lettura combinata degli articoli 41 e 46, è andata assumendo sempre più una funzione di conformazione degli Stati – prassi ben accolta sia da questi ultimi che dal Comitato – orientandoli³⁴³. Inoltre, è ormai chiaro che il ruolo della Corte EDU non si limita a quello di mero organo giudiziario volto a dirimere le controversie che le vengono sottoposte – seppur questa sia la sua funzione primaria – ma anche a quello di interprete delle norme convenzionali, le quali vengono plasmate

³³⁸ Art. 32 CEDU “1. The jurisdiction of the Court shall extend to all matters concerning the interpretation and application of the Convention and the Protocols thereto which are referred to it as provided in Articles 33, 34, 46 and 47. 2. In the event of dispute as to whether the Court has jurisdiction, the Court shall decide. ARTICLE 33 Inter-State cases Any High Contracting Party may refer to the Court any alleged breach of the provisions of the Convention and the Protocols thereto by another High Contracting Party. ARTICLE 34 Individual applications The Court may receive applications from any person, nongovernmental organisation or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the Protocols thereto. The High Contracting Parties undertake not to hinder in any way the effective exercise of this right. ARTICLE 35 Admissibility criteria 1. The Court may only deal with the matter after all domestic remedies have been exhausted, according to the generally recognised rules of international law, and within a period of four months from the date on which the final decision was taken. 2. The Court shall not deal with any application submitted under Article 34 that (a) is anonymous; or (b) is substantially the same as a matter that has already been examined by the Court or has already been submitted to another procedure of international investigation or settlement and contains no relevant new information. 22 23 3. The Court shall declare inadmissible any individual application submitted under Article 34 if it considers that: (a) the application is incompatible with the provisions of the Convention or the Protocols thereto, manifestly ill-founded, or an abuse of the right of individual application; or (b) the applicant has not suffered a significant disadvantage, unless respect for human rights as defined in the Convention and the Protocols thereto requires an examination of the application on the merits. 4. The Court shall reject any application which it considers inadmissible under this Article. It may do so at any stage of the proceedings”.

³³⁹ Art. 19 CEDU “To ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties in the Convention and the Protocols thereto, there shall be set up a European Court of Human Rights, hereinafter referred to as “the Court”. It shall function on a permanent basis”.

³⁴⁰ Art. 28 CEDU stabilisce la competenza dei comitati.

³⁴¹ Art. 30 CEDU stabilisce la rimessione alla Grande Camera.

³⁴² M. BALCERZAK, *The doctrine of precedent in the International Court of Justice and the European Court of Human Rights*, in *The polish yearbook of international law*, 2004, p. 137; M. SHAHABUDDIEN, *Precedent in the World Court*, Cambridge University Press, 1996.

³⁴³ A tal proposito si veda § 1.1 di questo capitolo.

attraverso le sue interpretazioni³⁴⁴. La Corte EDU, più di qualsiasi altra Corte internazionale, svolge un ruolo creativo del diritto, determinato anche dalle peculiarità della sua Convenzione, i cui diritti sono garantiti sotto forma di principi astratti e con nozioni vaghe³⁴⁵.

Dunque, posto che l'autorità del precedente ricade in quella di *res interpretata* con effetti *erga omnes*, e posto altresì che questa trova un debole fondamento nel testo convenzionale ma, soprattutto, nell'interpretazione operata dalla Corte, la questione è ora la seguente: il precedente può considerarsi giuridicamente vincolante? Sul punto, ancora una volta, la dottrina non ha ovviamente alcun dubbio: la Corte EDU non è vincolata dalla sua giurisprudenza³⁴⁶. Sebbene essa sia solita adeguarsi alle sue decisioni passate, infatti, non è affatto obbligata a farlo. Qualora ritenesse che quanto statuito in precedenza fosse errato, ha la facoltà di allontanarsene e la soluzione che adotterà sarà pienamente legittima. Non potrebbe, d'altronde, essere diversamente: un'eventuale previsione che preveda un obbligo, in capo alla Corte EDU, di seguire la sua giurisprudenza, comprometterebbe l'evoluzione del diritto. La Convenzione, oltretutto, a partire dalla sentenza *Tyrer c. Regno Unito*³⁴⁷ risalente alla fine degli anni '70, è considerata uno *strumento vivente da interpretarsi alla luce delle condizioni presenti*. La Corte EDU, dunque, possiede il potere di sovvertire le sue decisioni pregresse, in particolare attraverso la tecnica dell'*overruling* che andrò ad esaminare nel prossimo paragrafo.

Quale forza esplica, quindi, il precedente della Corte EDU? Essa, inoltre, è una mera autorità *de facto* o, al contrario, è dotata di un certo formalismo?

Solitamente, per illustrare l'autorità assunta dal precedente, si fa riferimento al concetto di precedente persuasivo, secondo il quale esso fungerebbe da linea guida per la determinazione delle controversie successive, in virtù di argomentazioni in grado di convincere il giudice ad adeguarsi ad esso. Tuttavia, tale valore pare contrastare con la prassi della Corte EDU. La Corte, infatti, è solita argomentare ampiamente l'impiego del precedente e, oltretutto, attribuisce peso alla risoluzione adottata in passato per il mero fatto di provenire da essa stessa³⁴⁸. Inoltre, le

³⁴⁴ J. GERARDS, J. FLEUREN, *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgment of the ECtHR in national case law – A comparative analysis*, Intersentia, Cambridge, 2014, pp. 1-6.

³⁴⁵ A tal proposito si veda § 1.2. di questo capitolo.

³⁴⁶ E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme: contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'Homme*, cit.; L. WILDHABER, *Precedent in the European Court of human rights*, cit.; F. SUDRE, *Droit européen et international des droit de l'homme*, cit.; M. BALCERZAK, *The doctrine of precedent in the International Court of Justice and the European Court of Human Rights*, cit.

³⁴⁷ Corte EDU, *Tyrer v. The United Kingdom*, Application No. 5856/72, judgment, 25 aprile 1978, § 31: “*The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions*”.

³⁴⁸ R. BRONAUGH, *Persuasive precedent*, in L. GOLDSTEIN (a cura di), *Precedent in Law*, Oxford University Press, New York, 1989, pp. 217-247.

stesse Parti ricorrono ai precedenti della Corte EDU sia per dimostrare che il loro caso è ricompreso nell'ambito in cui il precedente si era espresso, sia per dimostrare eventualmente il contrario. Infine, la forza persuasiva del precedente parrebbe confliggere con le opinioni concorrenti o dissenzienti che i giudici esprimono alla fine di ogni sentenza.

Analizzando la pratica adottata dalla Corte, in alcuni casi i precedenti assumono un'autorità giuridica, poiché offrono motivazioni per la decisione dotata di una forza superiore rispetto al merito e che si differenzia, quindi, dalle motivazioni sostanziali che hanno originariamente portato a quella soluzione. Il precedente, supportando una certa conclusione, rappresenta per la Corte una valida ragione per adottarlo. Esso, inoltre, fornisce un giudizio basato su un bilanciamento delle motivazioni a favore e contro una certa soluzione e, di conseguenza, il giudice decide se rimettersi ad esso. La ragione che sta alla base dell'adozione dipende dal mero fatto che a quella soluzione la Corte è giunta in passato: non tanto, quindi, per il suo contenuto, ma in virtù della loro provenienza³⁴⁹.

4. Il superamento del precedente da parte della Corte EDU.

Come ho avuto modo di notare nei paragrafi precedenti la Corte EDU applica comunemente la sua giurisprudenza, attribuendo ad essa una particolare autorità. Tuttavia, i suoi giudici hanno certamente il potere di discostarsi dalle decisioni prese in passato – qualora emergano eccezioni, vi siano motivi contrari alla loro applicazione o, ancora, quando quella conclusione non appaia più convincente – non essendo la Corte in alcun modo vincolata alla sua giurisprudenza. Procedure idonee a far allontanare i giudici dai propri precedenti, oltretutto, sono presenti anche in quelle tradizioni giuridiche che abbracciano la regola dello *stare decisis* poiché il diritto, in tutti i sistemi del Mondo, è sensibile ai mutamenti della società che evolve. Dunque, ancor più nel contesto della Corte EDU, è indispensabile la previsione di meccanismi volti al superamento delle decisioni pregresse. La prassi adottata dalla Corte, quindi, è quella di seguire i suoi precedenti fin quando, come ha prontamente affermato nella summenzionata sentenza *Cossey c. Regno Unito*, non vi siano *compelling reasons*³⁵⁰, ossia motivi impellenti, per non farlo.

³⁴⁹ G. LAMOND, *Persuasive authority in the law*, in *The Harvard review of philosophy*, Vol. 17, 2010, pp. 16- 35; A. PECZENICK, *The binding force of precedent*, in D. N. MACCORMICK, R. S. SUMMERS, A. L. GOODHART (a cura di), *Interpreting precedent: A comparative study*, Routledge, 2016; F. SCHAUER, *Authority and authorities*, in *Virginia law review*, 2008, pp. 1931-1961.

³⁵⁰ Corte EDU, *Cossey v. the United Kingdom*, cit. § 2.7.

Al fine di discostarsi dai suoi precedenti e, di conseguenza, risolvere diversamente una questione, la Corte EDU adotta un particolare procedimento, il cd. *overruling*. I presupposti di tale meccanismo sono la presenza di un precedente (che può essere una singola decisione o un'ampia giurisprudenza³⁵¹ e che può derivare da qualsiasi composizione della Corte³⁵²); la somiglianza tra i due casi³⁵³ (a prescindere che il caso successivo ricada o meno nella medesima *ratio* di quello precedente, è invece importante che le questioni che questi decidono siano simili); la definitività del precedente; e, infine, che la decisione emessa sia effettivamente innovativa rispetto a quella pregressa, sussistendo antagonismo tra le due³⁵⁴.

Il fatto che il precedente, pur non essendo vincolante, assuma una sorta di autorità giuridica, come si è potuto osservare nello scorso paragrafo, può essere dedotto dal sistema convenzionale, il quale ha previsto modalità e ragioni per discostarsi dalle pronunce anteriori.

L'articolo 30 della Convenzione, infatti, stabilisce che “*Where a case pending before a Chamber raises a serious question affecting the interpretation of the Convention or the Protocols thereto, or where the resolution of a question before the Chamber might have a result inconsistent with a judgment previously delivered by the Court, the Chamber may, at any time before it has rendered its judgment, relinquish jurisdiction in favour of the Grand Chamber*”, sostenendo, dunque, che l'*overruling* sia una prerogativa della Grande Camera. Allo stesso modo, l'articolo 72 del Regolamento della Corte, rubricato “*Dichiarazione di incompetenza a favore della Grande Camera*”, conferma quanto stabilito dal testo convenzionale³⁵⁵. Solo in casi eccezionali, ossia qualora una delle parti si opponga alla rimessione del caso, le Sezioni semplici possono procedere all'*overruling*³⁵⁶.

Quanto alle ragioni che giustificano l'abrogazione del precedente, la Corte EDU è solita impiegarne essenzialmente tre.

³⁵¹ A tal proposito è bene ricordare che la Corte ha interpretato il concetto di “giurisprudenza consolidata”, recepito poi dal Protocollo XIV, ritendendo che vi rientrano sia una serie di decisioni, che una singola sentenza che risolve una questione di principio.

³⁵² Una sentenza emessa dalla Grande Camera, chiaramente, ha una rilevanza maggiore, ma le decisioni pronunciate dalla Corte assumono la qualifica di precedente qualsiasi sia la composizione con cui sono state adottate.

³⁵³ R. S. SUMMERS, E. SVEIN, *Departures from precedent*, in N. MACCORMICK, R. S. SUMMERS (a cura di), *Interpreting precedent*, cit., pp. 520-521.

³⁵⁴ La Corte a volte qualifica come nuove decisioni che, in realtà, non contrastano con quelle precedenti. A tal proposito si veda K. LUCAS-ALBERNI, *Le revirement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 526 ss.

³⁵⁵ Art. 72, § 2, Regolamento della Corte “*Where the resolution of a question raised in a case before the Chamber might have a result inconsistent with the Court's case-law, the Chamber shall relinquish jurisdiction in favour of the Grand Chamber*”.

³⁵⁶ E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme: contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'Homme*, cit.

Innanzitutto, quando la comprensione di un certo termine risulta ambigua, la Corte propone un'interpretazione alternativa e autonoma con l'obiettivo di preservare la certezza del diritto e garantire la stabilità giuridica³⁵⁷. Nel caso *Pellegrin c. Francia*, ad esempio, la Corte si è trovata, nuovamente, a chiarire l'ambito di applicazione dell'articolo 6 della Convenzione relativo al diritto a un equo processo. Pellegrin, il quale lavorava per il Ministero, aveva fatto ricorso alla Corte lamentando l'eccessiva durata di un processo instaurato tra lui e il suo datore di lavoro. La Grande Camera, dunque, ai fini dell'accoglimento della domanda, ha dovuto valutare se le liti tra dipendenti pubblici e Stato ricadono nella sfera di protezione offerta dall'articolo 6. Riferendosi alla sua giurisprudenza, la Corte ha inizialmente sottolineato come tali controversie non rientrino tra i diritti e i doveri garantiti dalla norma in questione³⁵⁸ ma, tuttavia, ha riconosciuto l'incertezza di questo principio³⁵⁹ e ha dichiarato di voler quindi risolvere tale ambiguità. Mediante un approccio funzionale la Corte si allontana dai suoi precedenti, sviluppando un'interpretazione diversa dell'espressione "dipendente pubblico" secondo cui Pellegrin sarebbe estraneo all'applicazione dell'articolo 6 in quanto depositario di doveri connessi alla salvaguardia degli interessi pubblici³⁶⁰. Questa decisione, tuttavia, fu superata dalla sentenza *Vilho Eskelinen e altri c. Finlandia*, nella quale la Corte ha ritenuto che il precedente non avesse in realtà messo fine all'incertezza dell'articolo 6 della Convenzione e, di conseguenza, ha proposto una nuova interpretazione. Secondo la Corte l'applicazione o meno della norma in oggetto dipenderebbe dalla dimostrazione, da parte dello Stato, che la sua legge esclude la giurisdizione della Corte EDU con riferimento a quella professione e che tale estromissione sia motivata da valide ragioni di interesse nazionale³⁶¹. Nel caso specifico, che

³⁵⁷ A. MOWBRAY, *An Examination of the European Court of Human Rights' Approach to Overruling its Previous Case Law*, in *Human Rights Law Review*, Vol. 9, 2009, pp. 179-201, consultabile sul sito <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngp006>

K. LUCAS-ALBERNI, *Le revirement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit.

³⁵⁸ Corte EDU, *Pellegrin v. France*, Application No. 28541/95, judgment, 8 dicembre 1999, § 59 "As the Court has noted in previous cases, in the law of many member States of the Council of Europe there is a basic distinction between civil servants and employees governed by private law. This has led the Court to hold that "disputes relating to the recruitment, careers and termination of service of civil servants are as a general rule outside the scope of Article 6 § 1" (see, for example, the *Massa v. Italy* judgment of 24 August 1993, Series A no. 265-B, p. 20, § 26)".

³⁵⁹ *Ivi*, § 60 "The Court considers that, as it stands, the above case-law contains a margin of uncertainty for Contracting States as to the scope of their obligations under Article 6 § 1 in disputes raised by employees in the public sector over their conditions of service".

³⁶⁰ *Ivi*, § 66 "The Court therefore rules that the only disputes excluded from the scope of Article 6 § 1 of the Convention are those which are raised by public servants whose duties typify the specific activities of the public service in so far as the latter is acting as the depositary of public authority responsible for protecting the general interests of the State or other public authorities".

³⁶¹ Corte EDU, *Vilho Eskelinen and others v. Finland*, Application No. 63235/00, judgment, 19 aprile 2007, § 62 "To recapitulate, in order for the respondent State to be able to rely before the Court on the applicant's status as a civil servant in excluding the protection embodied in Article 6, two conditions must be fulfilled. Firstly, the State

riguarda un ufficiale di polizia, la Corte ha quindi concluso per l'applicazione articolo 6 della Convenzione.

In secondo luogo, la Corte si allontana da un suo precedente quando ravvisa l'esigenza di affrontare l'elevato numero di istanze, presentate davanti ad essa, che potrebbe compromettere la sua efficienza e, in generale, la stabilità del sistema europeo di protezione dei diritti umani³⁶². Nel caso *Kudla c. Polonia*, ad esempio, la Grande Camera ha esaminato uno dei numerosi reclami riguardanti l'irragionevole durata dei processi nazionali. La Corte, in quell'occasione, si è discostata dalla sua giurisprudenza proponendo una nuova interpretazione dell'articolo 13 della Convenzione³⁶³, relativo al diritto ad un effettivo rimedio domestico, ritenendo fallimentare assicurare la ragionevole durata del processo solo ai sensi dell'articolo 6, com'era sempre stato fatto in precedenza³⁶⁴.

In terzo luogo, la Corte si discosta da un suo precedente quando emergono nuove situazioni o la disciplina internazionale si evolve tanto da rendere ormai obsoleta la sua giurisprudenza. Si tratta della ragione principale che porta la Corte EDU, ma in generale i giudici di qualsiasi sistema giuridico, a superare le decisioni passate³⁶⁵. La Corte sottolinea chiaramente, come è stato osservato più volte, che “*the Convention is a living instrument which [...] must be interpreted in the light of present-day conditions*”³⁶⁶ – indirizzandosi, quindi, verso un'interpretazione dinamico-evolutiva – e che una deviazione dal precedente è ammessa “*in order to ensure that the interpretation of the Convention reflects societal changes and remains in line with present-day conditions*”³⁶⁷.

in its national law must have expressly excluded access to a court for the post or category of staff in question. Secondly, the exclusion must be justified on objective grounds in the State's interest”.

³⁶² K. LUCAS-ALBERNI, *Le revirement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit.; A. MOWBRAY, *An Examination of the European Court of Human Rights' Approach to Overruling its Previous Case Law*, cit.

³⁶³ Art. 13 CEDU “*Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity*”.

³⁶⁴ Corte EDU, *Kudla v. Poland*, Application No. 30210/96, judgment, 26 ottobre 2000, § 148 “*In the Court's view, the time has come to review its case-law in the light of the continuing accumulation of applications before it in which the only, or principal, allegation is that of a failure to ensure a hearing within a reasonable time in breach of Article 6 § 1*”.

³⁶⁵ R. S. SUMMERS, E. SVEIN, *Debarures from precedent*, in N. MACCORMICK, R. S. SUMMERS (a cura di), *Interpreting precedent*, cit.

³⁶⁶ Il concetto della Convenzione come “*living instrument*” è stato delineato dalla Corte EDU nella sentenza *Tyrer c. Regno Unito* (Corte EDU, *Tyrer v. The United Kingdom*, cit., § 31) ed è stato poi continuamente rievocato dalla Corte nelle sue sentenze successive.

³⁶⁷ Corte EDU, *Cossey v. the United Kingdom*, cit., § 35.

5. Il rilievo della giurisprudenza della Corte EDU nell'ordinamento italiano.

A questo punto occorre tornare su un tema che, alla fine del primo capitolo di questo elaborato, era stato lasciato in sospeso, ossia il valore che la giurisprudenza della Corte EDU assume negli ordinamenti nazionali, in particolare in quello italiano. Tale valore non dipende unicamente dal precedente in sé, ma altresì dal sistema giudiziario che lo adotta e, soprattutto, dai meccanismi di adeguamento previsti. Al di là delle sentenze che la Corte pronuncia nei confronti dell'Italia che, in virtù del più volte citato articolo 46 della Convenzione, sono vincolanti e devono, quindi, essere eseguite dallo Stato, come interagisce l'ordinamento italiano con la giurisprudenza della Corte, composta dall'insieme delle sentenze da questa emesse? Le decisioni con cui la Corte si è pronunciata nei confronti di altri Paesi non obbligano l'Italia ma, tuttavia, esercitano una certa influenza su tutti i Paesi Contranti. È bene ricordare, infatti, che la Corte, attraverso la sua giurisprudenza, definisce le norme della Convenzione e, di conseguenza, nell'applicazione di quest'ultima è indispensabile tenere conto dell'interpretazione dei suoi giudici che, com'è stato osservato più volte, assume per tali ragioni una particolare autorità.

Nel nostro sistema, prima della legge di riforma costituzionale del 2001, le norme convenzionali, una volta recepite mediante un apposito ordine di esecuzione adottato con legge ordinaria, erano equiparate all'atto medesimo; mentre oggi assumono il valore di norma interposta, concorrendo ad integrare il parametro di legittimità costituzionale. La legge costituzionale 3/2001³⁶⁸, che ha riformato il Titolo V della nostra Costituzione, ha modificato il primo comma dell'articolo 117³⁶⁹, il quale ha imposto il rispetto degli obblighi internazionali allo Stato e alle Regioni nell'esercizio della loro funzione legislativa. Per la prima volta, quindi, è stato previsto un vincolo costituzionale a conformarsi ai doveri derivanti dal diritto internazionale pattizio che, tuttavia, ha generato diverse problematiche applicative in capo agli interpreti interni, richiedendo l'inevitabile intervento della Consulta. Così nel 2007, con le famose sentenze gemelle nn. 348 e 349, la Corte Costituzionale è intervenuta per contrastare quella tendenza, che si stava diffondendo tra i giudici interni, di non applicare la disciplina nazionale che si poneva in antitesi con quella derivante dalla Convenzione europea.

Appare utile riportare alcuni passaggi importanti delle suddette sentenze che chiariscono il punto di vista del nostro giudice delle leggi. La Corte Costituzionale ha innanzitutto precisato

³⁶⁸ Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 "Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione".

³⁶⁹ Art. 117, co. 1, Cost. "La potestà legislativa è esercitata dallo Stato [70 e segg.] e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali".

che “le norme CEDU [...] pur rivestendo grande rilevanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell’ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto”³⁷⁰. I tribunali nazionali, quindi, sono tenuti a seguire percorsi differenti che la Corte ha prontamente illustrato. Innanzitutto “al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme”³⁷¹. La Corte, in altre parole, ha riconosciuto alla Convenzione europea e ai suoi Protocolli la propensione ad essere considerate come guida per l’interpretazione convenzionalmente orientata del diritto nazionale³⁷². Ma essa, subito dopo aver imposto al giudice la prassi da adottare, ha altresì precisato che “Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale ‘interposta’, egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell’art. 117, primo comma”³⁷³.

Altro passaggio rilevante ai nostri fini è quello in cui la Corte ha voluto puntualizzare che “Poiché [...] le norme della CEDU vivono nell’interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea, la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell’interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata. Si deve peraltro escludere che le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali. Tale controllo deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall’art. 117, primo comma, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione”³⁷⁴.

Ogni giudice interno, inclusa la stessa Consulta, ha il dovere di osservare le norme della Convenzione europea, la quale, però, acquista significato solo nella misura in cui è interpretata dalla Corte EDU, le cui sentenze sono insindacabili quanto alla definizione che esse danno alle norme convenzionali³⁷⁵. Tuttavia, la Corte Costituzionale ha voluto smentire l’idea che la Corte

³⁷⁰ Corte Cost., sentenza n. 348 del 24/10/2007, § 3.3.

³⁷¹ Corte Cost., sentenza n. 349 del 24/10/2007, § 6.2.

³⁷² D. TEGA, *La Cedu nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2007.

³⁷³ Corte Cost., sentenza n. 349, cit., § 6.2.

³⁷⁴ Corte Cost., sentenza n. 348, cit., § 4.7.

³⁷⁵ Corte Cost., sentenza n. 348/2007; Corte Cost., sentenza n. 349/2007; Corte Cost., sentenza n. 39 del 27/2/2008.

EDU potesse detenere un esclusivo controllo sull'interpretazione del testo convenzionale³⁷⁶ e ha tracciato un *framework* mirato a promuovere un'armoniosa integrazione tra i due ordinamenti – quello nazionale e quello europeo – con l'obiettivo di facilitare il cd. dialogo tra le Corti³⁷⁷ e garantire così sia la conformità al diritto sovranazionale che la salvaguardia delle caratteristiche distintive del sistema interno.

È in tal contesto che si inserisce la sentenza costituzionale n. 49 del 2015 la quale, ai nostri fini, è rilevante in quanto in essa la Corte ha individuato i casi in cui i tribunali interni sono vincolati dai precedenti della Corte EDU. La sentenza chiarisce che “È [...] solo un 'diritto consolidato', generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo”³⁷⁸. Dunque, i giudici italiani sarebbero vincolati a seguire la giurisprudenza di Strasburgo solo quando questa sia espressione di un diritto consolidato o di una sentenza pilota e purché emerga una norma convenzionale conforme alla nostra Carta fondamentale³⁷⁹. Qualora il tentativo di interpretazione conforme risultasse vano, sempre che si tratti di giurisprudenza europea consolidata, il giudice ha il dovere di sollevare questione di legittimità costituzionale. Nel caso di sentenze isolate o che non riflettono una posizione ormai stabile, invece, non sussiste alcun vincolo ermeneutico in capo al giudice, che è tenuto solo ad adottare un'interpretazione in linea con la Costituzione³⁸⁰.

La Consulta, con tale sentenza, ha voluto ridimensionare la posizione precedentemente assunta nel 2007, atteggiamento poco gradito a Strasburgo che, con la sentenza *G.I.E.M. e altri c. Italia*³⁸¹, ha ribadito con forza che le sue pronunce hanno tutte la medesima autorità giuridica ed efficacia vincolante³⁸².

³⁷⁶ E. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, Giuffrè Editore, MARINELLI Milano, 2010, p. 192.

³⁷⁷ M. G. CIVININI, *Il valore del precedente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in F. BUFFA e M. G. CIVININI (a cura di), *La Corte di Strasburgo*, cit., p. 130.

³⁷⁸ Corte Cost., sentenza n. 49 del 26/03/2015, § 7.

³⁷⁹ D. TRABUCCO, *Tutela multilivello dei diritti e sistema delle fonti nei rapporti tra la CEDU e l'ordinamento italiano. Verso un ritorno ai criteri formali-estratti a garanzia della superiorità della costituzione?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2018, pp. 26-27. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>.

³⁸⁰ *Ibidem*.

³⁸¹ Corte EDU, *G.I.E.M. and others v. Italia*, Application No. 1828/06, judgment, 28 giugno 2018.

³⁸² F. PERRONE, *Il valore del precedente della Corte Edu nella giurisprudenza nazionale: profili di assimilazione e distinzione rispetto al precedente della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 3/2022, p. 5.

CAPITOLO IV

IL RUOLO DEL PRECEDENTE NELL'ARBITRATO DI INVESTIMENTI

SOMMARIO: 1. Una panoramica sul sistema di risoluzione delle controversie nel diritto internazionale degli investimenti con particolare riferimento all'arbitrato – 2. Gli ostacoli al sistema del precedente nell'arbitrato internazionale di investimento – 3. La rilevanza della giurisprudenza arbitrale – 4. Ricorso al precedente: il modo e le ragioni dell'affidamento da parte dei tribunali arbitrali – 5. Lodi contrastanti: perché i tribunali non si conformano alla giurisprudenza arbitrale? – 6. L'influenza della giurisprudenza sui diritti e sugli obblighi degli Stati – 7. La proposta della Commissione europea per l'istituzione di una Corte multilaterale di investimento

1. Una panoramica sul sistema di risoluzione delle controversie nel diritto internazionale degli investimenti con particolare riferimento all'arbitrato.

Il diritto dei contendenti di ottenere un accordo imparziale è un principio incontestabile nel diritto internazionale degli investimenti, ossia uno dei settori più importanti del diritto internazionale dell'economia, poiché contribuisce ad armonizzare e tutelare i contrastanti interessi coinvolti. Da una parte l'interesse dello Stato ospitante, ossia lo Stato di destinazione dell'investimento, ad incoraggiare gli investimenti stranieri, con l'obiettivo di potenziare la propria crescita economica ma, al contempo, con la garanzia di poter affrontare su un piano di parità le eventuali controversie che potrebbero insorgere con lo Stato dello straniero. Dall'altra l'interesse dell'investitore straniero a invocare, per gli eventuali danni subiti a seguito degli investimenti fatti nel territorio dello Stato ospitante, una giurisdizione imparziale.

I meccanismi messi a disposizione delle parti nelle liti legate agli investimenti comprendono la protezione diplomatica, la risoluzione attraverso i tribunali interni del Paese ospitante e l'arbitrato di investimento.

La protezione diplomatica³⁸³, storicamente, è stata ritenuta la soluzione migliore per conciliare le suddette esigenze in conflitto. Con essa, l'investitore che ritiene che lo Stato ospitante abbia violato gli accordi presi, ha la facoltà di sollecitare lo Stato di appartenenza ad agire in via diplomatica, per la risoluzione pacifica della controversia insorta. Se quest'ultimo ne ravvisa l'opportunità, avvia un processo di negoziazione con lo Stato ospitante, al fine di

³⁸³ G. SACERDOTI, *Alternative all'arbitrato degli investimenti: protezione diplomatica e arbitrato interstatale*, in D. MANTUCCI (diretto da), *Trattato di Diritto dell'Arbitrato*, Vol. XIII, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2020, pp. 1 ss.

giungere ad un accordo risolutivo. Non è quindi l'investitore straniero ad agire nei confronti dello Stato ospitante, ma il suo Stato d'origine. Quest'ultimo, tuttavia, potrebbe anche decidere di non intervenire se ritiene che non vi siano i presupposti per farlo, essendo il suo intervento puramente discrezionale. Inoltre, anche qualora lo Stato decidesse di agire, il risarcimento per i danni subiti dall'investitore sarebbe concordato con la controparte. Le autorità coinvolte, dunque, raggiungono un autentico accordo politico, ossia basato su obiettivi di politica estera, che l'investitore non può in alcun modo supervisionare. Inoltre, tale meccanismo, può essere attuato qualora l'investitore abbia già esperito tutti i rimedi interni offerti dallo Stato ospitante. I suddetti limiti che gravano sulla protezione diplomatica hanno portato, inevitabilmente, al suo lento declino.

Un'alternativa è offerta dalla risoluzione attraverso i tribunali interni del Paese ospitante, ma anch'essa presenta alcune sfide. A destare preoccupazione è il legame che intercorre tra l'organo giudicante e lo Stato parte della disputa che potrebbe, ragionevolmente, compromettere l'imparzialità del giudice, a favore degli interessi dello Stato ospitante e a discapito di quelli dell'investitore.

D'altro canto, l'arbitrato di investimento³⁸⁴, detto anche ISDS (acronimo inglese di *Investor State Dispute Settlement*), offre vantaggi significativi, primi tra tutti l'imparzialità dell'arbitro e la parità di trattamento tra le parti in causa. Con tale meccanismo, infatti, l'investitore può convenire, davanti a un tribunale arbitrale terzo ed imparziale, lo Stato nel quale ha fatto l'investimento, qualora quest'ultimo abbia violato i diritti a lui riconosciuti dal diritto, sia internazionale che interno.

Termini e condizioni per poter accedere all'arbitrato internazionale sono contenuti, oltre che in norme interne, anche nei cd. IIAs (dall'inglese *International Investment Agreements*), ossia il complesso degli accordi internazionali di investimento, principalmente formati dai trattati bilaterali di investimento – i cd. BITs, da *Bilateral Investment Treaties* – e dagli accordi bilaterali o multilaterali di libero scambio – i cd. FTAs, da *Free Trade Agreements*. Questi ultimi costituiscono la maggior parte dei trattati con disposizioni in materia di investimento, chiamati anche TIPs (*Treaties with Investment Provisions*). Inoltre, il meccanismo ISDS è regolamentato dalla Convenzione per la composizione delle controversie relative agli investimenti fra Stati e stranieri, comunemente detta Convenzione di Washington o

³⁸⁴ C. MCLACHLAN, L. SHORE e M. WEINIGER, *International Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2000; M. DELMAS-MARTY; Z. DOUGLAS, *Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*, in *British Yearbook of International Law*, Vol. 74, cap. 1, 2003, pp. 152-184; L. PARADELL, L. LUCCHESI, *L'arbitrato tra investitori e stati ospiti. I BIT e l'ICSID*, in D. MANTUCCI (diretto da), *Trattato di Diritto dell'Arbitrato*, cit., pp. 31 ss.

Convenzione ICSID, in vigore dal 14 ottobre 1966. Si tratta di un accordo che ha istituito il Centro internazionale per la risoluzione delle controversie in materia di investimento (abbreviato ICSID, dall'inglese *International Centre for Settlement of Investment Disputes*) che ha dato origine al meccanismo dell'arbitrato di investimenti, prima di allora non previsto tra i sistemi di scioglimento di tali dispute (erano invece previsti la protezione diplomatica e il ricorso ai tribunali interni dello Stato ospitante che tuttavia presentavano, e tutt'oggi presentano, i limiti che ho già illustrato).

La convenzione di Ginevra del 1961 sull'arbitrato internazionale commerciale distingue due forme di arbitrati internazionali: l'arbitrato *ad hoc* e l'arbitrato amministrato. Nel primo le parti coinvolte possono decidere tutti gli aspetti del processo, tra cui la scelta della legge applicabile, delle regole procedurali e del luogo dell'arbitrato; approccio che, tuttavia, richiede approfondite conoscenze giuridiche da parte degli interessati. Nel secondo il processo è gestito da un'istituzione arbitrale³⁸⁵, la quale crea un apposito regolamento a cui le parti si sottopongono e svolge un ruolo di supporto durante l'intero svolgimento del processo. In entrambi i casi l'arbitro giudica e decide in modo del tutto autonomo ed imparziale la questione sottopostagli e la scelta tra le due forme è rimessa, esclusivamente, alla volontà delle parti. La forma a cui si fa maggiormente ricorso è quella innanzi all'ICSID, ma l'arbitrato di investimento non è una sua prerogativa. Numerosi casi, infatti, vengono gestiti da istituzioni arbitrali diversi dall'ICSID, oppure direttamente dalle parti mediante il ricorso ad arbitrati *ad hoc*, solitamente pilotati dal regolamento adottato dalla Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (il cd. regolamento UNCITRAL) – il quale, del resto, può gestire anche gli arbitrati amministrati da istituzioni diverse dall'ICSID qualora queste non adottassero propri regolamenti arbitrali – che fornisce un insieme di linee guida, circa le procedure, su cui le parti possono basarsi. Inoltre, aggiungo, gli arbitrati ICSID, ossia quelli amministrati dal Centro, seguono principalmente gli *ICSID Additional Facility Rules*, cioè i regolamenti da esso redatti, ma anche regolamenti contenenti regole non ICSID, tra cui proprio il regolamento UNCITRAL.

Fino a oggi, i risultati hanno evidenziato il notevole successo del meccanismo arbitrale nell'ambito degli investimenti, idoneo a raggiungere i medesimi obiettivi dei sistemi di risoluzione tradizionali, ossia la protezione diplomatica e i ricorsi giurisdizionali, ma senza le

³⁸⁵ Il Centro internazionale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti, o ICSID, costituisce l'istituzione a cui si fa più frequentemente ricorso; ma ci sono anche altre istituzioni, come ad esempio la Corte permanente di arbitrato (PCA).

criticità che da essi discendono. Esso, infatti, oltre a garantire la neutralità del procedimento e, quindi, l'equità della soluzione grazie alla terzietà dell'organo giudicante rispetto alle parti, offre per giunta altri notevoli vantaggi: permette alle parti di concordare la legge applicabile (sia quella sostanziale che quella procedurale); assicura un processo più trasparente che gli avversari possono facilmente controllare; garantisce la segretezza degli investimenti effettuati in quanto, salvo il caso in cui le parti autorizzino la pubblicazione della decisione, il processo si svolge privatamente; infine è dotato di un sistema decisamente più celere che si concretizza con una decisione vincolante tra le parti e, in linea di massima, non impugnabile (sono comunque previsti, in casi eccezionali, mezzi in grado annullare il lodo arbitrale).

Le parti coinvolte nella controversia sugli investimenti possono scegliere di rivolgersi all'arbitrato attraverso diverse modalità. La prima è rappresentata dall'accordo diretto delle parti, racchiuso nel contratto di investimento, mediante il quale esse prevedono di comune accordo che, in caso di liti future, le questioni dovranno essere risolte tramite arbitrato, individuando altresì l'organo arbitrale a cui intendono riferirsi. È possibile, inoltre, che lo Stato ospitante preveda – in un accordo internazionale sugli investimenti o in una legge nazionale – un'offerta generale di arbitrato a tutti gli investitori stranieri, offerta che viene considerata accettata quando l'investitore esprime il proprio consenso. Infine, si prevede che lo Stato di appartenenza dell'investitore e lo Stato ospitante possano raggiungere un compromesso di arbitrato, ossia decidere di sottoporre ad arbitrato una disputa già sorta tra loro.

Dopo questa indispensabile, anche se non esaustiva, panoramica circa il sistema di risoluzione delle controversie internazionali in materia di investimenti è giunto il momento di analizzare il ruolo svolto dalle decisioni arbitrali precedenti in questo specifico settore.

2. *Gli ostacoli al sistema del precedente nell'arbitrato internazionale di investimento.*

Nell'ambito del diritto internazionale degli investimenti e del suo sistema di risoluzione delle controversie, in particolar modo con riferimento all'arbitrato, il ruolo del precedente giudiziale è un tema decisamente complesso. In tal contesto, infatti, vengono istituiti caso per caso tribunali arbitrali *ad hoc* che, per dirimere le controversie, devono applicare un'intricata combinazione di regole appartenenti, oltreché al diritto internazionale, anche al diritto pattizio e a quello nazionale³⁸⁶. La mancata stabilità dei tribunali arbitrali – che difettano del requisito

³⁸⁶ In tal senso si veda l'art. 42, § 1, della Convenzione ICSID “*The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable*”.

della permanenza – e il complesso assetto normativo dal quale le controversie in materia di investimenti discendono – che senz’altro non agevolano il problema circa la legge da applicare a ciascun caso – rendono decisamente tortuoso il ricorso al precedente in tal settore. Ai suddetti ostacoli dottrinali sulla strada dello sviluppo del sistema dei precedenti si aggiunge, per giunta, la mancanza di piena trasparenza dell’arbitrato di investimento³⁸⁷: la pubblicazione delle decisioni arbitrali – come stabilisce l’art. 48, paragrafo 5, della Convenzione ICSID³⁸⁸ – è infatti rimessa alla volontà delle parti. Una tappa fondamentale nell’affermazione del principio di trasparenza nell’ambito in esame è rappresentata dalla Convenzione delle Nazioni Unite sulla trasparenza nell’arbitrato degli investimenti, nota come Convenzione di Mauritius, la cui portata, tuttavia, dipenderà esclusivamente dal numero di Stati che procederanno alla sua ratifica³⁸⁹. Inoltre, anche un’adozione più ampia della Convenzione di Mauritius e, di conseguenza, una più ampia applicazione delle norme UNCITRAL sulla trasparenza nell’arbitrato tra investitori e Stato non aprirà, da sola, la strada al futuro sviluppo di un sistema di precedenti nell’arbitrato degli investimenti stranieri. Il principale ostacolo, infatti, è rappresentato dal quadro normativo della materia che è, per sua stessa natura, frammentato³⁹⁰. Esso, infatti, è costituito dai già menzionati accordi che disciplinano la materia degli investimenti internazionali (IIAs), composto da migliaia di trattati bilaterali sugli investimenti (BITs) e da centinaia di trattati commerciali con disposizioni in materia di investimenti (TIPs), come gli accordi di libero scambio (FTAs) ma anche molti altri. Inoltre, l’arbitrato di investimenti è disciplinato anche dalla Convenzione di Washington (o Convenzione ICSID) che, come ho già anticipato, ha istituito il centro internazionale per la risoluzione di controversie relative agli investimenti (ICSID), al quale molti IIAs fanno peraltro richiamo come mezzo arbitrale da adottare.

La Convenzione ICSID non viene mai applicata da sola e non stabilisce criteri sostanziali per la salvaguardia degli investimenti stranieri; perciò, il problema della frammentarietà si riscontra sia negli arbitrati degli investimenti amministrati al di fuori dell’ICSID e sia all’interno del sistema ICSID. La vasta gamma di strumenti sostanziali, dunque, rende difficile attingere strutturalmente a casi precedenti. Tuttavia, è evidente che molti

³⁸⁷ A. REINISCH, *Investment Arbitration – The Role of Precedent in ICSID Arbitration*, in C. KLAUSEGGER, P. KLEIN, F. KREMSLEHNER, A. PETSCHKE, N. PITKOWITZ, J. POWER, I. WELSER e G. ZEILER, *Austrian Arbitration Yearbook 2008*, Stämpfli Verlag, 2008, p. 496.

³⁸⁸ Art. 48, § 5, della Convenzione ICSID “*The Centre shall not publish the award without the consent of the parties*”.

³⁸⁹ Ad oggi i Paesi sono 5, ossia Cameroon, Canada, Gambia, Mauritius e Switzerland.

³⁹⁰ I. M. TEN CATE, *The Costs of Consistency: Precedent in Investment Treaty Arbitration*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 51, 2013, pp. 424–425.

degli accordi presentano testi e strutture analoghe, agevolando il ricorso alle decisioni precedenti nei casi successivi.

Inoltre, si deve considerare che gli IIAs sono, tra loro, in una posizione di parità. Di conseguenza, le decisioni emesse dai vari tribunali arbitrali che affrontano questioni relative alla tutela degli investimenti, che fanno derivare la loro giurisdizione da diversi IIAs, hanno pari valore. Non esiste, dunque, una gerarchia dei lodi arbitrali. Inoltre, non è presente un organo d'appello arbitrale e i comitati di annullamento dell'ICSID operano autonomamente³⁹¹. Determinare la rilevanza delle decisioni arbitrali, quindi, è un compito affidato alla discrezione degli avvocati e degli arbitri, i quali possono attribuire ad esse valori differenti basandosi su fattori del caso specifico. I tribunali arbitrali, in effetti, possono prendere spunto da casi precedenti – cosa che solitamente fanno quando si occupano di questioni simili o quando le decisioni sono state emanate dai medesimi arbitri – ma non sono vincolati ad essi. La persuasività delle precedenti decisioni arbitrali è, nella maggior parte dei casi, oggetto di dibattito tra le parti. In altre parole, in mancanza di linee guida formali, sono i soggetti a conferire valore o meno ai lodi precedenti.

3. La rilevanza della giurisprudenza arbitrale.

Ciò premesso, il precedente ha comunque trovato uno spazio nell'arbitrato degli investimenti stranieri acquisendo un'elevata importanza pratica.

Sebbene, a causa dell'assenza dell'obbligo di pubblicazione, i lodi arbitrali a cui poter far riferimento siano relativamente pochi, ciò che rileva è la loro qualità e, dunque, la loro capacità persuasiva. Essi, infatti, pur non essendo propriamente norme, possono favorire la formulazione di leggi migliori, più evolute³⁹².

Inoltre, sembra che i tribunali arbitrali non risentano della mancanza di stabilità che li contraddistingue e che operino come se appartenessero ad un sistema coeso³⁹³. A dimostrazione

³⁹¹ La richiesta di sospensione, revisione o annullamento di un lodo ICSID può essere avanzata solo presso il Centro. La Convenzione ICSID, all'art. 52, § 1, elenca i motivi tassativi per cui è possibile invalidare la decisione arbitrale stabilendo che “*Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds: (a) that the Tribunal was not properly constituted; (b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers; (c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal; (d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or (e) that the award has failed to state the reasons on which it is based*”. La decisione circa l'annullamento è affidata a un Comitato *ad hoc* di tre membri scelti dal Presidente del Centro. È bene sottolineare che la procedura indicata non è un processo di appello, ma piuttosto un metodo per riesaminare e annullare i lodi.

³⁹² J. PAULSSON, *The Role of Precedent in Investment Treaty Arbitration*, in K. YANNACA-SMALL (a cura di), *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, 2^a ed., Oxford, 2015, § 4.59.

³⁹³ F. M. PALOMBINO, *Il trattamento “giusto ed equo” degli investimenti stranieri*, Bologna, 2012, p. 195.

di ciò, infatti, i vari tribunali – ICSID e UNCITRAL – impiegano le decisioni degli altri dando loro la stessa autorità che attribuiscono alla giurisprudenza interna³⁹⁴.

Per di più, quando l'arbitro risolve un caso, adeguandosi alle decisioni passate o discostandosi da esse giustificando la sua scelta, legittima la sua risoluzione. Egli, infatti, genera un sentimento di accettazione nella società, che percepisce la decisione come giusta e conforme al diritto internazionale³⁹⁵. Si parla, a tal proposito, di *social legitimacy*³⁹⁶.

Ulteriore conferma dell'importanza della giurisprudenza arbitrale nel sistema ISDS è la genericità di molte norme sostanziali contenute nei BITs – ossia le fonti primarie di tal sistema – che lasciano nelle mani degli arbitri il potere di definirle e, quindi, una sorta di potere legislativo *de facto*. A tal proposito vale la pena menzionare gli standard di trattamento degli investimenti stranieri³⁹⁷ che, sebbene siano inclusi in quasi tutti gli accordi, a conferma delle similitudini che sussistono tra gli stessi trattati, risultano spesso ambigui e poco definiti. Il *fair and equitable treatment* (FET)³⁹⁸, tra gli standard più significativi in tal settore, rappresenta l'esempio lampante dell'indeterminatezza che caratterizza le norme dei BITs, bisognose di essere chiarite ed elaborate attraverso la giurisprudenza arbitrale. Questa, infatti, ha svolto un ruolo cruciale nel consolidamento del FET come principio generale specifico del diritto internazionale degli investimenti³⁹⁹, definendolo attraverso l'esame dei casi precedenti ma con la possibilità di discostarsi da essi in presenza di validi motivi (approccio che, come sto per illustrare, è prevalso in generale).

³⁹⁴ *Ibidem*.

³⁹⁵ D. BODANSKY, *Legitimacy in International Law and International Relations*, in J.L. DUNOFF E M.A. POLLACK (a cura di), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations*, Cambridge, 2012, pp. 321 ss.

³⁹⁶ *Ibidem*.

³⁹⁷ Sugli standard di trattamento previsti dai BITs si veda A. DE LUCA, *Gli standard di trattamento previsti dai BIT*, in D. MANTUCCI (diretto da), *Trattato di Diritto dell'Arbitrato*, cit., pp. 823-890.

³⁹⁸ Sullo standard del FET, si veda R. DOLZER e C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2012, pp. 130-160. Sul contenuto vago ed indefinito si veda K. YANNACA-SMALL, *Fair and Equitable Treatment: Have Its Contours Fully Evolved?*, in K. YANNACA-SMALL (a cura di), *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, Oxford University Press, United Kingdom, 2018, § 20.28.

³⁹⁹ F.M. PALOMBINO, *Il trattamento "giusto ed equo" degli investimenti stranieri*, Il Mulino, 2012, p. 55.

L'assenza di una regola di *stare decisis* – confermata dal primo paragrafo dell'articolo 53 della Convenzione ICSID⁴⁰⁰ e dal primo paragrafo dell'articolo 1136 del NAFTA⁴⁰¹ – non impedisce dunque agli arbitri di fare riferimento alle decisioni passate.

Quanto al valore che viene attribuito al precedente, negli ultimi due decenni si è riscontrata l'adozione della tecnica del *taking into account*⁴⁰², letteralmente “tenere conto”, in virtù della quale i tribunali arbitrali devono considerare la giurisprudenza passata e discostarsi da essa solo qualora vi siano idonei motivi per farlo. In tal modo, i precedenti devono sempre essere esaminati e, se non si riscontrano differenze con il caso di specie, bisogna conformarsi ad essi, ma non sono però vincolanti. È stata respinta, infatti, sia la corrente che rifiuta ogni tipo di autorità – tanto persuasiva quanto vincolante – al precedente; sia quella radicalmente opposta che, basandosi sul concetto di *jurisprudence constante*⁴⁰³, gli attribuisce valore quasi obbligatorio. Coloro che sostengono il *taking into account approach*, dunque, sposano una tesi intermedia la cui *ratio* può essere individuata nella necessità di trovare un equilibrio tra i due interessi in gioco: da un lato il rispetto delle aspettative delle parti; dall'altro il raggiungimento di un risultato giusto.

Tale approccio è stato definito come *un sistema di precedenti informale, ma potente, che costringe gli arbitri a rendere conto dei lodi pubblicati in precedenza e a stabilizzare il diritto internazionale degli investimenti*⁴⁰⁴. Dunque, l'arbitrato in materia di investimenti promuove un sistema che possiamo definire ibrido, nel quale i professionisti – arbitri e avvocati – cercano di avvicinare la tradizione continentale e quella anglosassone⁴⁰⁵. Nessuno dei due stili, infatti, è in grado di cogliere appieno il ruolo dei lodi arbitrali passati che, per questo

⁴⁰⁰ Art. 36, § 1, della Convenzione ICSID “*The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention. Each party shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention*”.

⁴⁰¹ Art. 1336, § 1, del NAFTA “*An award made by a Tribunal shall have no binding force except between the disputing parties and in respect of the particular case*”.

⁴⁰² F.M. PALOMBINO, *Il trattamento “giusto ed equo” degli investimenti stranieri*, cit., p. 190; G. ZARRA, *The Issue of Incoherence in International Investment Arbitration: Is There a Need for Systemic Reform?*, in *Chinese Journal of International Law*, Vol. 17, cap. 1, 2018, pp. 137-185.

⁴⁰³ Con l'espressione *jurisprudence constante* si fa riferimento alla dottrina francese in base alla quale il precedente assumerebbe un'importante influenza persuasiva nel momento in cui la medesima questione viene affrontata e risolta in modo analogo da diversi tribunali. Si veda a tal proposito G. KAUFMANN-KOHLER, *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? The 2006 Freshfields Lecture*, in *Arbitration International*, Vol. 23, Cap. 3, 2007, pp. 357-378; Y. RADI, *Precedent, 'Jurisprudences Constantes' and Coherence in International Investment Arbitration - A Reappraisal of the Role of Earlier Decisions in the Practice of Arbitration Tribunals*, in *b-Arbitra – Belgian Review of Arbitration*, Bruxelles, 2015.

⁴⁰⁴ TAI-HENG CHENG, *Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration*, in *Fordham International Law Journal*, Vol. 30, 2006, p. 1016.

⁴⁰⁵ D. BENTOLILA, *Arbitrators as Lawmakers*, Wolters Kluwer, 2017, p. 156.

motivo, possono rappresentare una sfida sia per i legali formati nei Paesi di *common law*, che per quelli formati nei Paesi di *civil law*.

In ogni caso, a prescindere dalle opinioni espresse da dottrina e giurisprudenza in merito ai precedenti, è indubbia la rilevanza che ha acquisito la prassi arbitrale in tal settore: non è possibile sostenere con successo un caso di investimento senza considerare le decisioni passate. Jan Paulsson, studioso del settore, durante il congresso dell'ICCA ha affermato che *una giurisprudenza speciale si sta sviluppando dai principali lodi nel campo dell'arbitrato sugli investimenti che può essere negata solo da coloro che sono determinati a chiudere gli occhi*.⁴⁰⁶ Tuttavia, sebbene le norme sulla protezione degli investimenti contenute negli accordi internazionali siano formulate in modo ampio e necessitano di essere interpretate, rendendo il diritto internazionale degli investimenti incline, a prima vista, alla dottrina dei precedenti, questa non trova terreno fertile. Ciò soprattutto perché, come ho avuto modo di evidenziare, i diversi tribunali arbitrali e, di conseguenza, i lodi che ne derivano, si trovano in una posizione di parità giuridica. La dottrina dello *stare decisis*, infatti, richiede che un tribunale si attenga, a determinate condizioni, alle decisioni emesse dai tribunali superiori, ma il sistema ISDS difetta di tale gerarchia.

Ma se da un lato i tribunali arbitrali rifiutano la dottrina dello *stare decisis*, dall'altro concordano sull'importanza di valutare i casi precedenti⁴⁰⁷. Sono numerose, infatti, le decisioni arbitrali che illustrano tale prassi. Nel caso *Feldman c. Mexico*, ad esempio, si è sostenuto che *“The Tribunal realizes that under NAFTA Article 1136(1), “An award made by a Tribunal shall have no binding force except between the disputing parties and in respect of the particular case,” and that each determination under Article 1110 is necessarily fact-specific. However, in view of the fact that both of the parties in this proceeding have extensively cited and relied upon some of the earlier decisions...”*⁴⁰⁸. Soluzione simile è stata adottata nel caso *Saipem c. Bangladesh*, nel quale il tribunale ha ritenuto *“that it is not bound by previous decisions. At the same time, it is of the opinion that it must pay due consideration to earlier decisions of international tribunals. It believes that, subject to compelling contrary grounds, it has a duty to adopt solutions established in a series of consistent cases. It also believes that, subject to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the actual case, it has a duty to seek to*

⁴⁰⁶ J. PAULSSON, *International Arbitration and the Generation of Legal Norms: Treaty arbitration and International Law*, in *Transnational Dispute Management*, Vol. 3, 2006, p.12.

⁴⁰⁷ G. KAUFMANN-KOHLER, *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? The 2006 Freshfields Lecture*, cit.

⁴⁰⁸ ICSID, *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB/AF/99/1, Award, 16 dicembre 2002, § 107.

*contribute to the harmonious development of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law*⁴⁰⁹. Allo stesso modo, in uno dei casi più significativi circa il ruolo dei precedenti, ossia nel caso *ADC c. Ungheria*, il tribunale ha dichiarato che “*The Parties to the present case have [...] debated the relevance of international case law [...]. It is true that arbitral awards do not constitute binding precedent. It is also true that a number of cases are fact-driven and that the findings in those cases cannot be transposed in and of themselves to other cases. It is further true that a number of cases are based on treaties that differ from the present BIT in certain respects. However, cautious reliance on certain principles developed in a number of those cases, as persuasive authority, may advance the body of law, which in turn may serve predictability in the interest of both investors and host States*”⁴¹⁰. La stessa logica è stata applicata in due casi, da cui sono scaturiti due celebri lodi ICSID – ossia *Enron c. Argentina* e *AES c. Argentina* – intentati dopo la crisi economica affrontata dall’Argentina tra la fine degli anni ’90 e l’inizio del nuovo millennio. Seguendo il medesimo ragionamento, nel caso *Bayindir c. Pakistan* l’arbitro ha sostenuto che le decisioni precedenti non sono vincolanti ma che, in mancanza di motivi convincenti per adottare un approccio diverso, dovrebbero essere seguite le soluzioni definite nei precedenti lodi, tenendo conto delle specifiche dell’accordo di riferimento e delle circostanze del caso concreto⁴¹¹. Questo perché gli arbitri, secondo il tribunale, hanno il dovere di “*to seek to contribute to the harmonious development of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law*”⁴¹². Un anno dopo, nel caso *Fakes c. Turkey*, la posizione espressa nel caso *Bayindir c. Pakistan* è stata richiamata⁴¹³. Inoltre, nel lodo relativo al caso *Daimler c. Argentina*, il tribunale ha riconosciuto il principio dello stato di diritto confermando che situazioni analoghe dovrebbero essere risolte in maniera coerente, salvo che non ci siano valide ragioni per fare altrimenti.

Dunque – posto che i tribunali non attribuiscono natura vincolante alle decisioni passate – in che modo e per quali ragioni fanno affidamento su di esse?

⁴⁰⁹ ICSID, *Saipem SpA v. People’s Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 21 marzo 2007, § 67.

⁴¹⁰ ICSID, *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16, Award, 2 ottobre 2006, § 293.

⁴¹¹ ICSID, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 agosto 2009, § 145.

⁴¹² *Ibidem*.

⁴¹³ ICSID, *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, 14 luglio 2010, § 96.

4. Ricorso al precedente: il modo e le ragioni dell'affidamento da parte dei tribunali arbitrali.

Compito principale dei tribunali arbitrali è quello di applicare la legge stabilita dalle parti ed emettere, di conseguenza, un lodo motivato. Nel contesto in cui opera, infatti, la Convenzione ICSID – agli articoli 48, paragrafo 3⁴¹⁴, e 52, paragrafo 1, lettera e)⁴¹⁵ – prevede l'obbligo, per gli arbitri, di motivare le decisioni adottate. Allo stesso modo, il regolamento UNCITRAL, nel terzo paragrafo dell'articolo 32⁴¹⁶, impone il medesimo obbligo, confermando l'importanza della giustificazione nelle pronunce arbitrali. La motivazione risulta quindi essenziale per dimostrare che la decisione si basa effettivamente sull'applicazione del diritto, piuttosto che sulla discrezionalità del tribunale che l'ha emessa⁴¹⁷, e che le norme attuate sono quelle definite dai litiganti.

Ciò premesso, qualora le argomentazioni proposte dalle parti facciano riferimento a lodi precedenti, l'arbitro può decidere se adeguarsi ad essi – motivando la sua scelta – o discostarsene. Quando il lodo fa riferimento a uno o più precedenti, il tribunale è tenuto a dimostrare che esso è il risultato dell'interpretazione e applicazione del diritto al caso di specie, non essendo sufficiente il mero richiamo alla giurisprudenza. È necessario che il tribunale spieghi le ragioni per cui ha ritenuto che – sulla base della legge applicabile a quella lite – il precedente dovesse essere seguito. L'arbitro, in altre parole, deve innanzitutto definire la questione, indipendentemente dai precedenti citati, e solo successivamente collegarla ad essi per convalidare o fortificare la sua soluzione⁴¹⁸. Sebbene i precedenti siano parte integrante del ragionamento giuridico che lo hanno condotto alla decisione emessa, l'arbitro ha il dovere di argomentare la rilevanza della giurisprudenza invocata dalle parti rispetto al caso concreto⁴¹⁹. In caso contrario, infatti, la motivazione risulterebbe inadeguata e potrebbe comportare l'annullamento della decisione⁴²⁰.

⁴¹⁴ Art. 48, § 3, della Convenzione ICSID “*The award shall deal with every question submitted to the Tribunal, and shall state the reasons upon which it is based*”.

⁴¹⁵ Art. 52, § 1, lettera e), della Convenzione ICSID “*Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General [...] that the award has failed to state the reasons on which it is based*”.

⁴¹⁶ Art. 32, § 3, del Regolamento UNCITRAL del 1976 “*The arbitral tribunal shall state the reasons upon which the award is based, unless the parties have agreed that no reasons are to be given*”.

⁴¹⁷ La mancata applicazione della legge potrebbe costituire, ai sensi dell'art. 52, § 1, lett b), della Convenzione ICSID, un motivo di annullamento in quanto “*the Tribunal has manifestly exceeded its powers*”.

⁴¹⁸ J. D. FRY, *Regularity Through Reason: A Foundation of Virtue for International Arbitration*, in *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Vol. 4, No. 1, Hong Kong, 2011, pp. 57-63, consultabile dal sito <https://ssrn.com/abstract=1867896>.

⁴¹⁹ E. DE BRABANDERE, *Arbitral Decisions as a Source of International Investment Law*, in T. GAZZINI e E. DE BRABANDERE, *International Investment Law. The sources of Rights and Obligations*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012, pp. 245-288.

⁴²⁰ Art. 52, § 1, lett. b), della Convenzione ICSID, cit.

Tale questione è stata sollevata dall'Argentina, nella controversia *AES c. Argentina*, la quale ha evidenziato come “*Repeating decisions taken in other cases, without making the factual and legal distinctions, may constitute an excess of power and may affect the integrity of the international system for the protection of investments*”⁴²¹.

La decisione adottata nel caso *Waste Management c. Messico* rappresenta l'emblema del rischio derivante dall'impiego dei precedenti senza la neutrale interpretazione del trattato da parte del tribunale adito. Quest'ultimo, infatti, nel caso in questione, doveva interpretare il contenuto dell'articolo 105 del NAFTA e, per farlo, si è servito della valutazione emersa nei precedenti *S.D. Myers*, *Mondev*, *ADF e Loewen*. Nonostante sia stato successivamente affermato che “*Evidently the standard is to some extent a flexible one which must be adapted to the circumstances of each case. Accordingly it is to the facts of the present case that the Tribunal turns*”⁴²², la definizione dello standard è stata in realtà ricavata dall'interpretazione che i precedenti tribunali hanno dato alla suddetta norma, anziché dal ragionamento imparziale dell'arbitro del caso di specie. Sono inoltre numerosi i lodi arbitrali, con riferimento agli standard di protezione degli investimenti, nei quali è possibile osservare la medesima pratica⁴²³.

Il riferimento alla giurisprudenza, per un tribunale, fornisce una giustificazione tangibile alla posizione da esso assunta⁴²⁴. Le decisioni precedenti, sebbene non siano considerate vere e proprie fonti formali del diritto, sono in grado, se coerenti, di conferire maggiore autorità al ragionamento adottato. Tuttavia, data la mancanza di una regola che attribuisce valore vincolante alla giurisprudenza, i tribunali da un lato sono tenuti ad argomentare l'adattamento ad essa (com'è stato appena chiarito), dall'altro hanno la possibilità di non seguirla se lo ritengono opportuno. In quest'ultimo caso, però, non è chiaro se i tribunali abbiano o meno l'obbligo di motivare l'allontanamento dalle decisioni passate. L'assenza del principio di *stare decisis* nell'arbitrato e nel diritto internazionale in generale e il carattere sussidiario delle

⁴²¹ ICSID, *AES Corporation v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction, 26 aprile 2005, § 22.

⁴²² ICSID, *Waste Management v. United Mexican States (II)*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30 aprile 2004, § 99.

⁴²³ Ad esempio nella controversia ICSID, *RSM Production Company and others v. Grenada*, ICSID Case No. ARB/10/6, Award, 10 dicembre 2010, § 6.1.3., il tribunale ha affermato che “*having regard to the fact similarity between this and the Helnan case, the Tribunal considers the reasoning in the Helnan [sic] Award is persuasive and applicable here*” e nella controversia ICSID, *Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/2, Decision on Objections to Jurisdiction, 11 maggio 2005, § 82, è stato affermato che “*the same conclusion has been shared by the tribunals in CMS and Enron (Additional Claim), among various others. This Tribunal has no reason not to concur with that conclusion, even though some of the elements of fact in each dispute may differ in some respects*”.

⁴²⁴ E. GAILLARD, *Foreword*, in Y. BANIFATEMI (a cura di), *Precedent in international arbitration*, Juris Publishing Inc, Huntington, 2008, p. 2.

decisioni quali fonte di diritto, infatti, rendono difficile sostenere un tale obbligo. Non mancano tuttavia studiosi che ritengono che il mancato riferimento ai precedenti – in particolare di quelli consolidati – insieme all’assenza di un’adeguata giustificazione, potrebbero costituire motivo di annullamento⁴²⁵.

Per quanto riguarda le ragioni che spingono i tribunali arbitrali a basarsi sulla giurisprudenza per la risoluzione dei casi che affrontano, esse sono essenzialmente due.

In primo luogo, le decisioni arbitrali sono importanti fonti materiali del diritto in quanto forniscono *valuable guidelines*⁴²⁶ per i tribunali arbitrali sull’interpretazione che altri hanno dato ad una determinata norma. Di conseguenza, esse rappresentano un elemento cruciale per le parti che, mediante la giurisprudenza, possono persuadere l’arbitro. La similitudine delle problematiche esaminate dai tribunali degli investimenti e della terminologia utilizzata nei trattati di riferimento, infatti, conduce le parti e gli stessi arbitri a consultare i casi precedenti, adottandoli come fonte di ispirazione affidabile⁴²⁷.

È bene sottolineare che gli arbitri stessi sono alla ricerca di indicazioni e dunque propensi a osservare come le questioni sono state esaminate e interpretate nei casi precedenti. Il ruolo della giurisprudenza come fonte di ispirazione, d’altronde, è in linea con la sua natura di fonte di diritto sussidiario, poiché si propone di far luce sulle questioni affrontate dai tribunali. Nel caso *AES c. Argentina*, infatti, è stata confermata la suddetta posizione affermando che, sebbene sia esclusa qualsiasi forma di precedente vincolate, “*Such precedents may also be rightly considered, at least as a matter of comparison and, if so considered by the Tribunal, of inspiration*”⁴²⁸. Il riferimento alle decisioni precedenti come guida da parte dei tribunali si spiega altresì alla luce dell’articolo 31 VCLT⁴²⁹ in quanto essi sono tenuti, com’è

⁴²⁵ T. WÄLDE, *The present state of research carried out by the English speaking section of the Centre for Studies and Research*, in *New aspects of international investment law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006, p. 137; UNCITRAL, *International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico*, Arbitral Award, 26 gennaio 2006, Separate Opinion of Thomas Wälde, § 16.

⁴²⁶ E. DE BRABANDERE, *Arbitral Decisions as a Source of International Investment Law*, cit.

⁴²⁷ J. D. FRY, *Regularity Through Reason: A Foundation of Virtue for International Arbitration*, in *Contemporary Asia Arbitration Journal*, cit.

⁴²⁸ ICSID, *AES Corporation v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction, 26 aprile 2005, § 31.

⁴²⁹ Art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati “1. *A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.* 2. *The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes: (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty; (b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.* 3. *There shall be taken into account, together with the context: (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions; (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;*

stato osservato nel caso *Azurix c. Argentina*, “to consider the ordinary meaning of the terms used in the BIT under Article 31 of the Vienna Convention. The findings of other tribunals, and in particular of the ICJ, should be helpful to the Tribunal in its interpretative task”⁴³⁰.

Inoltre, l’ampio ricorso ai precedenti da parte dei tribunali nel sistema ISDS si giustifica con la necessità di stabilire una giurisprudenza costante al fine di armonizzare il diritto internazionale degli investimenti. L’assenza di una regola che attribuisce valore vincolante ai precedenti, infatti, potrebbe compromettere sia la coerenza⁴³¹ che la prevedibilità⁴³² nelle transazioni commerciali internazionali. Dunque, per alcuni, l’attuale valore assunto dai precedenti in tal settore – che si rifà alla tecnica del *taking into account* secondo la quale i tribunali hanno il dovere di considerare le decisioni passate, ma non sono vincolati da esse – non si adatterebbe all’arbitrato internazionale di investimento, suggerendo invece di conformarsi alla dottrina, molto più rigorosa, della *jurisprudence constante*. Quest’ultima, secondo i suoi sostenitori, è essenziale per la promozione della coerenza, soprattutto in quei settori, come quello in questione, ancora poco definiti. A lungo termine, infatti, la formazione di una giurisprudenza costante potrebbe effettivamente essere vantaggiosa per lo sviluppo del diritto internazionale degli investimenti. L’incoerenza giuridica indebolisce il quadro giuridico del settore e pregiudica la possibilità di delineare, con una certa precisione, le legittime aspettative degli investitori. Tuttavia, come si è più volte evidenziato, l’attribuzione di valore vincolante ai lodi precedenti contrasta con il sistema ISDS, caratterizzato da tribunali *ad hoc* e dunque non permanenti.

La tecnica decisoria del *taking into account*, in realtà, pare essere la più adatta a sopperire alle suddette problematiche, ed è infatti prevalsa negli ultimi decenni. Nella decisione relativa al caso *Saipem c. Bangladesh*, ad esempio, pur ribadendo che “it is not bound by previous decisions”⁴³³, il tribunale ha al contempo riconosciuto che “it must pay due consideration to earlier decisions of international tribunals. It believes that, subject to compelling contrary grounds, it has a duty to adopt solutions established in a series of

(c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties. 4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended”.

⁴³⁰ ICSID, *Azurix v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 luglio 2006, § 391.

⁴³¹ I. A. LAIRD e R. ASKEW, *Finality versus Consistency: Does Investor-State Arbitration Need an Appellate System*, in *The Journal of Appellate Practice and Process*, Vol 7, 2005, p. 285, consultabile dal sito <https://api.semanticscholar.org/CorpusID:159712947>.

⁴³² F. SPOORENBERG e J. E. VINUALES, *Conflicting Decisions in International Arbitration*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol 8, 2009, p. 92, consultabile dal sito <https://api.semanticscholar.org/CorpusID:143972069>.

⁴³³ ICSID, *Saipem v. People’s Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/7, Award, 30 giugno 2009, § 90.

*consistent cases. It also believes that, subject to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the actual case, it has a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law*⁴³⁴.

Nel medesimo senso depone la soluzione adottata in *El Paso Energy c. Argentina*, nella quale il Tribunale adito dichiara che “*ICSID arbitral tribunals are established ad hoc, from case to case, in the framework of the Washington Convention, and the present Tribunal knows of no provision, either in that Convention or in the BIT, establishing an obligation of stare decisis. It is, nonetheless, a reasonable assumption that international arbitral tribunals, notably those established within the ICSID system, will generally take account of the precedents established by other arbitration organs, especially those set by other international tribunals. The present Tribunal will follow the same line, especially since both parties, in their written pleadings and oral arguments, have heavily relied on precedent*”⁴³⁵.

Analogamente, il Comitato *ad hoc* nella causa *M.C.I Power Group c. Ecuador* – facendo particolare riferimento all’esigenza di certezza nel settore – ha affermato che “*the reporting of cases and the commentaries of scholars and practitioners are extensive and undeniably promote the consistent application of investment law. [...] the Committee considers it appropriate to take those decisions into consideration, because their reasoning and conclusions may provide guidance to the Committee in settling similar issues arising in these annulment proceedings and help to ensure consistency and legal certainty of the ICSID annulment mechanism, thereby contributing to ensuring trust in the ICSID dispute settlement system and predictability for governments and investors*”⁴³⁶.

Molti tribunali hanno dunque scelto di conformarsi alle decisioni passate, salvo non vi siano valide ragioni per allontanarsi da esse, seguendo il medesimo approccio adottato dalla Corte Internazionale di Giustizia (esaminata nel secondo capitolo del presente elaborato). Sebbene alcuni tribunali abbiano enfatizzato l’importanza della coerenza e, di conseguenza, abbiano suggerito di aderire alla summenzionata *jurisprudence constante*, allo stesso tempo hanno rivendicato la non vincolatività ai precedenti, confermando la natura sussidiaria della giurisprudenza anche nel settore del diritto internazionale degli investimenti.

⁴³⁴ Ibidem.

⁴³⁵ ICSID, *El Paso Energy International Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, 27 aprile 2006, § 39.

⁴³⁶ ICSID, *M.C.I Power Group L.C. And New Turbine Inc. v. Republic of Ecuador*, Caso ICSID n. ARB/03/06, Decision on Annulment, 19 ottobre 2009, § 25.

Solo l'accordo delle parti, le quali definiscono la legge che il tribunale arbitrale è tenuto ad adottare, potrebbe derogare al suddetto principio, poiché esse hanno la possibilità, teoricamente, di chiedere l'applicazione della *jurisprudence costante*. Inoltre, quando una consuetudine internazionale o un principio generale universalmente riconosciuto dalle Nazioni sono il risultato di una giurisprudenza ormai consolidata, i tribunali seguono effettivamente una *jurisprudence costante*. In tal caso, tuttavia, conformemente alle regole più volte citate circa le fonti del diritto internazionale, il valore vincolante che viene attribuito alla giurisprudenza non dipende dall'adozione di un determinato comportamento da parte dei tribunali, ma dalla sua natura consuetudinaria o di principio. È bene però notare che il compito dei tribunali arbitrali degli investimenti non è quello di creare principi generali o consuetudini, ma di identificarli e applicarli. Dunque, difficilmente una *jurisprudence costante* si può trasformare in una norma consuetudinaria senza la ripetizione costante e spontanea da parte degli Stati, ossia la cd. *opinio juris*, soprattutto considerando che i tribunali interpretano e applicano essenzialmente i BITS⁴³⁷.

5. Lodi contrastanti: perché i tribunali non si conformano alla giurisprudenza arbitrale?

Non sono comunque mancate occasioni in cui i tribunali arbitrali degli investimenti hanno scelto di discostarsi dalle decisioni precedenti, generando lodi contrastanti tra loro. Questo, tendenzialmente, può accadere per tre ragioni diverse.

Innanzitutto, le circostanze fattuali delle varie liti sono spesso eterogenee e, di conseguenza, i tribunali risolvono in maniera diversa i casi che vengono loro sottoposti. Nella causa *LG&E c. Argentina*, ad esempio, dovendo il Tribunale decidere se il *fair market value* fosse il criterio di risarcimento appropriato per la violazione delle norme circa il *fair and equitable treatment* o la *full protection*, in assenza di un'espropriazione, egli ha scelto di discostarsi dalle precedenti decisioni – ossia quelle adottate in *Azurix c. Argentina* e *CSM c. Argentina* – sulla base delle differenze fattuali tra le controversie. Il Tribunale ha infatti osservato che “*when addressing the question of the absence of applicable treaty compensation standards for breaches other than expropriation, recent tribunals have opted to apply FMV. Yet, their decisions were grounded on the correspondence between the situation under analysis and expropriation. In Azurix v. Argentina the tribunal decided that “compensation based on the fair market value of the Concession would be appropriate, particularly since the Province has taken it over.” The tribunal in CMS v. Argentina noted that “While this standard [FMV]*

⁴³⁷ In ogni caso si veda UNCITRAL, *International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico*, Arbitral Award, 26 gennaio 2006, Separate Opinion of Thomas Wälde, § 16, in cui si sostiene che “*if an authoritative jurisprudence evolves, it will acquire the character of customary international law and must be respected*”.

figures prominently in respect to expropriation, it is not excluded that it might also be appropriate for breaches different from expropriation if their effect results in important long-term losses.” The Tribunal considers that the situation in Azurix is different from that of LG&E because the Licenses, the main asset of the Licensees, are still in force. With respect to CMS, the Tribunal is of the view that “important long-term losses” in the circumstances of this case are too uncertain and have not been adequately proven⁴³⁸. Paradossalmente, tale posizione rafforza il concetto di precedente, anziché indebolirlo, in quanto la differenziazione delle circostanze fattuali dimostra che, se le situazioni fossero state analoghe, allora le soluzioni sarebbero state uguali.

In secondo luogo, i tribunali si allontanano dalle decisioni precedenti quando la legge applicabile al caso di specie è diversa da quella che hanno dovuto applicare gli altri tribunali. Ad esempio, nel caso *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Giordania*, il Tribunale ha osservato che “Article 2(4) of the BIT between Italy and Jordan is couched in terms that are appreciably different from the provisions applied in the arbitral decisions and awards cited by the Parties⁴³⁹. Il fatto che per casi diversi venga applicata una disciplina diversa è causa della natura frammentaria del diritto internazionale degli investimenti, regolato da una moltitudine di trattati, che porta quindi ad avere una giurisprudenza difforme. Sebbene molti trattati contengano disposizioni simili, non tutti adottano i medesimi approcci. È bene notare che – data l’assenza di un unico insieme di norme giuridiche e la promozione di un sistema di risoluzione delle controversie attraverso un arbitrato *ad hoc* a discapito di una struttura giudiziaria gerarchica – l’uniformità pare non essere l’obiettivo primario auspicato dagli Stati in materia di investimenti stranieri.

In terzo luogo, i tribunali si sono in alcuni casi discostati dalla giurisprudenza arbitrale sostenendo esplicitamente di non sentirsi vincolati ad essa. È chiaro che l’indipendenza dei tribunali arbitrali, che sono tenuti a valutare i fatti e applicare la legge di riferimento, e la mancanza di una regola formale di *stare decisis*, comportano inevitabilmente la possibilità che si giunga, anche se i fatti dei casi in questione sono simili, a decisioni diverse. È stato infatti giustamente notato che la giurisprudenza divergente è *fact of life* comune a molti ordinamenti⁴⁴⁰. A tal proposito, nel caso *SGS c. Filippine*, il Tribunale adito, in relazione al valore della decisione adottata nella controversia *SGS c. Pakistan*, ha osservato che “[...] the present

⁴³⁸ ICSID, *LG&E v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1, Award, 25 luglio 2007, § 39.

⁴³⁹ ICSID, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, 9 novembre 2004, § 126.

⁴⁴⁰ E. DE BRABANDERE, *Arbitral Decisions as a Source of International Investment Law*, cit. p. 21.

Tribunal does not in all respects agree with the conclusions reached by the SGS v. Pakistan Tribunal on issues of the interpretation of arguably similar language in the Swiss-Philippines BIT [...]. In the Tribunal's view, although different tribunals constituted under the ICSID system should in general seek to act consistently with each other, in the end it must be for each tribunal to exercise its competence in accordance with the applicable law, which will by definition be different for each BIT and each Respondent State"⁴⁴¹.

È bene inoltre sottolineare che i tribunali arbitrali, quando si trovano ad affrontare casi su questioni controverse che in passato hanno portato a decisioni contrastanti, hanno ribadito la non vincolatività ai precedenti. Nel caso *Joy Mining c. Egitto*, ad esempio, il Tribunale ha sostenuto che “*there has been much argument regarding recent cases, notably SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines. However, this Tribunal is not called upon to sit in judgment on the views of other tribunals. It is only called to decide this dispute in the light of its specific facts and the law*”⁴⁴².

6. L'influenza della giurisprudenza sui diritti e sugli obblighi degli Stati.

Nel presente paragrafo discuterò dell'impatto che l'impiego dei precedenti ha sullo sviluppo del diritto internazionale degli investimenti. Pur non essendo la giurisprudenza una vera e propria fonte di diritto, infatti, il suo effetto sui diritti e sugli obblighi degli Stati è comunque innegabile⁴⁴³.

In varie occasioni, i Paesi hanno reagito apportando modifiche alle disposizioni dei trattati esistenti o a quelli stipulati successivamente alla decisione, nonché alle norme procedurali. Un esempio significativo riguarda la possibilità, da parte dei cd. *amici curiae*, di presentare memorie scritte. Nel 2006, dopo la decisione del caso *Suez e Vivendi c. Argentina*⁴⁴⁴, nel Regolamento arbitrale ICSID è stata inserita, nel caso sussistano determinate condizioni, la facoltà per un tribunale di autorizzare l'intervento di uno o più soggetti terzi, non coinvolti nella causa, ma con un interesse rilevante nel caso e altresì qualificati a rendere pareri allo scopo di assistere l'arbitro⁴⁴⁵. Allo stesso modo gli Stati Uniti e l'Uruguay, nel loro trattato, hanno

⁴⁴¹ ICSID, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6 (Swiss Confederation/Republic of the Philippines BIT), Decision on Jurisdiction, 29 gennaio 2004, § 97.

⁴⁴² ICSID, *Mining Machinery Limited v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 6 agosto 2004, § 80.

⁴⁴³ J. PAULSSON, *The Role of Precedent in Investment Arbitration*, cit., p. 710.

⁴⁴⁴ ICSID, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19), Order in Response to a Petition for Participation as Amicus Curiae, 19 maggio 2005.

⁴⁴⁵ Art. 37, § 2, Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (Arbitration Rules) “*After consulting both parties, the Tribunal may allow a person or entity that is not a party to the dispute (in this Rule called the “non-disputing party”)* to file a written submission with the Tribunal regarding a matter within the scope of the dispute. In

conferito al tribunale arbitrale il potere di ammettere e considerare le suddette memorie⁴⁴⁶. Altri Paesi, a seguito di questi sviluppi, hanno contemplato nei loro BITs la medesima possibilità anche per le organizzazioni non governative⁴⁴⁷.

Inoltre, l'influenza della giurisprudenza arbitrale si è in alcuni casi tradotta nell'emanazione, da parte degli stessi Stati, di dichiarazioni interpretative. Il modello statunitense di trattato bilaterale sugli investimenti del 2004, ad esempio, all'articolo 30, paragrafo 3, prevede che *"a joint decision of the Parties, each acting through its representative designated for purposes of this Article, declaring their interpretation of a provision of this Treaty shall be binding on a tribunal, and any decision or award issued by a tribunal must be consistent with that joint decision"*⁴⁴⁸. Compito principale di ogni tribunale è infatti quello di interpretare i trattati applicabili tenendo conto dell'intenzione delle parti e di qualsiasi accordo successivo tra di esse, ex articolo 31 VCLT; dunque, qualsiasi dichiarazione interpretativa del BIT di riferimento da queste emessa deve necessariamente essere considerata dall'organo giudicante. L'Argentina e il Panama, per fare un ulteriore esempio, dopo la decisione sulla giurisdizione *Siemens c. Argentina*⁴⁴⁹, hanno elaborato una dichiarazione interpretativa circa una clausola contenuta nel loro BIT del '96, ossia la clausola della nazione più favorita (MFN), stabilendo che questa *"does not extend to dispute resolution clauses"*⁴⁵⁰ e ribadendo che *"this has always been their intention"*⁴⁵¹.

determining whether to allow such a filing, the Tribunal shall consider, among other things, the extent to which: (a) the non-disputing party submission would assist the Tribunal in the determination of a factual or legal issue related to the proceeding by bringing a perspective, particular knowledge or insight that is different from that of the disputing parties; (b) the non-disputing party submission would address a matter within the scope of the dispute; (c) the non-disputing party has a significant interest in the proceeding" consultabile dal sito http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf. Si veda inoltre E. DE BRABANDERE, *NGOs and the 'Public Interest': The Legality and Rationale of Amicus Curiae Interventions in International Economic and Investment Disputes*, in *Chicago Journal of International Law*, Vol. 12, No. 1, 2011, p. 85-113.

⁴⁴⁶ Art. 28, § 3, Treaty Between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment *"The tribunal shall have the authority to accept and consider amicus curiae submissions from a person or entity that is not a disputing party"*, consultabile dal sito <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2870/download>.

⁴⁴⁷ Per una panoramica si veda K TIENHAARA, *Third Party Participation in Investment-Environment Disputes: Recent Developments*, in *Review of European Community & International Environmental Law*, 2007, p. 232-233.

⁴⁴⁸ Art. 30, § 3, United States Model Bilateral Investment Treaty del 2004 *"A joint decision of the Parties, each acting through its representative designated for purposes of this Article, declaring their interpretation of a provision of this Treaty shall be binding on a tribunal, and any decision or award issued by a tribunal must be consistent with that joint decision"*, consultabile dal sito <https://ustr.gov/sites/default/files/U.S.%20model%20BIT.pdf>.

⁴⁴⁹ ICSID, *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/08, Decision on Jurisdiction, 3 agosto 2004.

⁴⁵⁰ UNCITRAL, *National Grid PLC v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, UNCITRAL, 20 giugno 2006, § 85.

⁴⁵¹ *Ibidem*.

Infine, alcuni Paesi, insoddisfatti della giurisprudenza arbitrale in materia di investimenti, hanno scelto di non affidare più all'ICSID la risoluzione delle loro controversie o di sospendere i BITs conclusi con altri Stati. In tal caso l'impatto delle decisioni arbitrali è stato dunque controproducente.

Sebbene gli Stati non siano direttamente vincolati alle decisioni arbitrali, se una determinata giurisprudenza si è sviluppata in modo uniforme – ad esempio riguardo all'interpretazione di una regola procedurale – ciò può portare alla creazione di una norma obbligatoria. Questo, in realtà, non è dovuto alla decisione di per sé, ma piuttosto al fatto che il significato attribuito dal tribunale a una certa norma è comunemente considerato come l'interpretazione consueta della norma stessa. Essa diviene dunque un'interpretazione di natura consuetudinaria vincolante per gli Stati, ma che essi considerano al contempo accettabile.

7. La proposta della Commissione Europea per l'istituzione di una Corte Multilaterale di Investimento.

Com'è stato sottolineato più volte, attualmente non è prevista, nell'arbitrato di investimento, la possibilità di un'istanza di appello. Tuttavia, da diversi anni è in corso un dibattito riguardante una potenziale riforma del sistema ISDS; proposta avanzata dalla Commissione Europea. Ciò che viene criticato al corrente meccanismo è la limitata legittimità, coerenza e trasparenza delle decisioni arbitrali, nonché l'assenza di possibilità di riesame⁴⁵².

Già nel 2015, la Commissione europea ha affrontato la questione in un documento di riflessione⁴⁵³ nel quale ha individuato i settori che si impegna a migliorare, ponendosi degli obiettivi tra cui, il più importante, è quello della revisione delle decisioni ISDS attraverso un meccanismo di appello⁴⁵⁴.

Nel 2017, a seguito di una consultazione pubblica e di una valutazione d'impatto, la Commissione ha redatto una Raccomandazione per una decisione del Consiglio che autorizza l'avvio dei negoziati per una convenzione che istituisce un tribunale multilaterale per la

⁴⁵² M. DAHLAN, WOLF VON KUMBERG, *Investor-State Dispute Settlement Reconceptualized: Regulation of Disputes, Standards and Mediation*, in *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol. 17, Cap. 2, 2017, pp. 233-262.

⁴⁵³ *Investment in TTIP and beyond – the path for reform. Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court*, disponibile su <https://archive.org/download/blg-516066/blg-516066.pdf>.

⁴⁵⁴ S. DI BENEDETTO, *La proposta europea di una Corte multilaterale sugli investimenti: tra critiche all'attuale sistema ISDS e rischi di future inefficienze*, in *federalismi.it*, n. 6, 2018, p. 7.

risoluzione delle controversie in materia di investimenti⁴⁵⁵ (MIC). Lo scopo consiste nel creare una struttura stabile, autonoma e legittima per la gestione delle dispute internazionali relative agli investimenti. Questa deve essere in grado di garantire la coerenza nella prassi arbitrale, la possibilità di contestare i lodi e l'attuazione di processi trasparenti ed efficienti, con la possibilità di coinvolgere, altresì, parti terze⁴⁵⁶.

Tuttavia, il modello delineato è stato criticato nella misura in cui non prevede una riforma dell'intero sistema ISDS – poiché si concentra esclusivamente sulla regolamentazione delle questioni procedurali, lasciando invece agli accordi tra investitori stranieri e Stati ospiti il potere di disciplinare gli aspetti sostanziali – e non può quindi sopperire alla crisi dell'arbitrato di investimento.

Dunque, nonostante i significativi benefici, sono molte le resistenze per l'istituzione di una Corte Multilaterale di Investimento, provenienti dai protagonisti del sistema. Per promuovere una tale riforma, pertanto, si dovrà proporre un modello in grado di far fronte a tutte le esigenze; proposta che, per il momento, non è ancora stata presentata dalla Commissione Europea.

⁴⁵⁵ European Commission, *Recommendation for a Council Decision authorising the opening of negotiations for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes*, doc. COM(2017) 493 final, Bruxelles, 13 settembre 2017.

⁴⁵⁶ Ibidem.

CONCLUSIONE

Constatata la tendenza dei giudici internazionali a fare riferimento ai propri precedenti, lo scopo principale di questo studio è stato quello di analizzare le diverse posizioni che i vari tribunali assumono rispetto a ciò. Le domande alle quali si è cercato di rispondere sono dunque le seguenti: in che modo le decisioni pregresse vengono impiegate come guida per la risoluzione di futuri conflitti? Qual è l'autorità che viene riconosciuta loro? E, infine, quali sono i motivi che spingono i giudici ad adeguarsi alla prassi giurisprudenziale?

L'analisi è partita dalla Corte Internazionale di Giustizia, la quale, in assenza di valide ragioni contrarie, è solita seguire i suoi precedenti. Sebbene non manchino contrasti interni – tra chi ritiene che la giurisprudenza eserciti un ruolo dominante, quasi di controllo, e chi, al contrario, si oppone con fermezza a tale rigida posizione – si può pacificamente sostenere che il precedente orienta le decisioni dei giudici dell'Aja. Da un lato la CIG, per preservare il suo prestigio in un periodo di forte concorrenza causata dai numerosi tribunali internazionali esistenti, ha deciso di adottare una linea il più possibile coerente, adeguandosi alle sue decisioni passate; dall'altro, gli stessi Stati sono soliti richiamare i precedenti nella ricostruzione delle loro strategie difensive, inducendo di fatto la CIG a prenderli in considerazione. Tale prassi, tuttavia, ha complicato la risoluzione delle controversie dinanzi a questa Corte – rappresentando per essa anche un fardello, non solo un punto di forza – a causa dell'elevato numero di precedenti con cui i professionisti e gli Stati si trovano a confrontarsi. Sarebbe auspicabile, dunque, visto il ruolo che la giurisprudenza assume nell'ambito della CIG, fornire motori di ricerca efficaci per agevolare la navigazione all'interno di questa complessa rete di precedenti.

Ad ogni modo, se indubbiamente la CIG fa un ampio uso dei suoi precedenti, si è potuto osservare come i soliti valori posti a fondamento di questa pratica – primi tra tutti la coerenza, l'efficienza e la prevedibilità – non siano in grado di giustificare tale impiego nell'ambito della CIG. Il ruolo istituzionale svolto dalla Corte – che nella sua natura di giudice di ultima istanza affronta un numero limitato di casi – le permette, oltre ad imporle, di raggiungere un risultato che sia il più possibile giusto, anche a discapito della coerenza, dell'efficienza e della prevedibilità, pur rimanendo questi valori rilevanti in qualsiasi sistema.

Infine, posto che la CIG non crea diritto, essa gioca un ruolo fondamentale nel suo sviluppo, anche grazie alla sua giurisdizione generale che le permette di pronunciarsi su un'ampia gamma di questioni. I giudici, infatti, devono adeguarsi alle esigenze e ai valori della comunità e, com'è stato evidenziato, la CIG ha partecipato attivamente all'evoluzione di molti settori del diritto internazionale, seppur incidendo sugli stessi con maggiore o minore impatto.

La ricerca si è poi focalizzata sul ruolo del precedente nella Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, anch'essa abituata a conformarsi a quanto deciso in passato. In questo contesto, però, la giurisprudenza gioca un ruolo cruciale, più che in qualsiasi altro settore. Fattori come le peculiarità della Convenzione europea – le cui disposizioni sono state concepite principalmente sotto forma di principi che racchiudono al loro interno nozioni ampie e indefinite – l'esistenza di una struttura gerarchica tra le varie composizioni con cui la Corte può esaminare i casi ad essa sottoposti, il fatto che essa debba riferirsi ad un unico testo e l'importante funzione che svolge come interprete della Convenzione che le fa assumere un ruolo quasi costituzionale, hanno contribuito all'evoluzione di un diritto prevalentemente giurisprudenziale.

Inoltre, non si può trascurare un dato importante: al precedente della Corte EDU è riconosciuta un'autorità giuridica, non meramente *de facto*. Il semplice fatto che la Corte abbia abbracciato una determinata soluzione in passato giustifica l'applicazione della medesima, in virtù della sua provenienza ritenuta autorevole.

Da questo studio, inoltre, sono emersi diversi modelli di ragionamento mediante i quali, nell'ambito della Corte Europea, il passato può orientare il futuro. La Corte, in alcuni rari casi, utilizza un approccio induttivo partendo dall'analisi dei fatti i quali, se sono analoghi e ricadono nella stessa *ratio decidendi*, giustificano l'adozione del precedente. Oppure, impiegando il metodo analogico, la Corte applica il precedente al caso di specie, adattandolo però a quest'ultimo. In altre ipotesi, invece, adotta il modello sillogistico/deduttivo, richiamando regole e principi convenzionali astratti, precedentemente applicati, per attuarli al caso che le è stato sottoposto. Tuttavia, la Corte EDU, come qualsiasi organo giudiziario, ha il potere di allontanarsi dalle sue decisioni passate nel caso in cui si ravvisino valide motivazioni per farlo; tra queste, si dà particolare importanza all'impellente esigenza di adeguare il diritto convenzionale ai bisogni e alle richieste provenienti dalla società.

Quest'ultima considerazione, pur rivestendo un ruolo centrale all'interno del contesto della Corte Europea, è in realtà riferibile a tutti i settori del diritto; l'importanza che i precedenti assumono per la risoluzione dei casi sottoposti ai giudici di qualsiasi ordinamento è infatti espressione della stabilità di cui il diritto necessita. Allo stesso tempo, però, il diritto ha bisogno di evolversi, di mutare, per evitare di giungere ad un punto morto che non gli permetterebbe più di rispondere efficacemente alle esigenze degli individui che intende tutelare. Ed è proprio questo il concetto che Aharon Barak sintetizza con parole efficaci nella citazione che ho voluto riportare in apertura di questo elaborato.

Il capitolo dedicato alla Corte EDU, infine, ha proposto un'analisi attorno a un altro tema importante, ossia quello del valore che la giurisprudenza della suddetta Corte riveste rispetto alle decisioni del giudice italiano. La Consulta ha delineato un approccio che non sembra in linea con i criteri adottati dalla Corte EDU; essa, infatti, nel tentativo di stabilire quando un precedente debba essere ritenuto rilevante, si è concentrata solo su alcuni fattori – come la presenza di una giurisprudenza consolidata o di una sentenza pilota adottata dalla Grande Camera – trascurando gli aspetti distintivi del sistema convenzionale. Quest'ultimo attribuisce importanza a tali caratteristiche per valutare una sentenza come particolarmente autorevole, ma non nega alle singole decisioni provenienti dalle Sezioni semplici di fungere da precedenti.

Nel sistema dell'arbitrato internazionale, l'ultimo argomento che questa Tesi ha voluto affrontare, il ruolo della prassi arbitrale fatica a definirsi. Per lo più ciò dipende dalla mancata stabilità dei tribunali arbitrali, i quali sono istituiti *ad hoc* per la risoluzione delle controversie, e dal complesso assetto normativo che questi sono tenuti ad applicare. Negli ultimi anni, infatti, sono state avanzate diverse proposte per far fronte a questa problematica, le quali suggeriscono la creazione di un organo giudiziario permanente in grado di risolvere la grave crisi di legittimità che il sistema ISDS sta vivendo.

Tuttavia, sebbene la prassi arbitrale sia caratterizzata da una certa frammentarietà – che preoccupa, giustamente, gli studiosi del settore – si è nel tempo consolidato l'orientamento, tra gli arbitri, di considerare i lodi precedenti e di discostarsi da essi solo in presenza di valide ragioni. Tale approccio, che prende il nome di *taking into account*, è stato adottato in particolare nella definizione degli standard di trattamento degli investimenti stranieri che, a causa della loro indeterminatezza, necessitano di essere chiariti attraverso le interpretazioni realizzate dagli arbitri. Questa tecnica decisoria, quindi, può senz'altro favorire il dialogo tra i tribunali arbitrali e, di conseguenza, raggiungere in parte l'uniformità giuridica.

Ciò che viene richiesto agli arbitri, tuttavia, è di considerare i precedenti, non di conformarsi ad essi. Le decisioni, quindi, devono illustrare i motivi che hanno condotto a quella soluzione e, in particolare, quelli che hanno spinto l'arbitro a non adeguarsi ai lodi precedenti, nel caso in cui egli sia giunto ad una conclusione diversa. Ma, dopo aver soddisfatto tale requisito, l'arbitro può discostarsi dalla prassi senza che questo pregiudichi la sua decisione. Il *taking into account approach*, quindi, riesce a sopperire solo parzialmente all'incoerenza della giurisprudenza arbitrale.

BIBLIOGRAFIA

DOTTRINA

ACQUAVIVA G., POCAR F., *Stare decisis*, in WOLFRUM R. (a cura di), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, 2007.

ALDISERT R. J., *Precedent: What It Is and What It Isn't; When Do We Kiss It and When Do We Kill It?*, in *Pepperdine Law Review*, Vol. 17, n. 605, 1990.

ALFORD R. P., *The Proliferation of International Courts and Tribunals: International Adjudication in Ascendance*, in *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 94, Cambridge University Press, 2000, pp. 160-165.

ALSCHNER W., CHARLOTIN D., *The growing complexity of the international court of justice's self-citation network*, in *European Journal of International Law*, Vol. 29 no. I, Oxford University Press, 2018, pp. 83-112.

ANDENAS M., *Reassertion and Transformation: From Fragmentation to Convergence in International Law*, in *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 46, 2015.

ANTON D. K., *"Treaty Congestion" in International Environmental Law*, in ALAM S., BHUIYAN J. H., CHOWDHURY T. M. R., TECHERA E. J. (a cura di), *Routledge Handbook of International Environmental Law*, Routledge, 2012.

ANZON DEMMING A., *La Corte costituzionale è ferma sui "controlimiti", ma rovescia sulla Corte europea di Giustizia l'onere di farne applicazione bilanciando esigenze europee e istanze identitarie degli Stati membri*, in *Giurisprudenza costituzionale*, Vol. 62, n. 1, 2017, pp. 507-533.

BALCERZAK M., *The doctrine of precedent in the International Court of Justice and the European Court of Human Rights*, in *The polish yearbook of international law*, 2004, p. 137.

BANIFATEMI Y., GAILLARD E., *Precedent in international arbitration*, Juris Publishing Inc, Huntington, 2008.

BARBERIS M. G., *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2015, p. 67-101.

BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKI V., *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, 2012.

BENTOLILA D., *Arbitrators as Lawmakers*, Wolters Kluwer, 2017.

BERMAN F., *The International Court of Justice as an 'Agent' of Legal Development?*, in TAMS C. J., SLOAN J. (a cura di), *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford Academic, Oxford, 2013.

BESSON S., *The Erga Omnes Effects of Judgment of the European Court of Human Rights – What's in a Name?*, in BESSON S. (a cura di), *La Cour européenne des droits de l'homme après le Protocole 14*, Schulthess, 2011.

BITTI G., *Article 21 of The Statute of the International Criminal Court and the Treatment of Sources of Law in the Jurisprudence of the ICC*, in STAHN C., SLUITER G. (a cura di), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, 2008.

BODANSKY D., *Legitimacy in International Law and International Relations*, in DUNOFF J. L., POLLACK M. A. (a cura di), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations*, Cambridge, 2012.

BOYLE A., CHINKIN C., *The Making of International Law*, in *Foundations of Public International Law*, Oxford University Press, New York, 2008.

BRANT L. N. C., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, LGDJ, Parigi, 2003.

BRONAUGH R., *Persuasive precedent*, in GOLDSTEIN L. (a cura di), *Precedent in Law*, Oxford University Press, New York, 1989, pp. 217-247.

BROWN C., *Article 59*, in ZIMMERMANN A., TAMS C. J., OELLERS-FRAHM K., TOMUSCHAT C., BOOS F., METHYMAKI E. (a cura di), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

BUFFA F., CIVININI M. G. (a cura di), *La Corte di Strasburgo*, *Questione giustizia*, speciale n. 1/2019.

CAMINKER E. H., *Precedent and Prediction: The Forward-Looking Aspects of Inferior Court Decisionmaking*, in *Texas Law Review*, Vol. 73, n. 1, 1994.

CARDOZO B. N., *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, 1921.

CASSESE A., *The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*, in *European Journal of International Law*, Vol. 18, n. 4, 2007, p. 649-668.

CHARNEY J. I., *The proliferation of Court and Tribunals: Piecing Together the Puzzle*, in *New York University journal of international law and politics*, 1999, pp. 679-933.

COHEN-JONATHAN G., *Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Mélanges en Hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, 1998.

CRAWFORD J., *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

CRAWFORD J., *State Responsibility: The General Part*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

CRAWFORD J., *The International Court of Justice and the Law of State Responsibility*, in TAMS C. J., SLOAN J. (a cura di), *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 81.

CROCE M., *Precedente giudiziale e giurisprudenza costituzionale*, in *Contratto e impresa*, 2006, p. 1117.

DAHLAN M., WOLF VON KUMBERG, *Investor-State Dispute Settlement Reconceptualized: Regulation of Disputes, Standards and Mediation*, in *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol. 17, Cap. 2, 2017, pp. 233-262.

DE BRABANDERE E., *Arbitral Decisions as a Source of International Investment Law*, in GAZZINI T., DE BRABANDERE E., *International Investment Law. The sources of Rights and Obligations*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012, pp. 245-288.

DE BRABANDERE E., *NGOs and the 'Public Interest': The Legality and Rationale of Amicus Curiae Interventions in International Economic and Investment Disputes*, in *Chicago Journal of International Law*, Vol. 12, No. 1, 2011, p. 85-113.

DE LUCA A., *Gli standard di trattamento previsti dai BIT*, in MANTUCCI D. (diretto da), *Trattato di Diritto dell'Arbitrato*, Vol. XIII, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020.

DELZANGLES B., *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, L.G.D.J., 2010.

DEVANEY J. G., *The role of precedent in the jurisprudence of the International Court of Justice: A constructive interpretation*, in *Leiden Journal of International Law*, Cambridge University Press, 2022, p. 641-659.

DI BENEDETTO S., *La proposta europea di una Corte multilaterale sugli investimenti: tra critiche all'attuale sistema ISDS e rischi di future inefficienze*, in *federalismi.it*, n. 6, 2018, pp. 2-20.

DICKMANN R., *Il "Diritto al giudice" di cui all'art. 24 Cost. come principio supremo e limite al diritto internazionale generalmente riconosciuto (Nota a Corte Cost., sent. n. 238 del 22 Ottobre 2014)*, in *federalismi.it*, n. 22, 2014, pp. 2-23.

DOLZER R., SCHREUER C., *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2012.

DOUGLAS Z., *Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*, in *British Yearbook of International Law*, Vol. 74, cap. 1, 2003, pp. 151-189.

DUPUY P.-M., *The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice*, in *NYU Journal of International Law and Politics*, Vol. 31, 1998, pp. 791-807.

DWORKIN R., *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986.

FIETTA S., CLEVERLY R., *A Practitioner's Guide to Maritime Boundary Delimitation*, in Oxford University Press, 2015.

FRY J. D., *Regularity Through Reason: A Foundation of Virtue for International Arbitration*, in *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Vol. 4, No. 1, Hong Kong, 2011, pp. 57-94.

GARDINER R., *Treaty Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

GAUBATZ K. T., MACARTHUR M., *How International Is International Law*, in *Michigan Journal of International Law*, Vol. 22, 2001, pp. 239-282.

GARLICKI L., *Judicial deliberation: the Strasbourg perspective*, in HULS N., ADAMS M., BAMHOFF J. (a cura di), *The legitimacy of Highest Court's rulings – Judicial deliberations and beyond*, TMC Asser Press, The Hague, 2009.

GERARDS J., FLEUREN J., *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgment of the ECtHR in national case law – A comparative analysis*, Intersentia, Cambridge, 2014.

GERARDS J., *Judicial deliberation in the European Court of Human Rights*, in HULS N., ADAMS M., BAMHOFF J. (a cura di), *The legitimacy of Highest Court's rulings – Judicial deliberations and beyond*, T.M.C. Asser Press, L'Aja, 2009, p. 407-436.

GOODHART A. L., *Precedent in English and Continental Law*, in LQR, Vol. 50, n. 58, 1934.

GOWLLAND-DEBBAS V., O'KEEFE R., GRAY C. G., HERNANDEZ-SLOAN G., FITZMAURICE M., PARLETT K., in TAMS C. J., SLOAN J. (a cura di), *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford University Press, 2013.

GREER S. C., *The European Convention on Human Rights. Achievements, problems and prospects*, Cambridge University Press, New York, 2006.

GUASTINI R., *Interpretare e argomentare*, Giuffrè Editore, Milano, 2011.

HARRIS D. J., O'BOYLE M., BATES E. P., BUCKLEY C. M., *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2014.

HARRISON J., *Making the Law of the Sea*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

HERNÁNDEZ G., *Interpretative Authority and the International Judiciary*, in BIANCHI A., PEAT D., WINDSOR M. (a cura di), *Interpretation in International Law*, Oxford University Press, New York, 2015.

KAUFMANN-KOHLER G., *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? The 2006 Freshfields Lecture*, in *Arbitration International*, Vol. 23, Cap. 3, 2007, pp. 357-378.

KOSKENNIEMI M., *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

KUMAR S. P., ROSE C., *A Study of Lawyers Appearing before the International Court of Justice*, in *European Journal of International Law*, Vol. 25, 2014, pp. 893-917.

LACHS M., *Some Reflections on the Contribution of the International Court of Justice to the Development of International Law*, in *Syracuse Journal of International and Comparative Law*, 1983, p. 239-278.

LAIRD I. A., ASKEW R., *Finality versus Consistency: Does Investor-State Arbitration Need an Appellate System*, in *The Journal of Appellate Practice and Process*, Vol 7, 2005, p. 285-302.

LAMARQUE E., *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, pp. 97-197.

LAMBERT-ABDELGAWAD E., *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme: contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'Homme*, Éditions Bruylant, Bruxelles, 1999.

LAMOND G., *Persuasive authority in the law*, in *The Harvard review of philosophy*, Vol. 17, 2010, pp. 16- 35.

LAMOND G., *Precedent and analogy in legal reasoning*, ZALTA E. N. (a cura di), in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016.

LANCIOTTI A., LONGOBARDO M., *La Corte Costituzionale risponde alla Corte Internazionale di Giustizia: l'ordinamento italiano non si adatta alla regola sull'immunità degli Stati*, in *federalismi.it*, n. 2, 2015.

LAUTERPACHT E., *The Role of the International Judge*, in *Lecture Series of the United Nations Audiovisual Library of International Law*, Audiovisual Library of International Law, 2007.

LAUTERPACHT H., *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge University Press, 1958.

LE BOUTHILLIER Y., *Article 32*, in CORTEN O., KLEIN P. (a cura di), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Vol. 1, Oxford University Press, Oxford, 2011.

LUCAS-ALBERNI K., *Le revirement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

MARINELLI V., *Precedente giudiziario*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè Editore, 2012.

MARSHALL G., *Trentatré cose che si possono fare con i precedenti*, in *Ragion pratica*, 1996, fasc. 6, p. 29.

MATSCHER F., *Method of interpretation of the Convention*, in MACDONALD R. ST. J., MATSCHER F., PETZOLD H. (a cura di), *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 63-81.

MATSCHER F., *Quarante ans d'activités de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Collected courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 270, 1997, pp. 251-397.

MCLACHLAN C., SHORE L., WEINIGER M., *International Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2007.

MELCHIOR M., *Notions vagues ou indéterminées et lacunes dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, in MATSCHER F., PETZOLD H. (a cura di), *Protecting Human Rights: The European – Studies in Honor of Gerard J. Wiarda*, Carl Heymanns Verlag, 1988, pp. 411-419.

MERRILLS J. G., *International Dispute Settlement*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2005.

MERRILLS J. G., *The development of international law by the European Court of Human Rights*, Manchester University Press, 1988.

MILANOVIC M., *State Responsibility for Genocide: A Follow-Up*, in *European Journal of International Law*, 2007, pp. 669-694.

MONTESQUIEU C-L DE SECONDAT, NUGENT T., *The Spirit of Laws*, 1752, tradotto dal francese da NOURSE J., VAILLANT P.

MOWBRAY A., *An Examination of the European Court of Human Rights' Approach to Overruling its Previous Case Law*, in *Human Rights Law Review*, Vol. 9, 2009, pp. 179-201.

MUNARI F., *Risoluzione pacifica e prevenzione delle controversie transnazionali*, in *Istituzioni di diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 239-278.

OST F., *The original canons of interpretation of the European Convention on human rights*, in DELMAS-MARTY M., *The European Convention for the Protection of Human Rights: international protection versus national restrictions*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pp. 283-318.

PALOMBINO F. M., *Gli effetti della sentenza internazionale nei giudizi interni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008.

PALOMBINO F. M., *Il trattamento “giusto ed equo” degli investimenti stranieri*, Il Mulino, Bologna, 2012.

PALOMBINO F. M., MINERVINI G., *Il ruolo del precedente*, in MANTUCCI D. (diretto da), *Trattato di Diritto dell'Arbitrato*, Vol. XIII, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020.

PALOMBINO F. M., *L'esecuzione e l'applicazione delle sentenze della Corte Internazionale di Giustizia tra ordinamento internazionale ed ordinamenti interni*, in *Cooperazione giudiziaria ed efficacia delle sentenze: problematiche di diritto internazionale ed europeo – Quaderni 2006 del dottorato di ricerca di Bari in diritto internazionale e dell'Unione europea*, Cacucci Editore, Bari, 2007, pp. 147-158.

PALOMBINO F. M., *Les arrêts de la Cour internationale de Justice devant le juge interne*, in *Annuaire français de droit international*, in *Annuaire Français de Droit International*, Vol. 51, 2005, pp. 121-139.

PARADELL L., LUCCHESI L., *L'arbitrato tra investitori e stati ospiti. I BIT e l'ICSID*, in MANTUCCI D. (diretto da), *Trattato di Diritto dell'Arbitrato*, Vol. XIII, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020.

PAULSSON J., *International Arbitration and the Generation of Legal Norms: Treaty arbitration and International Law*, in *Transnational Dispute Management*, Vol. 3, 2006.

PAULSSON J., *The Role of Precedent in Investment Treaty Arbitration*, in YANNACA-SMALL K. (a cura di), *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, 2^a ed., Oxford, 2015.

PAUWELYN J., *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, Cambridge University Press, New York, 2003.

PAUWELYN J., ELSIG M., *The Politics of Treaty Interpretation: Variations and Explanations across International Tribunals*, in DUNOFF J. L., POLLACK M. A. (a cura di), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 445-474.

PECZENICK A., *The binding force of precedent*, in MACCORMICK D. N., SUMMERS R. S., GOODHART A. L. (a cura di), *Interpreting precedent: A comparative study*, Routledge, 2016.

PEDRAZZI M., *Corti Internazionali*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali I Supplemento*, Treccani, 2001.

PELLET A., *Applicable Law*, in CASSESE A., GAETA P., JONES J. R., ESER A. (a cura di), *The Rome Statute for an International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

PELLET A., *Commentary to Article 38*, in ZIMMERMANN A., OELLERS-FRAHM K., TOMUSCHAT C., TAMS C. J. (a cura di), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, Oxford University Press, 2012, pp. 731-870.

PELLET A., *Decisions of the ICJ as Sources of International Law?*, in *Gaetano Morelli Lectures Series Vol. 2*, International and European Papers Publishing, Roma, 2018, pp. 7-57.

PELLET A., *Shaping the Future in International Law: The Role of the World Court in Law-Making*, in ARSANJAN M. e altri (a cura di), *Looking to the Future. Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Martinus Nijhoff, L'Aia, 2011, p. 1065-1083.

PERRONE F., *Il valore del precedente della Corte Edu nella giurisprudenza nazionale: profili di assimilazione e distinzione rispetto al precedente della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 3/2022.

PERRY S. R., *Judicial Obligation, Precedent and the Common Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 7, n. 2, 1987, pp. 215-257.

PETERS C. J., *Foolish Consistency: On Equality, Integrity, and Justice in Stare Decisis*, in *Yale Law Journal*, Vol. 105, n. 8, 1996, pp. 2031-2115.

PIRRONE P., *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè Editore, Milano, 2004.

POLLERA M., *Precedente giudiziale e modelli decisionali*, in *Cassazione penale*, 2018, p. 3986-4012.

POPOVIC D., *The emergence of the European Human Rights Law: An Essay on Judicial Creativity*, Eleven International Publishing, 2011.

PUSTORINO P., *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1998.

RADI Y., *Precedent, 'Jurisprudences Constantes' and Coherence in International Investment Arbitration - A Reappraisal of the Role of Earlier Decisions in the Practice of Arbitration Tribunals*, in *b-Arbitra – Belgian Review of Arbitration*, Vol. 2, Bruxelles, 2014.

RAWLS J., *Una teoria della giustizia*, MAFFETTONE S. (a cura e revisione di), SANTINI U. (traduzione italiana di), Feltrinelli, Milano, 2009.

REINISCH A., *Investment Arbitration – The Role of Precedent in ICSID Arbitration*, in KLAUSEGGER C., KLEIN P., KREMSLEHNER F., PETSCHKE A., PITKOWITZ N., POWER J., WELSER I., ZEILER G., *Austrian Arbitration Yearbook 2008*, Stämpfli Verlag, 2008, p. 496

RIDI N., *Rule of Precedent and Rules on Precedent*, DE BRABANDERE E. e altri (a cura di), *Comparative Procedure in State-to-State Disputes*, Cambridge University Press, 2020, pp. 354-400.

RONZITTI N., “*Tenue speranza per le vittime delle stragi naziste*”, in *Affari Internazionali*, 2012.

RUDA J. M., *Some of the Contributions of the International Court of Justice to the Development of International Law*, *New York University Journal of International Law and Politics*, 1991, pp. 35-68.

SACERDOTI G., *Alternative all'arbitrato degli investimenti: protezione diplomatica e arbitrato interstatale*, in D. MANTUCCI (diretto da), *Trattato di Diritto dell'Arbitrato*, Vol. XIII, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020.

SBOLCI L., *Supplementary Means of Interpretation*, in CANNIZZARO E. (a cura di), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 145-163.

SCHAUER F., *Authority and authorities*, in *Virginia law review*, Vol. 94, 2008, pp. 1931-1961.

SCHWEBEL S. M., *Docket and Decision-Making Process of the International Court of Justice*, in *Suffolk Transnational Law Journal*, Vol. 13, 1990, pp. 543-547.

SCISO E., *Gli accordi internazionali confliggenti*, Cacucci Editore, Bari, 1986.

SENDEN H., *Interpretation of fundamental rights in a multilevel legal system – An Analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Intersentia, 2011.

SERIO M., *La rilevanza del fatto nella struttura del precedente giudiziario inglese*, in *Europa e diritto privato*, Giuffrè Editore, 2013, pp. 357-394.

SHAHABUDEEN M., *Precedent in the World Court*, in *Hersch Lauterpacht Memorial Lectures*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996.

SHAW M. N., *International Law*, 8^a ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

SICILIANOS L.-A., *Le Protocole 14 bis à la Convention européenne des droits de l'homme: un instrument (heureusement) éphémère*, in *Annuaire français de droit international*, Vol. 55, 2009.

SKOURIS V., *The ECJ and the EFTA Court under the EEA Agreement: A Paradigm for International Cooperation between Judicial Institutions*, in BAUDENBACHER C., TRESSELT P., ORLYGSSON T. (a cura di), *The EFTA Court. Ten Years On*, Bloomsbury Publishing, 2005, pp. 123-130.

SPIERMANN O., *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice: The Rise of the International Judiciary*, in *American Journal of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

SPOORENBERG F., VINUALES J. E., *Conflicting Decisions in International Arbitration*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol 8, 2009.

STONE SWEET A., *On the Constitutionalisation of the Convention: the European Court of Human Rights as a Constitutional Court*, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, Vol. 80, 2009, pp. 923-944.

SUDRE F., *Droit européen et international des droit de l'homme*, Press Universitaires de France, 2023.

SUMMERS R. S., SVEIN E., *Deparures from precedent*, in MACCORMICK N., SUMMERS R. S. (a cura di), *Interpreting precedent: A comparative study*, Routledge, 2016.

TAI-HENG CHENG, *Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration*, in *Fordham International Law Journal*, Vol. 30, 2006, p. 1014.

TAMS C. J., *Decisions of the ICJ as Sources of International Law?*, in Gaetano Morelli Lectures Series Vol. 2, *International and European Papers Publishing*, Roma, 2018, pp. 63-106.

TARUFFO M., *Institutional factors influencing precedents*, in MACCORMICK N., SUMMERS R. S. (a cura di), *Interpreting precedent: A comparative study*, Ashgate Publishing, 1997.

TARUFFO M., *Precedente e giurisprudenza*, Editoriale Scientifica, 2007.

TARUFFO M., *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia Annuario di scienze penalistiche*, Edizioni ETS, 2014, p. 37-57.

TEGA D., *La Cedu nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2007.

TEN CATE I. M., *The Costs of Consistency: Precedent in Investment Treaty Arbitration*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 51, 2013, pp. 418.

TERRIS D., ROMANO C. P. R., SWIGART L., *The International Judge: An Introduction to the Men and Women Who Decides the World's Cases*, Oxford Academic, Oxford, 2007.

THIRLWAY H. W. A., *Judicial Activism and the International Court of Justice*, in ANDO N., MCWHINNEY E., WOLFRUM R., RÖBEN B. B. (a cura di), *Liber Amicorum Judge Shirgeru Oda*, Vol. 1, Kluwer Law International, 2002, pp. 75-105.

THIRLWAY H., *The Drafting of ICJ Decisions: Some Personal Recollections and Observations*, in *Chinese Journal of International Law*, Vol. 5, n. 1, Oxford University Press, 2006, pp. 15-28.

TIENHAARA K., *Third Party Participation in Investment-Environment Disputes: Recent Developments*, in *Review of European Community & International Environmental Law*, Vol. 16, 2007, pp. 230-242.

TRABUCCO D., *Tutela multilivello dei diritti e sistema delle fonti nei rapporti tra la CEDU e l'ordinamento italiano. Verso un ritorno ai criteri formali-astratti a garanzia della superiorità della costituzione?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2018, pp. 1-30.

TREVES T. R., *Le controversie internazionali. Nuove tendenze, nuovi tribunali*, Giuffrè Editore, Milano, 1999.

TREVES T., *Law of the Sea*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011.

TROPER M., GRZEGORCZYK C., *Precedent in France*, in MACCORMINICK D. N., SUMMERS R. S. (a cura di), *Intrepreting Precedents - A comparative study*, Ashgate Publishing, 1997.

- TZANAKOPOULOS A., *Domestic Courts as the “Natural Judge” of International Law: A Change in Physiognomy*, in CRAWFORD J., NOUWEN S. (a cura di), *Select Proceedings of the European Society of International Law*, Hard Publisher, Oxford, 2010, pp. 155-168.
- VAN DAMME I., *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, in *International Economic Law Series*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- VELU J., ERGEC R., *La Convention européenne des droits de l’homme*, Bruylant, 2014, p. 1078.
- VISINTINI G., *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile*, CEDAM, Padova, 1988.
- VOETEN E., *Borrowing and Nonborrowing among International Courts*, in *The Journal of Legal Studies*, Vol. 39 n. 2, The University of Chicago Press, 2010, pp. 547-576.
- WÄLDE T., *The present state of research carried out by the English speaking section of the Centre for Studies and Research*, in *New aspects of international investment law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006, p. 63-154.
- WEIL P., *Perspectives du droit de la délimitation maritime*, in *American Journal of International Law*, Parigi, 1990.
- WHITTAKER S., *Precedent in english law: a view from the citadel*, in *European Review of Private Law*, Vol. 14 (6), 2006.
- WILDHABER L., *A constitutional future for the European Court of Human Rights?* in *Human Rights Law Journal*, Vol. 23, 2002.
- WILDHABER L., *Precedent in the European Court of human rights*, in MAHONEY P., MATSCHER F., PETZOLD H., WILDHABER L. (a cura di), *Protection des droits de l’homme: la perspective européenne, mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag, 2000, pp 1529-1545.
- YANNACA-SMALL K., *Fair and Equitable Treatment: Have Its Contours Fully Evolved?*, in YANNACA-SMALL K. (a cura di), *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, Oxford University Press, United Kingdom, 2018.
- ZAGREBELSKY V., *La giurisprudenza casistica della Corte europea dei diritti dell’uomo; fatto e diritto alla luce dei precedenti*, in BISCOTTI B., BORSELLINO P., POCAR V., PULITANÒ D. (a cura di), *La fabbrica delle interpretazioni*, Giuffrè Editore, 2012.

ZARRA G., *The Issue of Incoherence in International Investment Arbitration: Is There a Need for Systemic Reform?*, in *Chinese Journal of International Law*, Vol. 17, cap. 1, 2018, pp. 137-185.

GIURISPRUDENZA

CIG, *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, sentenza del 16 marzo 2001.

CIG, *Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran), Dissenting Opinion of Judge Read*, sentenza del 22 luglio 1952.

CIG, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Preliminary Objections, sentenza del 18 novembre 2008.

CIG, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, sentenza del 3 febbraio 2006.

CIG, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, sentenza del 5 febbraio 1970.

CIG, *Case Concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, Preliminary Objections, Series A, No. 11, sentenza dell'11 giugno 1998.

CIG, *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, Application by Italy for Permission to Intervene, sentenza del 21 marzo 1984.

CIG, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, sentenza del 25 settembre 1997.

CIG, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, 3 febbraio 2012.

CIG, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, sentenza del 10 ottobre 2002.

CIG, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, parere consultivo dell'8 luglio 1996.

CIG, *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*, sentenza del 14 giugno 1993.

CIG, *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, sentenza del 3 febbraio 2009.

CIG, *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)*, Preliminary Objections, sentenza del 5 ottobre 2016.

CIG, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, sentenza del 27 giugno 1986.

CIG, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, sentenza del 20 febbraio 1969.

CIG, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, parere consultivo del 28 maggio 1951.

CIG, *South West Africa (Liberia v. South Africa)*, sentenza del 18 luglio 1966.

CIG, *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, sentenza del 19 November 2012.

CIG, *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, sentenza dell'8 ottobre 2007.

CIG, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, sentenza del 24 maggio 1980.

PCIJ, *The Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. UK)*, Judgment, 30 agosto 1924.

Cass. Civ. Sez.Unite., sentenza n. 5044 del 11 marzo 2004.

Corte Cost., sentenza n. 238 del 22 ottobre 2014.

Corte Cost., sentenza n. 348 del 24 ottobre 2007.

Corte Cost., sentenza n. 39 del 27 febbraio 2008.

Corte Cost., sentenza n. 349 del 24 ottobre 2007.

Corte Cost., sentenza n. 49 del 26 marzo 2015.

Corte EDU, *Adolf v. Austria*, Application No. 8269/79, judgment, 26 marzo 1982.

Corte EDU, *Chassagnou and others v. France*, Application No. 25008/94, 28331/96, 28443/95, judgment, 29 aprile 1999.

Corte EDU, *Cossey v. the United Kingdom*, Application No. 10843/84, judgment, 27 settembre 1990.

Corte EDU, *Dudgeon v. the United Kingdom*, Application No. 7525/76, judgment, 22 ottobre 1981.

Corte EDU, *Engel and others v. The Netherlands*, Application No. 5100/71; 5101/71; 5102/72; 5354/72; 5370/72, judgment, 8 giugno 1976.

Corte EDU, *G.I.E.M. and others v. Italia*, Application No. 1828/06, judgment, 28 giugno 2018.

Corte EDU, *Hatton and others v. The United Kingdom*, Application No. 36022/97, judgment, 8 luglio 2003.

Corte EDU, *Herrmann v. Germany*, Application No. 9300/07, judgment, separate opinions, 12 giugno 2012.

Corte EDU, *Ireland v. The United Kingdom*, Application No. 5310/71, Judgment, 18 gennaio 1978.

Corte EDU, *Konstantin Markin v. Russia*, Application No. 30078/06, Judgment, 22 marzo 2012.

Corte EDU, *Kudla v. Poland*, Application No. 30210/96, judgment, 26 ottobre 2000.

Corte EDU, *Marckx v. Belgium*, Application No. 6833/74, judgment, 13 giugno 1979.

Corte EDU, *Mark Rees v. the United Kingdom*, Application No. 9532/81, judgment, 17 ottobre 1986.

Corte EDU, *Norris v. Ireland*, Application No. 10581/83, judgment, 26 ottobre 1988.

Corte EDU, *Nsona v. The Netherlands*, Application No. 23366/94, judgment, 28 novembre 1996.

Corte EDU, *Özturk v. Germany*, Application No. 8544/79, judgment, 21 febbraio 1984.

Corte EDU, *Pellegrin v. France*, Application No. 28541/95, judgment, 8 dicembre 1999.

Corte EDU, *Scozzari and Giunta v. Italy*, Application No. 39221/98 and 41963/98, Judgment, 31 luglio 2000.

Corte EDU, *Broniowski v. Poland*, Application No. 31443/93, Judgment, 22 giugno 2004.

Corte EDU, *Tyrer v. The United Kingdom*, Application No. 5856/72, judgment, 25 aprile 1978.

Corte EDU, *Vilho Eskelinen and others v. Finland*, Application No. 63235/00, judgment, 19 aprile 2007.

Corte EDU, *Young, James and Webster v. The United Kingdom*, Application No. 7601/76; 7806/77, Judgment, 13 agosto 1981.

CPGI, *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, Series A, No. 7, sentenza del 25 maggio 1926.

CPGI, *Factory at Chorzów*, Series A, No. 13, sentenza del 16 dicembre 1927.

CPIG, *Readaptation of the Mavrommatis Jerusalem Concessions (Greece v. United Kingdom)*, sentenza del 10 ottobre 1927.

Appeals Chamber ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Judgment, 2 ottobre 1995.

ICSID, *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16, Award, 2 ottobre 2006.

ICSID, *AES Corporation v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction, 26 aprile 2005.

ICSID, *Azurix v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 luglio 2006.

ICSID, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 agosto 2009.

ICSID, *Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/2, Decision on Objections to Jurisdiction, 11 maggio 2005.

ICSID, *EI Paso Energy International Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, 27 aprile 2006.

ICSID, *LG&E v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1, Award, 25 luglio 2007.

ICSID, *M.C.I Power Group L.C. And New Turbine Inc. v. Republic of Ecuador*, Caso ICSID n. ARB/03/06, Decision on Annulment, 19 ottobre 2009.

ICSID, *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB/AF/99/1, Award, 16 dicembre 2002.

ICSID, *Mining Machinery Limited v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 6 agosto 2004.

ICSID, *RSM Production Company and others v. Grenada*, ICSID Case No. ARB/10/6, Award, 10 dicembre 2010.

ICSID, *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, 14 luglio 2010.

ICSID, *Saipem SpA v. People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 21 marzo 2007.

ICSID, *Saipem v. People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/7, Award, 30 giugno 2009.

ICSID, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, 9 novembre 2004.

ICSID, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6 (Swiss Confederation/Republic of the Philippines BIT), Decision on Jurisdiction, 29 gennaio 2004.

ICSID, *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/08, Decision on Jurisdiction, 3 agosto 2004.

ICSID, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19), Order in Response to a Petition for Participation as Amicus Curiae, 19 maggio 2005.

ICSID, *Waste Management v. United Mexican States (II)*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30 aprile 2004.

LCIA, *Arbitration on Ontario and Québec Programs (USA v. Canada)*, Case No. 81010, Award, 20 gennaio 2011.

UNCITRAL, *Canadian Cattlemen for Fair Trade v. USA*, Award on Jurisdiction, 28 gennaio 2008.

UNCITRAL, *International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico*, Arbitral Award, 26 gennaio 2006, Separate Opinion of Thomas Wälde.

UNCITRAL, *National Grid PLC v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, 20 giugno 2006.

Ringraziamenti

Al mio relatore, il Professor Stefano Saluzzo, per aver accettato di accompagnarmi in questo tortuoso percorso. Per il tempo che mi ha dedicato. Per i preziosi consigli che mi ha offerto. Per la conoscenza che mi ha trasmesso. Grazie per aver fatto luce sulla strada che stavo percorrendo.

Ai miei genitori, i miei più grandi sostenitori.

Grazie a te mamma. Per tutto l'amore che mi hai donato. Per aver vissuto ogni singolo esame come se fosse stato tuo. Per il cuore grande che hai.

Grazie a te papà. Per esserci sempre. Grazie perché non ti risparmi mai. E grazie perché con la tua dolcezza mi fai sentire ancora piccola.

Vi voglio bene, tanto, ed è a voi che dedico questo giorno.

A mia sorella, Irene, il dono più prezioso che mamma e papà potessero farmi. La mia alleata per sempre. La mia certezza più grande. Grazie per essere esattamente come sei. Grazie per essere sempre dalla mia parte. Sei la mia metà.

Alle mie amiche, tutte. A quelle che hanno condiviso con me l'intera vita, camminando e crescendo insieme e restando pilastri fissi della mia esistenza. E a quelle che sono entrate a farne parte durante il cammino, arricchendola. Grazie perché siamo tutte diverse, ma insieme ci incastriamo benissimo. Grazie perché siete la mia boccata d'aria fresca. Grazie perché la vostra presenza rende il mio cuore più leggero. E grazie per il tifo che facciamo sempre le une per le altre e che voi, oggi, avete fatto per me.

Alla sorella che ho scelto, Sharon, senza la quale questo percorso non riuscirei nemmeno ad immaginarlo. Grazie per aver gioito e pianto con me. Grazie per essere stata la mia forza e avermi permesso di essere la tua. Per avermi convinta ed esserti lasciata convincere dell'impossibile che poi, insieme, si è sempre rivelato possibile. Grazie per aver reso più leggero ogni sacrificio. Più lieve ogni nottata passata insieme sui libri. Più sopportabile ogni crisi. Grazie per il dolce ricordo delle nostre risate fino alle lacrime, che hanno fatto da cornice a questo interminabile viaggio, aggiungendo ad esso un ingrediente essenziale. E grazie per questa giornata che so che avrai vissuto totalmente in simbiosi con me.

Al mio compagno di vita, Marcello, il mio punto debole e di forza insieme. La persona più diversa ma, nel profondo, più simile a me che io conosca. La mia contraddizione vivente. Il mio amore grande. Grazie per esserti preso cura delle mie fragilità. Grazie perché con te ho imparato a maneggiare i miei sentimenti. A sentirli senza scappare da essi. Grazie perché non so come

ma riesci a farmi sempre ridere, anche quando mi esaspero. Grazie perché sono allergica ai programmi, ma con te sogno e fantastico sul nostro futuro. Grazie per i mattoncini che ogni giorno mettiamo insieme, anche nelle difficoltà della vita. E grazie perché quest'ultimo periodo è stato durissimo, ma coricarmi accanto a te ogni sera è stato il mio più grande conforto.